

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO
I020.100
T742t

Tribunales constitucionales en América Latina / coordinadores Gretchen Helmke, Julio Ríos Figueroa [obra a cargo de la Dirección General de Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales ; traducción y edición en español Yolanda Lamothe Hernández ; preliminar Comisión del Poder Judicial de la Federación para el Bicentenario del inicio de la Independencia y Centenario del inicio de la Revolución Mexicana]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010. xviii, 562 p. ; 26 cm.

Título original en inglés: Courts in Latin America.

ISBN 978-607-468-255-7

1. Tribunal constitucional – América Latina 2. Jueces – Poder judicial 3. División de poderes – Principio de Independencia 4. Corte constitucional – Facultades jurisdiccionales 5. Derechos humanos – Estudio de casos 6. Cortes supremas 7. Interpretación judicial 8. Sistemas de control constitucional 9. Resolución judicial 10. Jueces constitucionales 11. Salas constitucionales 12. Política judicial 13. Democracia I. Helmke, Gretchen, comp. II. Ríos Figueroa, Julio, comp. III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales IV. Lamothe Hernández, Yolanda, tr. V. México. Comisión del Poder Judicial de la Federación para el Bicentenario del inicio de la Independencia y Centenario del inicio de la Revolución Mexicana, pról.

Primera edición: octubre de 2010

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

El contenido de esta obra corresponde a la percepción e interpretación de los autores, es de su exclusiva responsabilidad y no representa la opinión de la Comisión del Poder Judicial de la Federación para el Bicentenario del inicio de la Independencia y Centenario del inicio de la Revolución Mexicana ni la interpretación institucional de la Suprema Corte de Justicia. Éstas únicamente auspician el estudio y análisis de los temas abordados y fomentan su difusión al considerar que contribuyen a la cultura de la legalidad y el Estado de Derecho.

Título original en inglés: *Courts in Latin America*.

Por publicarse en Cambridge University Press en 2011.

Traducción al castellano: Yolanda Lamothe Hernández
Responsable de la revisión técnica de la traducción: Julio Ríos Figueroa

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales.

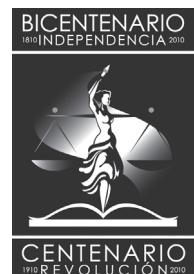
Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

Coordinadores de la obra

Gretchen Helmke

Julio Ríos Figueroa



PODER JUDICIAL
de la Federación

MÉXICO
2010

COMISIÓN BYC-PJF

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Presidente de la SCJN, del CJF y de la Comisión

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo (†)

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Consejero Óscar Vázquez Marín

Consejero Jorge Efraín Moreno Collado

Consejo de la Judicatura Federal

Magistrada Electoral Ma. del Carmen Alanís Figueroa

Presidenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Magistrado Electoral Manuel González Oropeza

Magistrado Electoral Pedro Esteban Penagos López

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Invitados Permanentes

Comisión Organizadora de la Conmemoración del Bicentenario del inicio del Movimiento de Independencia Nacional y del Centenario del inicio de la Revolución Mexicana

Comisión Especial Encargada de los Festejos del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana del Senado de la República

Comisión Especial de Apoyo a los Festejos del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución de la Cámara de Diputados

Comisión de las Celebraciones del Bicentenario de la Independencia

y del Centenario de la Revolución en la Ciudad de México

Secretaría Ejecutiva de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ)

Consejo Asesor

Dr. Alfredo Ávila Rueda

Dra. Eugenia Meyer

Dr. David Pantoja Morán

Dr. Ricardo Pozas Horcasitas

Dra. Elisa Speckman Guerra

Mtra. María Teresa Franco González Salas

Dr. Andrés Lira González

Dra. Margarita Martínez Lámbarry

Dra. Cecilia Noriega Elío

Mtra. Alicia Salmerón Castro

Dra. Érika Pani Bano

Secretariado de la Comisión BYC-PJF

Lic. Alfredo Orellana Moyao

Coordinador General

Mtro. Ignacio Marván Laborde

Enlace con el Consejo Asesor

Lic. Juan Manuel Hoffmann Calo

Secretario Técnico en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Lic. José Rolando Téllez y Straffon

Secretario Técnico en el Consejo de la Judicatura Federal

Lic. Héctor Dávalos Martínez

Secretario Técnico en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

ontenido

Preliminar	XIII
Agradecimientos	XV

Introducción

Por <i>Gretchen Helmke</i> y <i>Julio Ríos Figueroa</i>	1
1. El objetivo empírico	11
2. Perspectivas teóricas	22
a. Interacciones estratégicas	23
b. Objetivos y motivaciones	27
c. Instituciones	29
3. Conclusiones	34
Referencias	39

Capítulo 1

Instituciones para la justicia constitucional en América Latina

Por <i>Julio Ríos Figueroa</i>	47
1. Independencia y poder de los Jueces constitucionales latinoamericanos, 1945-2005	51
a. Instituciones que influyen en la independencia de los Jueces	51
b. Instituciones que influyen en el poder de los Jueces	54
2. Independencia desagregada	60
a. La ubicación institucional del órgano constitucional	62
b. Procedimientos de nombramiento abiertos <i>versus</i> cerrados	64
3. Desagregando los poderes de los Jueces constitucionales	68
4. Conclusiones	82
Referencias	85

Capítulo 2

Protección de derechos y rendición de cuentas:

La Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica

Por <i>Bruce M. Wilson</i>	91
1. Introducción	93
2. El comportamiento de la Suprema Corte antes y después de la reforma	95
3. Creación de la Sala constitucional	97
4. Los poderes electos popularmente sujetos a rendición de cuentas	102
5. El Poder Ejecutivo sujeto a rendición de cuentas	105
6. El Poder Legislativo sujeto a rendición de cuentas	108
7. Distribución del poder entre los partidos más pequeños	111
8. La protección efectiva de los derechos	114
9. Los derechos a la salud	116

10. ¿Un contraataque a la Sala Cuarta?	121
11. Conclusiones	124
Referencias	127

Capítulo 3

La estrategia de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia, 1992-2006

Por <i>Juan Carlos Rodríguez-Raga</i>	137
1. La protección constitucional de los derechos en Colombia	140
2. Perspectivas teóricas sobre el comportamiento judicial	142
3. A favor de un análisis teórico formal de la Corte Constitucional de Colombia	145
4. La teoría y las hipótesis	148
5. Los datos y el modelo empírico	150
6. Conclusión	161
Referencias	164

Capítulo 4

Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile

Por <i>Javier Couso y Lisa Hilbink</i>	169
1. Introducción	171
2. Jueces y derechos en Chile: resumen histórico	174
3. Cambios ideológicos y reformas institucionales	179
a. Cambio en el contexto ideológico	180
b. Reformas institucionales de las cortes ordinarias	183
c. Reformas institucionales de la corte constitucional	187
d. Conclusión	190
4. La defensa de los derechos en las cortes ordinarias	190
5. El comportamiento judicial en el tribunal constitucional	198

6. Conclusiones	204
Referencias	209

Capítulo 5

Fieles servidores del regimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988

Por <i>Daniel M. Brinks</i>	219
1. El ámbito de autoridad del STF	233
2. Autonomía judicial	238
3. El historial del STF protegiendo los derechos y haciendo cumplir la separación de poderes	243
4. Conclusiones	249
Referencias	253
Apéndice	258
Características de los Jueces en funciones en el STF	258

Capítulo 6

Arbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición

Por <i>Diana Kapiszewski</i>	261
1. Introducción	263
2. El STF en acción	266
a. La distribución del poder	267
i) La distribución del poder institucional	268
ii) La distribución del poder político	269
b. La participación en la dirección económica	270
c. La protección constitucional de los derechos	271

3. Una explicación del papel de las cortes superiores: la “estructura constitucional de oportunidades” y la “estructura sociopolítica de incentivos”	274
a. Estructura constitucional de oportunidades	278
i) La distribución del poder entre las ramas y niveles de gobierno	279
ii) Compromisos ideológicos	280
iii) La distribución de poder entre Estado y sociedad	282
iv) Mecanismos para activar el STF	283
b. Estructura sociopolítica de incentivos	285
i) La distribución del poder	285
ii) La dirección económica	287
iii) La protección judicial de los derechos	288
4. Conclusiones	294
Apéndices	301
Apéndice 1. 55 casos políticamente relevantes resueltos por el STF brasileño (1985-2004)	301
Apéndice 2. Glosario	305
Referencias	308

Capítulo 7

Legalistas vs. Interpretativistas: La Suprema Corte y la transición democrática en México

Por <i>Arianna Sánchez, Beatriz Magaloni y Eric Magar</i>	317
1. La reforma constitucional de 1994	323
2. Un modelo de expansión de los poderes legislativos de la Corte	325
3. Un análisis empírico de las decisiones de la Corte	332
4. Segmentaciones ideológicas dentro de la Corte	340
5. Ejemplos de las dimensiones de la Corte en casos específicos	352
6. Observaciones finales	360
Referencias	363

Capítulo 8

Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina	
Por <i>Rebeca Bill Chávez, John A. Ferejohn y Barry R. Weingast</i>	371
1. Introducción	373
2. Un modelo espacial de la independencia de la Suprema Corte y los juegos secuenciales subyacentes	375
3. Aplicación del marco de trabajo teórico al caso de los Estados Unidos	379
a. La Corte <i>ante bellum</i>	380
b. Reconstrucción y hegemonía republicana	384
c. Del New Deal a la Revolución de Reagan	388
d. La Corte Rehnquist	390
4. Aplicación de marco de trabajo teórico a Argentina	393
a. La fragmentación política de la pre-era Perón	394
b. La era de 1946 a 1983 del gobierno unificado	396
5. El gobierno dividido de la administración de Alfonsín (1983-1989)	399
a. La hegemonía del PJ de 1989 a 1997	400
b. Fragmentación política durante los dos últimos años de Menem en el cargo	405
6. Conclusiones	407
Referencias	411

Capítulo 9

Cortes, poder y derechos en Argentina y Chile	
Por <i>Druscilla Scribner</i>	419
1. Introducción	421
2. Poderes de excepción, libertad de expresión y cortes: una breve visión de conjunto	423

a. Poderes de excepción	424
b. Libertad de expresión	430
3. La toma de decisiones judiciales: Evaluación de la historia política	437
4. Discusión de los resultados	445
5. Conclusiones tentativas	451
Apéndice	457
Cuadro 1. Control de Poder	457
Cuadro 2. Protección de Derechos	458
Referencias	459

Capítulo 10

Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional

Por <i>Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán</i>	471
1. La Suprema Corte	474
a. El control constitucional y la protección de los derechos	475
b. Mediación de conflictos: el modelo judicial de juicio de responsabilidad	478
c. Incentivos de carrera para los Jueces de la Suprema Corte	479
i) El esquema de una Corte integrada por un bloque de Jueces leales en oposición al esquema de una Corte abierta	480
ii) La duración en el cargo	481
iii) Designación	484
2. El tribunal constitucional	485
a. El control constitucional y la protección de los derechos individuales	486
b. Los incentivos profesionales	493
3. La desaparición del control constitucional	495
a. La batalla por la Suprema Corte	497
b. El desmantelamiento del tribunal constitucional	502

4. Más allá del esquema de “paquete político”: tres caminos a la sumisión judicial	507
Referencias	511

Capítulo 11

El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes

Por <i>Gretchen Helmke y Jeffrey K. Staton</i>	515
1. Introducción	517
2. ¿Qué (pensamos que) sabemos de las cortes en América Latina?	519
3. Una teoría de los choques entre poderes	528
a. Jugadores y acciones	529
b. Preferencias y estructura de información	531
c. Equilibrio de los poderes en pugna	533
d. Resumen	539
4. Implicaciones más amplias: reforma institucional y legitimidad	539
a. Reforma Institucional	539
b. Construcción endógena del Poder Judicial	545
5. Conclusión	547
Referencias	550
Apéndice	559
Segunda Política	559
Primera Política	560
Comportamiento fuera del camino	561
La Corte limitada, la Corte partidista, o la nueva Corte que anula p2	561
El primer litigante no va a la Corte	561
El gobierno no intenta purgar después de que p1 es anulada	562

*L*a conmemoración del Bicentenario de nuestra Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana nos brinda la oportunidad de ahondar en el sentido de la serie de acontecimientos que dieron origen a estos dos movimientos: uno emancipador y el otro revolucionario.

México nació a la vida independiente desde la gesta iniciada con el Grito de Dolores del 15 de septiembre de 1810, cuando Miguel Hidalgo y Costilla convocó al pueblo a conquistar su libertad. El proceso histórico culminó con la entrada del Ejército Trigarante a la ciudad de México, el 27 de septiembre de 1821, al mando del general Agustín de Iturbide. A partir de ese momento dio inicio una nueva etapa de nuestra historia, en la cual siempre estuvo presente la lucha por la justicia. A lo largo del siglo XIX y principios del XX esta lucha cobró diversos matices, sea por el diferendo ideológico de los partidos en pugna o por las corrientes doctrinales en boga. No todo fue ascenso ni progreso; hubo momentos de crisis profunda y de retrocesos en este afán por hacer de México una sociedad libre y más justa. En 1910, estalló una revolución en la que, tras muchos encuentros y desencuentros de facciones, caudillos y sectores de la población, logró consolidarse el

proyecto de un Estado social de derecho, cuya expresión más acabada fue la Constitución de 1917.

La sucesión de los años se ha tornado hoy en centurias, como en su momento la de episodios bélicos se tradujo en las dos grandes gestas que definieron la vida de nuestro país. En los últimos doscientos años de vida, México, gracias a estos dos acontecimientos, ha dejado su impronta en la historia universal y del continente, y en ocasiones ha sido paradigma para otros pueblos que aspiran a conquistar y consolidar su libertad y soberanía.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la conmemoración de estos acontecimientos es algo más que una remembranza del pasado. Es también ocasión para abrir espacios para la reflexión y el diálogo sobre nuestro devenir histórico y sobre el desarrollo y perspectivas de nuestras instituciones de administración de justicia. Asimismo, es una oportunidad para dar a conocer al pueblo de México el trascendente papel que han tenido y que han de tener los tribunales del Poder Judicial de la Federación en la conformación y consolidación de nuestras instituciones republicanas. Es, en suma, dar cuenta de **los caminos de la justicia en México.**

*Comisión del Poder Judicial de la Federación
para el Bicentenario del inicio de la Independencia
y Centenario del inicio de la Revolución Mexicana*

Agradecimientos

*E*ste libro es producto del seminario internacional que organizamos en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) en México, D.F., del 5 al 8 de marzo del 2009. El seminario fue posible gracias al generoso apoyo financiero del CIDE, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Agradecemos profundamente el apoyo de estas instituciones.

Queremos expresar de manera especial nuestra gratitud y reconocimiento a los Ministros de la Suprema Corte Mexicana y a los Magistrados del Tribunal Electoral por su apoyo y entusiasmo hacia un proyecto académico concebido y desarrollado por politólogos. Esperamos que este libro exponga de forma accesible las teorías y avances empíricos que nuestra disciplina ha desarrollado sobre las cortes y los jueces en América Latina. También es nuestro deseo que este libro sirva de cimiento para la construcción de nuevos vínculos e investigaciones interdisciplinarias.

También queremos mencionar a aquellas personas cuyo apoyo y trabajo fueron cruciales para la realización del seminario y el libro. De la Suprema

Corte, agradecemos especialmente a Víctor Manuel Borbón, Alfonso Oñate Laborde, María Antonieta Segura y Paulina Velasco. Del Tribunal Electoral, expresamos nuestro reconocimiento a Enrique Ochoa Reza y a Octavio Ramos, quienes nunca perdieron la fe en el proyecto. Del CIDE, la institución que albergó la conferencia y nos ha dado un apoyo continuo, agradecemos a José Antonio Caballero, Sergio López Ayllón e Ignacio Marván Laborde. También agradecemos a Judith Nieto y Jorge Puma. Agradecemos de manera especial a Yolanda Lamothe Hernández el trabajo de traducción y edición en español de este libro. Julio Ríos Figueroa quiere expresar de forma particular su gratitud a Andrea Pozas Loyo, por su ayuda indispensable a lo largo del proceso, desde la concepción del proyecto hasta la decisión sobre la cubierta del libro.

Los capítulos de este libro se beneficiaron enormemente de las discusiones que tuvieron lugar en el CIDE durante el seminario. El extraordinario grupo de participantes incluyó a Karina Ansolabehere, Rebecca Bill Chávez, Daniel Brinks, Andrea Castagnola, Javier Couso, Pilar Domingo, Jodi Finkel, Héctor Fix-Fierro, María Amparo Hernández, Lisa Hilbink, Silvia Inclán, Matthew Ingram, Diana Kapiszewski, Beatriz Magaloni, Ana Laura Magaloni, Eric Magar, Mariana Magdali de Sousa, Jacqueline Martínez, Raúl Mejía, Gabriel Negretto, Aníbal Pérez-Liñán, Xisca Pou Giménez, Juan Carlos Rodríguez Raga, Arianna Sánchez, Andreas Schedler, Druscilla Scribner, Rachel Sieder, Catalina Smulovitz, Jeffrey K. Staton, Matthew M. Taylor y Bruce Wilson.

El jueves 5 de marzo de 2008, la Suprema Corte Mexicana ofreció una cena de bienvenida a los participantes en el seminario en el magnífico *patio de murales* del edificio principal de la Corte que está rodeado por los murales del artista mexicano José Clemente Orozco (1883-1949) pintados entre 1940 y 1941. La cubierta de este libro muestra una imagen de uno de esos murales titulado *La lucha de los trabajadores*. En el mural, se encuentra una puerta abierta –la puerta principal de la Suprema Corte– que separa a dos grupos de trabajadores peleando por sus derechos: unos se encuentran

dentro y otros fuera de la Corte. Si observamos detenidamente es posible distinguir, en el lado izquierdo de la puerta, la cara de un trabajador que está tanto dentro como fuera de la Corte. Comparado con los otros murales de Orozco en el edificio de la Suprema Corte, donde sus representaciones de la Diosa de la Justicia y de los tribunales son claramente más escépticas e incluso despectivas, *La lucha de los trabajadores* ofrece una visión más matizada: implica que las luchas sociales pueden llevarse a cabo no sólo en las calles sino también en las salas de justicia. ¿Por qué sólo algunos de los trabajadores deciden cruzar la puerta? ¿Acaso lo hicieron porque esperaban que sus derechos fueran defendidos por la ley? ¿Hasta qué grado obtuvieron una respuesta positiva de los jueces? Éstas son algunas de las preguntas a las que este libro pretende dar respuesta.

*I*ntroducción

*Gretchen Helmke**
*Julio Ríos Figueroa***

* Profesora de ciencia política en la Universidad de Rochester. Obtuvo su doctorado en ciencia política por la Universidad de Chicago en el 2000. Ha sido premiada con la *Academy Scholars Fellowship* del Weatherhead Center for International Affairs at Harvard University en los años 2002-2003 y 2004-2005. Es autora de *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina* (Cambridge University Press, 2005). Su investigación actual examina diversos temas de política comparada e instituciones legales, política latinoamericana, votación y elecciones y ha sido publicada en revistas como *American Political Science Review*, *Comparative Politics*, *American Journal of Political Science* y *Desarrollo Económico*.

** Profesor en la División de Estudios Políticos del CIDE en la Ciudad de México. Es doctor en ciencia política por la Universidad de Nueva York y fue Hauser Research Scholar en la Escuela de Derecho de la misma universidad. Ha publicado artículos sobre el surgimiento de un Poder Judicial efectivo en México, sistemas de justicia constitucional en América Latina, y los efectos de instituciones judiciales en las políticas públicas de México y Brasil en revistas académicas como: *Comparative Political Studies*, *Comparative Politics*, *Latin American Politics & Society*, y *Journal of Latin American Studies*.

 Las Cortes ocupan un papel central en la política latinoamericana. En toda la región, los Jueces moldean hoy en día las políticas públicas que antes eran únicamente diseñadas por presidentes y legisladores. En las últimas dos décadas, las Cortes han tenido que decidir un sinfín de cuestiones sociales, políticas y económicas impactantes. Entre los principales asuntos políticos que actualmente deciden los Jueces latinoamericanos se encuentran: la viabilidad de la reelección presidencial y de la expansión de poderes de los ejecutivos, la implementación de medidas económicas de emergencia, la necesidad de interponer juicios de responsabilidad en contra de los Presidentes, la persecución de los abusos en contra de los derechos humanos, la legalización del divorcio y del aborto, el apoyo a las guerras extranjeras, y la disponibilidad de medicinas para pacientes con SIDA. Entre más aumenta la lista de áreas donde intervienen las Cortes, más evidente es el surgimiento del Poder Judicial como una de las instituciones con mayor importancia —aunque aún fuertemente objetada— en el contexto político posterior a la transición democrática en América Latina.

Tales avances se oponen completamente a la antigua imagen de las Cortes latinoamericanas. Débiles, ineficaces, dependientes, incompetentes,

sin importancia, sin poder, decadentes, provincianas, conservadoras e irrelevantes —fueron algunos de los adjetivos utilizados por los académicos para describir los sistemas judiciales de la región durante casi todo el siglo XX. Bajo las dictaduras, las Cortes se convirtieron a menudo en víctimas del cambio de régimen y los poderes judiciales fueron en gran parte descartados por los académicos al comportarse como títeres de los gobiernos de facto.¹ Pero, incluso cuando la democracia echó raíces, muchos de los mismos problemas relacionados con las Cortes bajo el autoritarismo —dominio del Ejecutivo, filosofía legal conservadora, falta de infraestructura adecuada, falta de confianza y apoyo público, e inestabilidad política en curso (*cfr.* Verner, 1984)— persistieron. El singular modelo de una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales* que propuso Carlos Menem para la Corte Superior Argentina, en 1990, y el conjunto de decisiones judiciales altamente cuestionables que siguieron, llevaron a los observadores a concluir que el sistema de pesos y contrapesos en América Latina era muy difícil de alcanzar (Larkins, 1998). En cambio, los académicos señalaron que, a pesar de que los Jueces disfrutaran de independencia, la filosofía legal conservadora y el arraigado pensamiento burocrático en la tradición legal de derecho escrito (*cfr.* Merryman, 1985), impedían que los Jueces latinoamericanos protegieran los derechos humanos e individuales. Esta fue la lección principal de la Suprema Corte chilena (Couso, 2002; Hilbink, 2007).

Sin embargo, cuando los académicos comenzaron a observar más de cerca a las Cortes de la región, también se dieron cuenta de que no todas las noticias eran malas. En primer lugar, la creciente demanda social de un mayor control y rendición de cuentas (Peruzzotti y Smulovitz, 2006, 10) derivó en una demanda de participación de las Cortes en los distintos tipos de controversias políticas enlistadas arriba. Esto sugirió que los Jueces podían y debían jugar un papel más importante moldeando la sociedad, asignando recursos,

¹ *Cfr.* Ginsburg y Moustafa (2008), y Barros (2002).

* N. del T. El término utilizado en inglés es “*court-packing*” o “*packing of the court*” y se refiere al proceso de elección y nombramiento en bloque de jueces fieles al Poder Ejecutivo. Una posible traducción es “corte de bolsillo” (utilizada en Colombia), pero para efectos de este libro nos referiremos a dicho fenómeno como “Corte compuesta por un bloque de jueces leales”, para dar mayor claridad.

y manteniendo a los gobiernos en control, aunque la realidad a menudo estuviera por debajo de las expectativas. En segundo lugar, aunque las concepciones del papel de los Jueces en una democracia se han transformado lentamente, es claro que un cambio ideológico se ha puesto en marcha.² La doctrina global que afirma que los derechos humanos constituyen la categoría central del constitucionalismo ha sido gradualmente incorporada en el currículo legal (Pérez-Perdomo, 2006, 102-113; Couso, próxima aparición; *cfr.* también Couso y Hilbink, en este libro).³ En tercer lugar, como Ríos Figueroa explica detalladamente en el Capítulo 1, los Jueces latinoamericanos gozan ahora de mayores protecciones institucionales formales que en el pasado. Al mismo tiempo, también se les ha otorgado una cartera expandida de instrumentos legales de control constitucional. La combinación entre un mayor alejamiento de la presión política con una capacidad en aumento para influenciar las políticas públicas, es claramente mejor que cualquier cosa que lo que existía en el pasado reciente.⁴

No obstante, en muchos países latinoamericanos el legado histórico de instituciones judiciales débiles ha sido difícil, si no imposible, de superar. Como lo avalan muchos de los capítulos de este libro, en toda la región los Jueces continúan enfrentando amenazas que van desde el juicio político de responsabilidad y la renuncia forzada, hasta Cortes compuestas por un bloque de Jueces leales o purgas masivas. Haciendo uso de la nueva base de datos sobre conflictos entre las distintas ramas del gobierno, compilado por Helmke (2009), Helmke y Staton (en este libro) identifican más de cincuenta

² La creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979 señala el comienzo de este proceso, que desde entonces desarrolló conferencias internacionales, como aquellas organizadas regularmente desde 1981 por la *International Association of Constitutional Law* (AIDC), que reunió a importantes especialistas en derecho constitucional, o aquellas organizadas desde 1995 por la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CJIC) que convocaban a jueces constitucionales.

³ El número relativo de abogados en los países latinoamericanos también han crecido de manera sostenida. Los datos son escasos, especialmente para los primeros periodos, pero Pérez-Perdomo (2006, 86-114) proporciona algunos cálculos. Alrededor de 1940, el número promedio de abogados por 100,000 habitantes era treinta y ocho. Un incremento repentino tuvo lugar a partir de los años cincuenta, aumentando el promedio a 189 en el año 2000. Sin embargo, este promedio esconde importantes diferencias entre los países, ya que el número de abogados por 100,000 habitantes va de 85 en Ecuador (información de 1991) a 345 en Argentina (información de 2001, una cifra cercana a la de los Estados Unidos con 379 abogados el mismo año, de acuerdo con la Barra de Abogados de ese país).

⁴ Las reformas judiciales también han aumentado, de forma considerable, los presupuestos judiciales en toda la región (Vargas, 2009).

ejemplos de amenazas o ataques a la supervivencia de los Jueces de las Cortes superiores en la región, entre 1985 y 2008. Tales agresiones oscilan entre la Corte leal de Menem y la disolución de la Suprema Corte de Fujimori, los juicios de responsabilidad en contra de los Jueces en Ecuador bajo el mandato del presidente Gutiérrez, los esfuerzos de Hugo Chávez para rehacer la Suprema Corte venezolana, y las agresiones de Evo Morales a la Corte Suprema y la Corte Constitucional de Bolivia (*cf.* Castagnola y Pérez-Liñán, en este libro).

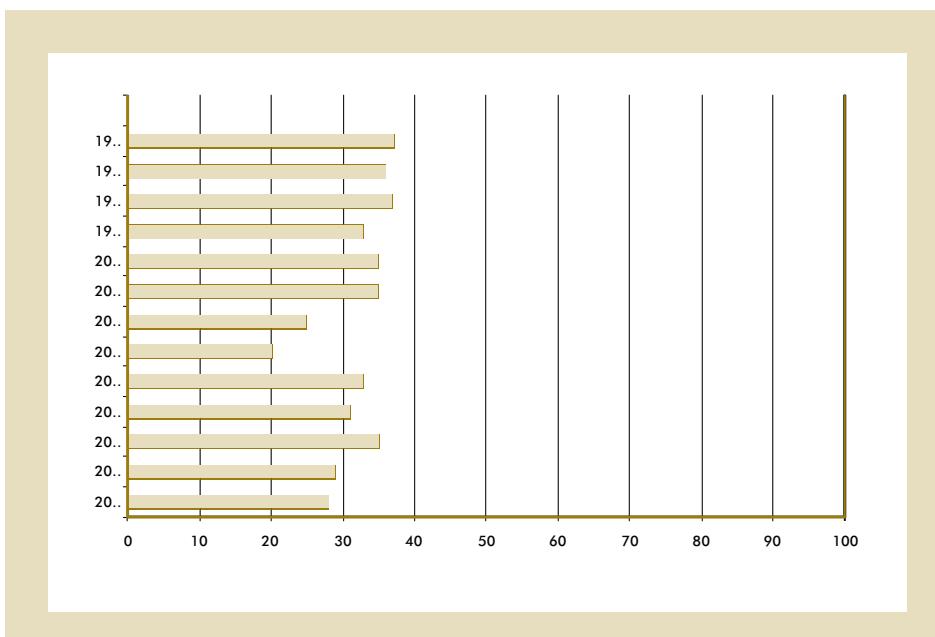
Otro hecho alarmante es la mala impresión que tiene la opinión pública del Poder Judicial. La encuesta *Latinobarómetro* nos permite evaluar la evolución de la opinión pública a lo largo del tiempo y a través de los países. En general, la evidencia es favorable a las Cortes. La gráfica 1 muestra que, en promedio, el porcentaje de personas que tienen “mucho” o “algo” de confianza en el Poder Judicial ha variado entre un máximo de sólo el 38%, a un mínimo del 20%. Además, los niveles promedio de confianza parecen haber disminuido en realidad con el paso del tiempo. A finales de la década de los noventa, alrededor del 60% de aquellos encuestados tenían “poca” o “ninguna” confianza en el Poder Judicial, pero en el nuevo milenio ese porcentaje ha aumentado a más del 70%.

Sin embargo, un examen más profundo de estos datos revela una considerable variación en función de los países (*cf.* gráfica 2). En Ecuador y Perú solamente uno de cinco ciudadanos encuestados tiene algo de confianza en el Poder Judicial. Los argentinos, bolivianos y paraguayos tienen apenas una impresión un poco mejor de sus Cortes. Pero en Brasil, Costa Rica, República Dominicana y Uruguay, entre el 40% y el 50% de la gente en promedio tiene una opinión positiva del Poder Judicial. Aun así, incluso en esos países, los Jueces no son inmunes a críticas. En Brasil, los Jueces forman parte del creciente escrutinio público por parcialidad política en la trama de corrupción *mensalão*, resultado de su negativa de juzgar a Lula.⁵

⁵ *Latin American Weekly Report*, noviembre 12, 2009

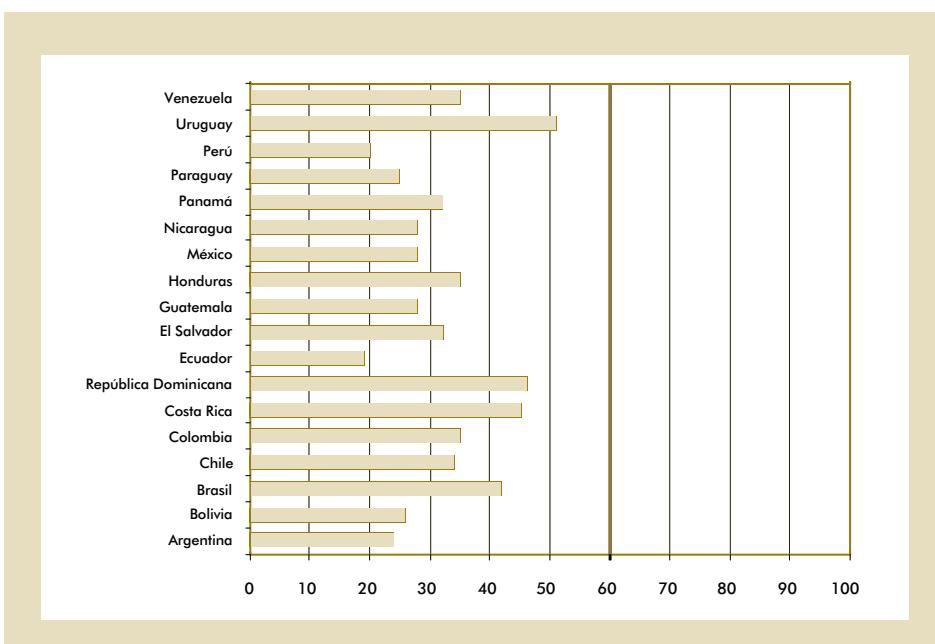
Gráfica 1

Promedio del apoyo público a las Cortes por año, 1995-2008



Gráfica 2

Promedio del apoyo público a las Cortes por país, 1995-2008



La opinión pública también varía de forma dramática a lo largo del tiempo en cada país. Por ejemplo, en Argentina los índices promedio de aprobación de las Cortes cayeron en la década de los noventa durante la segunda administración de Menem, aumentaron brevemente bajo la breve administración de De la Rúa, colapsada en el 2002, durante el apogeo de la crisis económica y política, y volvieron a remontar en el 2003 y 2004, gracias a los juicios de responsabilidad en contra de muchos de los Jueces designados por Menem. Como dato interesante, en Bolivia el promedio de aprobación de las Cortes era mayor en el 2006, justo cuando el actual Presidente Evo Morales comenzó a dismantelar el tribunal constitucional y la Suprema Corte (*cfr.* Castagnola y Pérez-Liñán en este libro). Aunque es relativamente alta, la confianza de la opinión pública en el Poder Judicial ha sufrido muchos altibajos en Chile, Colombia, México, Venezuela, e incluso Costa Rica. Entre los países analizados en este libro, solamente Brasil ha tenido de forma constante índices positivos de aprobación superiores al 30%.

Tomados en conjunto, estos avances y retrocesos han capturado la imaginación de la nueva generación de latinoamericanistas, convenciéndolos de que las instituciones judiciales requieren la atención permanente de los académicos. Basada en la profunda convicción de que el Estado de derecho es esencial para la democracia sostenida y el crecimiento económico, la investigación sobre la política judicial* en la región florece actualmente. Recientemente, Kapiszewski y Taylor (2008) hicieron la crónica de la rápida evolución y diversidad de la literatura sobre las Cortes en América Latina, identificando temas que van de la justicia de transición y la reforma judicial, a las relaciones entre las distintas ramas del gobierno y el proceso de toma de decisión judicial. De acuerdo con su recuento, aproximadamente 90 trabajos de investigación centrados principalmente en el Poder Judicial en América Latina, han sido publicados desde 1980, entre los cuales, gran parte del trabajo de mayor influencia e innovación fue realizado por los colaboradores de este libro.

* N del T. "Política judicial" es la traducción literal del inglés "*judicial politics*" que se refiere a la relación entre el Poder Judicial y la política, en particular las luchas de poder que existen tanto dentro como fuera de la judicatura, como entre el Poder Judicial y los otros actores políticos.

Nunca antes habían existido tantos especialistas interesados en saber cómo funcionan las Cortes latinoamericanas, o por qué fallan en su desempeño.⁶

Este libro complementa ese impulso de diversas maneras. Desde el punto de vista empírico, el libro toma seriamente el papel potencial del control constitucional en una democracia, al centrarse en dos preguntas fundamentales:

- ¿Hasta qué punto las Cortes en América Latina están dispuestas y son capaces de proteger los derechos individuales?
- ¿Hasta qué punto están dispuestas y son capaces de arbitrar los conflictos entre las ramas del gobierno que afectan la separación de poderes?

Tomadas en conjunto, las respuestas proporcionadas por los capítulos del libro revelan una importante variación, tanto a través de los países como a lo largo del tiempo dentro de los países. Las Cortes en Costa Rica, y en menor medida en Colombia, han dado resultados en ambos sentidos; el panorama ha sido mucho más ambivalente en Argentina, y decididamente peor en ambos aspectos, en Bolivia. Al mismo tiempo, otros capítulos también subrayan el hecho de que estos dos roles judiciales principales —proteger los derechos y vigilar los pesos y contrapesos del gobierno— no siempre van de la mano. Por ejemplo, mientras que las Cortes de Brasil, Chile y México se han involucrado activamente arbitrando los conflictos entre las ramas del gobierno, han sido menos eficaces en la protección de derechos. Tales patrones plantean preguntas más amplias sobre las condiciones en las cuales los efectos secundarios versus los efectos de sustitución tienen lugar en los temas legales.

⁶ Una serie de libros editados también dan testimonio de la creciente importancia del Poder Judicial en la región. Uno de los primeros libros, editado por Stotzky (1993), reunió a juristas y politólogos interesados en el papel del Poder Judicial durante la transición a la democracia. Libros más recientes han ampliado el campo de investigación, al analizar el Estado del derecho en la región (Méndez, O'Donnell, y Pinheiro, 1999; Domingo y Sieder, 2001), la reforma judicial (Pásara, 2004), la judicialización de la política (Sieder, Schjolden y Angell, 2005; Sieder, Huneeus y Couso, 2010), la protección judicial de los derechos sociales y económicos (Gargarella, Domingo, y Roux, 2006; Gauri y Brinks, 2008), y la función de rendición de cuentas de las Cortes en América Latina (Gloppen *et al.*, 2010).

Además de documentar la rica variación empírica que existe en las Cortes de la región, el libro también va más allá de los antiguos debates sobre el comportamiento judicial. De este modo, las preguntas a las que este libro pretende dar respuesta aumenta, incluyen: ¿Qué explica las decisiones que toman los Jueces latinoamericanos? ¿Hasta qué grado las preocupaciones sobre las sanciones dirigen el comportamiento judicial? ¿De qué forma el contexto institucional y partidista moldea el proceso de toma de decisiones en el tribunal? ¿Qué tan importante es el proceso de selección judicial? ¿Qué papel jugaría la ley o las actitudes ideológicas de los Jueces? ¿A los Jueces les preocupa la legitimidad y, de ser así, cómo intentan construirla? ¿De qué forma afecta la opinión pública al comportamiento judicial? Y, ¿qué clase de compensaciones pueden enfrentar los Jueces en América Latina mientras navegan entre los diferentes actores institucionales y el público? Al igual que los poderes Legislativo y Ejecutivo (*cf.* Mainwaring y Shugart, 1997; Morgenstern y Nacif, 2002), las Cortes latinoamericanas proporcionan nuevas oportunidades para evaluar y reformular los modelos institucionales existentes, muchos de los cuales han sido limitados al caso estadounidense.

Así, mucha de la literatura reciente sobre el proceso de toma de decisión judicial en América Latina ha girado en torno a la hipótesis de fragmentación derivada del enfoque de separación de poderes (*e.g.* Chávez, 2004; Scribner, 2004; Ríos Figueroa, 2007; *cf.* Chávez, Ferejohn, y Weingast, en este libro). En pocas palabras, este enfoque sostiene que los Jueces serán más capaces de desestimar las decisiones que vayan en contra del gobierno cuando el poder político se encuentre dividido entre las ramas del gobierno. El razonamiento básico es que si el poder está fragmentado, es mucho más difícil sancionar a los Jueces. Es menos probable poder derivar las decisiones judiciales porque es más difícil pasar nueva legislación; los juicios por responsabilidad, el desmantelamiento de la jurisdicción, y la Corte compuesta por un bloque de Jueces leales son menos probables porque es más difícil reunir una coalición legislativa que los lleve a cabo. Dicho de forma simplificada, la fragmentación garantiza la independencia judicial. Hace posible que el diseño básico Hamiltoniano, sobre el cual también descansan las Constituciones latinoamericanas, funcione.

En alguna medida, cada uno de los capítulos de este libro gira alrededor de la historia básica de la fragmentación. Pero, como discutiremos ampliamente más abajo, no todos los participantes llegan a las mismas conclusiones. Si el enfoque de separación de poderes proporciona el eje teórico del libro, para muchos de los autores simplemente sirve de punto de partida. Por tanto, mientras que el libro proporciona nueva evidencia sobre el hecho de que los Jueces son, en efecto, maximizadores de utilidad sujetos a restricciones, también amplía de forma considerable nuestra comprensión sobre qué factores intervienen en las funciones de utilidad y qué factores —institucionales, culturales o sociológicos— los restringen o permiten.

El resto de esta introducción tiene tres objetivos principales. En primer lugar, desarrollamos una tipología básica de los papeles que las Cortes constitucionales juegan y la utilizamos para estructurar nuestro análisis sobre la enorme diversidad empírica que caracteriza los poderes judiciales de América Latina, a lo largo del tiempo y a través de los países. En segundo lugar, sintetizamos las contribuciones teóricas hechas por cada uno de los autores. En especial, describimos las distintas formas en que el libro impulsa los debates académicos sobre la naturaleza de las relaciones entre las ramas del gobierno, las motivaciones y objetivos judiciales, y el efecto de las distintas instituciones en el proceso de toma de decisión judicial. Concluimos con una visión general de las principales lecciones del libro y de su organización.

I. EL OBJETIVO EMPÍRICO

El objetivo empírico central de este libro son las decisiones que toman los Jueces latinoamericanos. Nuestro punto de partida radica en la observación de que, al igual que sus contrapartes estadounidense y europea, los Jueces latinoamericanos ejercen potencialmente dos formas básicas de control constitucional. El primero, que etiquetamos como “control horizontal”, involucra a los Jueces que resuelven conflictos entre las ramas del gobierno o intergubernamentales. Al segundo nos referimos como “control vertical”, e involucra a

los Jueces que interpretan el ámbito de los derechos individuales o humanos. En esta sección proporcionamos una visión de conjunto de estos dos roles fundamentales y luego recurrimos a la evidencia contenida en los capítulos individuales del libro para ilustrar la amplia variedad de procesos de toma de decisión judicial que tienen lugar en el paisaje de la actual América Latina. Sin embargo, en primer lugar, hablaremos brevemente del análisis y de nuestra decisión de limitar la investigación a las Cortes constitucionales.

Por lo tanto, el control constitucional es sólo una de las muchas funciones que los Jueces latinoamericanos llevan a cabo. Como en otros lugares, los sistemas judiciales en América Latina también incluyen Jueces de diversas categorías (primera instancia y apelación), especializadas en diferentes tipos de conflictos (*e.g.* penal y civil, electoral, administrativo, laboral, militar), así como una gran cantidad de instituciones adicionales además de las Cortes (*e.g.* ministerios de justicia, órganos acusadores, y consejos de la judicatura). Aunque los otros tipos de instituciones judiciales sin duda importan, este libro concentra su atención en las Cortes constitucionales. Nuestro razonamiento es simple. Como politólogos, estamos interesados, en primer lugar, en cómo interactúan los Jueces con los otros actores políticos y cómo esas interacciones moldean las consecuencias políticas. Mientras que las Cortes inferiores pueden jugar este papel ocasionalmente, las Cortes que cuentan con la jurisdicción del control constitucional —ya sean Cortes supremas, salas constitucionales, o Cortes constitucionales separadas— tienen la proverbial última palabra respecto de hacer valer o no las reglas políticas del juego, al menos dentro de la jerarquía judicial. Además, en vista de que el campo de la política judicial latinoamericana aún es muy joven, la mayoría de la información sistematizada disponible sobre el proceso de toma de decisión judicial sólo existe para las Cortes superiores latinoamericanas. Una vez dicho esto, como el campo continúa madurando, suponemos —y esperamos— que se hagan los esfuerzos necesarios para incorporar a las Cortes inferiores. Esto es especialmente importante en contextos como el actual en América Latina, donde se realizan importantes esfuerzos para establecer con firmeza

la *obligatoriedad de las decisiones** y convertir a las Cortes inferiores, que manejan los asuntos cotidianos de la mayoría de litigantes, en protectores eficaces de los principios constitucionales.

Para establecer un punto de partida común para este libro, comenzamos con una simple conceptualización del papel de las Cortes constitucionales, basado en la organización de las Constituciones modernas. Desde el punto de vista estructural, las Constituciones se dividen en una parte “orgánica” que establece las distintas ramas del gobierno, sus poderes y sus relaciones recíprocas, y una parte “normativa” que se ocupa de los derechos individuales. Estos dos elementos fueron prefigurados por Montesquieu, quien hizo la distinción entre “la libertad política como relativa a la Constitución”, es decir, “formada por una determinada distribución de los tres poderes”, y la “libertad política del sujeto”, que define la relación entre el Estado y sus ciudadanos (1997, Libro XII, 216). Los teóricos constitucionales clásicos del siglo XX, Hans Kelsen y Carl Schmitt, también hacen referencia a las dos partes de las Constituciones modernas: el primero en su discusión del entendimiento “material” y “formal” de la Constitución,⁷ el segundo para distinguir entre el “principio de distribución” (derechos básicos) del “principio de organización” (separación de poderes) de las Constituciones modernas.⁸

Estas dos partes están claramente presentes en todas las Constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, los primeros veintinueve artículos de la Constitución mexicana enumeran todos los derechos fundamentales que ese documento garantiza a los ciudadanos, mientras que la segunda parte de

* N. del T. También puede traducirse como *stare decisis*, principio según el cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro.

⁷ En un sentido material, “la Constitución es la norma que regula la elaboración de las leyes, la actividad de los órganos del Estado y de las autoridades administrativas”. En un sentido formal, la Constitución también considera el contenido de aquellas leyes a través de un catálogo de derechos fundamentales que “delinea los principios, dirección, y límites para el contenido de leyes presentes y futuras” (Kelsen, 2001, 21-22).

⁸ De acuerdo con Schmitt, “El principio de distribución [se refiere a] la esfera individual de libertad [mientras que] el principio organizativo facilita la implementación del principio de distribución. Los derechos básicos y la separación de poderes denotan el contenido esencial del componente de *Rechtsstaat* de la Constitución moderna” (Schmitt, 2008, 170).

la Constitución está dedicada a las prerrogativas y responsabilidades de las distintas instituciones del Estado y a la interacción entre ellas.⁹ Por supuesto, la cantidad de derechos incluidos en las Constituciones latinoamericanas y las maneras específicas de organizar las relaciones entre las distintas ramas del gobierno varía a través de los países y a lo largo del tiempo dentro de los países, como lo muestran los reportes informativos del *Comparative Constitutions Project*, compilados por Tom Ginsburg y Zachary Elkins.¹⁰

La cuestión central que pedimos a cada uno de los participantes fue que abordaran cómo enfrentan los Jueces latinoamericanos estos dos elementos fundamentales de la Constitución. De forma más específica, invitamos a cada uno de los autores a responder si las Cortes latinoamericanas están dispuestas y son capaces de arbitrar conflictos entre las ramas del gobierno, y de ser así, si surge algún patrón perceptible. Asimismo, les pedimos que hablaran de la disposición y capacidad de los Jueces latinoamericanos para responder a las demandas relacionadas con una gran variedad de temas constitucionales, y luego que evaluaran qué derechos en particular eran protegidos por los Jueces.

Aquí clasificamos estos elementos básicos de control constitucional utilizando un simple esquema de dos dimensiones (*cfr.* el cuadro 1 más abajo). De derecha a izquierda, distinguimos entre las Cortes que llevan a cabo un control horizontal en los conflictos intergubernamentales en oposición a aquellas que no lo hacen. En específico, argumentamos que los Jueces ejercen control horizontal cuando 1) están dispuestos y son capaces de involucrarse en casos de conflictos intergubernamentales, y 2) están dispuestos y son capaces de decidir casos en contra del partido con mayor poder. El primer criterio efectivamente establece el nivel mínimo necesario para determinar

⁹ Como es bien sabido, la lista de derechos garantizados por la Constitución de los Estados Unidos ha sido adicionada por medio de enmiendas. Hubo un debate interesante durante la Convención constitucional en Filadelfia sobre si era necesario incluir una lista de derechos en la Constitución. Los escépticos, como James Madison, pensaron que tal lista era superflua asumiendo que la maquinaria institucional establecida por la Constitución iba a funcionar bien. Otros pensaron que la lista de derechos debía ser incluida en la Constitución para estar asegurados. *Cfr.* Rakove, 1997.

¹⁰ *Cfr.* <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>.

si los Jueces practican control constitucional horizontal: los Jueces deben tener la jurisdicción apropiada, los actores relevantes deben dirigirse a la Corte para obtener apoyo judicial, y los Jueces deben estar dispuestos a involucrarse en esos conflictos. Obviamente, si falta cualquiera de estos aspectos, los Jueces no son capaces de ejercer el control horizontal. Por ejemplo, en México, en 1994, la Corte finalmente obtuvo el derecho de arbitrar los conflictos entre los distintos niveles y ramas del gobierno, aunque sigue siendo un procedimiento laborioso y de difícil acceso (Sánchez, Magaloni, y Magar, Capítulo 7). Antes de ese momento, la Corte no podía ejercer el control horizontal, aunque hubiera querido.

El siguiente criterio se centra en quién pierde y quién gana, y por tanto establece un nivel cualitativamente más alto, aunque tal vez más controversial, para determinar si el control horizontal existe. Aquí seguimos la literatura para ordenar a las distintas ramas en función de los poderes relativos que disfrutan. Por consiguiente, asumimos que los presidentes latinoamericanos son más poderosos que las legislaturas, aunque en distintos grados (*e.g.* Mainwaring y Shugart, 1997), y que los gobiernos federales tienen más poder que los gobiernos estatales y locales (*e.g.* Gibson, 2004). Esto nos permite plantear cierto tipo de preguntas (*e.g.* ¿la Corte controla el poder del presidente? o, ¿la Corte limita el poder del gobierno federal?), que consideramos esencialmente importantes. Por ello, al clasificar el papel de la Corte en un país como Brasil o México, es importante que las Cortes constitucionales no sólo tengan la habilidad para arbitrar los conflictos intergubernamentales, sino que también algunas veces utilicen su capacidad para fallar en contra del gobierno nacional y/o del presidente.

La dimensión de nuestro esquema se centra en el control vertical, que implica la defensa de varios derechos constitucionales. Como sucede con el control horizontal, las condiciones de base para que las Cortes ejerzan control vertical son que los litigantes y Jueces tengan los instrumentos institucionales necesarios para hacerse cargo de esos casos. Por ejemplo, las reglas especialmente expansivas de la Corte Constitucional de Costa Rica permiten a

los ciudadanos un acceso prácticamente sin restricciones para exigir que se hagan valer sus derechos. Como lo señala Wilson (Capítulo 2),

... cualquier persona en Costa Rica (sin tomar en consideración la edad, género, o nacionalidad) puede interponer un recurso ante la Sala IV, a cualquier hora del día y en cualquier día del año, sin formalidades, abogados, cuotas, o una comprensión real de los derechos tutelados por el recurso de apelación que interpone. Las demandas pueden ser presentadas escritas a mano o en máquina sobre cualquier material, y en cualquier idioma, incluyendo Braille.

En contraste, hasta el 2005, el tribunal constitucional chileno estuvo limitado al control abstracto que sólo un grupo restringido de actores políticos podían interponer y por tanto reducía de forma dramática el número y tipos de demandas que recibían los Jueces (Hilbink y Couso, Capítulo 4). Diferentes grados de acceso a los instrumentos de control constitucional, entre los casos extremos de Costa Rica y Chile, pueden encontrarse en la región (Ríos Figueroa, Capítulo 1).

Por supuesto, más allá de las reglas institucionales de apoyo, es importante saber qué dicen las Cortes sobre tales derechos. Probablemente, más que en el caso del control horizontal, utilizar nuestra regla de tomar en cuenta casos en que “el menos poderoso gana el caso” para evaluar el grado de control constitucional vertical, implica a veces considerables dificultades. Los tipos de casos más simples consisten en Jueces decidiendo si protegen o no un derecho individual en contra de una invasión del gobierno. Por ejemplo, en 1996 la Corte constitucional colombiana tuvo que decidir si un estatuto recientemente aprobado, que regulaba las cadenas de televisión, violaba la libertad de expresión constitucional de pensamiento e información. En este caso, la Corte tomó de forma clara la decisión de derogar la ley, y por tanto no es problemático clasificarlo como un ejemplo de control vertical.

Son más complicados los casos que requieren que los Jueces balanceen dos o más tipos de derechos, como en un caso sobre aborto de la Corte

Suprema argentina en el 2001, donde los derechos del feto fueron evaluados al mismo tiempo que los de la madre. En tales casos, por supuesto, es tentador utilizar la etiqueta de control constitucional vertical cada vez que estemos de acuerdo con la decisión, o no utilizarla si opinamos lo contrario. Nuestra regla de decisión ayuda a afrontar este problema, pero nuevamente sólo si tenemos claro cuál de las dos partes es más poderosa. En este ejemplo, la madre tiene con seguridad más poder que el feto, pero si el feto es protegido por la ley estatal o si el consenso social está en contra de los derechos de privacidad de la mujer, entonces el balance cambia. Aun así, la regla de decisión representa un recurso frente a este problema y lo utilizamos teniendo estas advertencias en mente.¹¹

Cuadro 1

Poder Judicial: control horizontal y vertical

Arbitraje de conflictos entre poderes				
	Celda I	No	Sí	Celda II
Protección de derechos		Argentina (1989-1997) Bolivia (antes de 1999; después de 2008)		
	No	Brasil (antes de 1988) Chile (antes de 2005) Costa Rica (antes de 1989) México (antes de 1994)	México (después de 1994) Brasil (después de 1988)	
			Chile (después de 2005)	
	Sí	Colombia (1992-2006)	Argentina (1983-1989) Bolivia (1999 -2006) Costa Rica (después de 1989)	
	Celda III			Celda IV

¹¹ Asimismo, mientras reconocemos que defender los derechos puede implicar algunas veces proteger al más fuerte o a las elites, como en el caso de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos durante la famosa "era Lochner", donde los derechos de propiedad se oponían a los derechos laborales y la Corte decidió apoyar a los primeros (*cfr.* Friedman, 2001), queremos enfatizar aquí la voluntad de la Corte de proteger los derechos de los relativamente desaventajados.

El cuadro 1 muestra los cuatro tipos ideales de Cortes constitucionales producidas por nuestro esquema. Cada celda está poblada con ejemplos de los tipos de resultados empíricos trazados por los colaboradores de este libro.

Celda I. La celda superior izquierda (celda I) se refiere a las Cortes que no ejercen ningún tipo de control constitucional. Las Cortes localizadas en esa celda corresponden más de cerca a la imagen tradicional de las Cortes latinoamericanas, es decir, intrascendentes, débiles, e inefectivas. Para muchos autores, esta categoría sirve como base histórica respecto de la cual los cambios subsecuentes, ya sean avances o retrocesos, pueden ser medidos. Por ejemplo, todos los capítulos de este libro sobre Brasil, Costa Rica, México y Chile contienen descripciones de las Cortes constitucionales que en algún momento cayeron en esta categoría, pero que posteriormente lograron moverse fuera de ahí. Sin embargo, para otros colaboradores, la celda sirve como una especie de punto de reversión, al cual las Cortes podrían estar obligadas a volver. Por ejemplo, esto encaja en la caracterización básica que Bill Chávez, Ferejohn, y Weingast hacen de las Cortes de los Estados Unidos y de Argentina, según la cual los Jueces bajo gobiernos divididos ocasionalmente logran desplazarse hacia otras celdas, pero al final no logran ejercer un control constitucional efectivo cuando el poder está concentrado en las otras ramas del gobierno.

La descripción de la Corte Constitucional de Bolivia de Castagnola y Pérez-Liñán implica una tercera trayectoria, cuando una Corte recientemente instalada comienza su vida institucional ejerciendo control constitucional (celda IV), pero rápidamente es forzada a someterse (celda I). De forma similar, Helmke y Staton señalan al final del capítulo de este libro que las Cortes que asumen un comportamiento riesgoso al confrontar al gobierno, a menudo experimentan precisamente este tipo de trayectoria inestable. Los Jueces que intentaron limitar a Alberto Fujimori en Perú tuvieron esta suerte en 1997, como fue también el caso de los Jueces que se atrevieron a fallar en contra del actual Presidente de Venezuela Hugo Chávez en el 2004 (*cf.* Sánchez-Urribarri, 2009). Por supuesto, esos cambios de fortuna difícil-

mente se limitan a América Latina. Ejemplos en otras regiones van de la decisión de Yeltsin de disolver la Corte constitucional (Epstein, Knight y Shvetsova, 2001; Trochev, 2008), al ataque de Mubarak a la Suprema Corte egipcia (*cfr.* Moustafa, 2007), pasando por los acontecimientos recientes en Pakistán, donde los esfuerzos de los Jueces por ejercer su poder con frecuencia los han hecho retroceder, literalmente, a la celda I.

Celda IV. En el extremo opuesto (*Celda IV*) se encuentran las Cortes con Jueces que están dispuestos y son capaces de ejercer el control horizontal y el vertical. Las Cortes que caen en esta celda no deciden cada caso en contra del gobierno federal o de la rama ejecutiva, ni siempre son los defensores de los derechos de los desamparados. Al contrario, lo que distingue a las Cortes que caen en esta categoría es que los Jueces están dispuestos y son capaces de llevar a cabo los controles, al menos algunas veces. De las cuatro Cortes que están enumeradas en esta celda, indudablemente la Sala Cuarta de Costa Rica, que Bruce Wilson describe de forma elocuente en el Capítulo 2, proporciona el ejemplo más consistente de una Corte que regularmente se involucra en los dos tipos de controles constitucionales. Para citar un par de ejemplos, en el 2004 la Sala constitucional resolvió que la declaración de apoyo al conflicto bélico en Iraq del presidente de Costa Rica era inconstitucional, y reprendió duramente al presidente para que se apegara a los compromisos nacionales con los tratados constitucionales e internacionales (Wilson, en este libro). En el área de los derechos, en las últimas dos décadas la Sala Cuarta de Costa Rica ha fallado de forma consistente a favor de los grupos con menos poder, incluyendo mujeres, homosexuales, indigentes, prisioneros, y los ciegos (*Ibid*).

En comparación, en el capítulo de Couso y Hilbink, la Corte constitucional chilena está justo comenzando a asumir este doble papel, y, por esta razón, podría localizarse en el centro del cuadro. Mientras tanto, como describimos arriba, los capítulos sobre Bolivia y Argentina dan a entender que los Jueces de estos dos países han ocupado este lugar, pero solamente de forma temporal. En el caso boliviano, por ejemplo, el tribunal constitucional

logró declarar varias normas inconstitucionales, incluyendo cinco decretos ejecutivos, entre 1999, el año de creación del tribunal, y el 2006, el año en que la institución comenzó a colapsarse (Castagnola y Pérez-Liñán, en este libro).

Celda II y Celda III. Estas dos últimas celdas contienen ejemplos de Cortes que tienden a ejercer un tipo de control constitucional, pero no el otro. En el extremo superior derecho (celda II), las Cortes están dispuestas y son capaces de arbitrar conflictos intergubernamentales, pero son menos propensas a ejercer control vertical. A la inversa, en el extremo inferior izquierdo, las Cortes muestran una mayor capacidad para proteger los derechos, pero rehúyen ejercer el control horizontal. El hecho de que este libro contenga ejemplos de Cortes que encajan en estas sencillas categorías plantea una serie de fascinantes preguntas que responderemos en futuras investigaciones, sobre el grado en que los dos tipos de control constitucional en los que nos centramos en este libro son complementarios o sustitutos. En este caso, simplemente esbozamos los elementos clave de los ejemplos de estas dos categorías.

Brasil y México contemporáneos están mejor situados, aunque de forma imperfecta, en la segunda celda. A la fecha, el STF (Supremo Tribunal Federal) de Brasil ha ganado reconocimiento al arbitrar numerosas conflictos intergubernamentales, que van del juicio de responsabilidad en contra del ex Presidente Collor y la constitucionalidad de los decretos presidenciales, a decidir en los conflictos federales-estatales sobre las reglas de elección y la responsabilidad fiscal (*cfr.* Kapiszewski, en este libro). Pero la Corte de Brasil ha generalmente eludido proteger derechos sociales y económicos, o derechos de “segunda” y “tercera” generación. Este es, en términos generales, el retrato que presentan los dos capítulos sobre Brasil de Kapiszewski y Brinks, respectivamente. Sin embargo, es importante señalar que ambos autores también señalan esta situación. El capítulo de Brinks, por ejemplo, enfatiza que a pesar de que el STF tiene la capacidad y voluntad para arbitrar conflictos entre las distintas ramas, tiende a decidir en favor de la rama ejecutiva o del gobierno federal. Por tanto, al menos en relación al segundo

criterio que señalamos arriba, la Corte brasileña se queda claramente corta respecto de nuestro tipo ideal. Al mismo tiempo, Kapiszewski y Brinks señalan que el STF ha hecho un buen trabajo en la protección de los derechos de primera generación. Por estas dos razones situamos el caso brasileño en el extremo izquierdo de la celda. Una imagen similar surge del excelente capítulo de Magaloni, Sánchez, y Magar sobre la Suprema Corte mexicana. Aunque la Corte recientemente reformada ha ido abriéndose camino principalmente como árbitro en los conflictos federales, una serie de decisiones recientes relacionadas con la protección del debido proceso, los derechos de privacidad de los transexuales, y el derecho de terminar un embarazo, señalan tal vez una futura jurisprudencia de protección de derechos (Capítulo 7 de este libro).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia encaja mejor en la tercera celda. Mientras que la imagen convencional de la Corte colombiana es la de una Corte poderosa y activista (celda IV), la principal lección del meticuloso capítulo de Rodríguez-Raga es que esa imagen es en gran medida resultado del buen desempeño de la Corte en los casos de control concreto sobre derechos individuales. En contraste, el autor muestra que la Corte es mucho más renuente a ejercer su poder en casos de control abstracto. En el primer análisis cuantitativo de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia a la fecha, Rodríguez-Raga encuentra una predisposición sistemática en favor de la rama ejecutiva. En efecto, ya que el autor también encuentra que es aún menos probable que la Corte decida en contra del gobierno en los casos que involucran control abstracto, es tentador situar el caso colombiano en la Celda I, sin embargo, el historial de la Corte en casos de control concreto nos impide hacerlo.

Tomadas en conjunto, estas observaciones empíricas plantean una serie de preguntas más generales. ¿Por qué algunas Cortes son capaces de ejercer control constitucional? ¿Por qué otras evitan hacerlo? Y, ¿qué podemos decir del hecho de que algunas Cortes ejerzan control constitucional en un área, pero se rehúsen a hacerlo en otra? ¿Hasta qué punto los roles de los

Jueces están moldeados por el ambiente institucional? ¿Qué otro tipo de factores motivan a los Jueces? ¿Se ven principalmente obligados por el deseo de conservar sus empleos, o tienen metas más elevadas, como dar legitimidad al Poder Judicial? Finalmente, ¿de qué forma los Jueces tratan de asumir las oportunidades y desafíos que les plantea el escenario político?

2. PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Las respuestas a estas preguntas contenidas en el libro construyen y, en muchos casos, reconfiguran los modelos básicos del proceso de toma de decisión desarrollados en la literatura estadounidense sobre la política judicial. Dentro de esa literatura, los tres principales enfoques al comportamiento judicial incluyen (en orden cronológico de preponderancia en el campo): el modelo legal, el modelo actitudinal, y el modelo estratégico. Cada enfoque establece preguntas fundamentales sobre lo que motiva y/o restringe a los Jueces. De acuerdo con el modelo legal tradicional, los Jueces simplemente intentan seguir precedentes; por tanto las motivaciones y restricciones son básicamente una y la misma. En contraste, los partidarios del enfoque actitudinal defienden que los Jueces, especialmente a nivel de la Suprema Corte de los Estados Unidos, son esencialmente creadores de políticas sin restricciones y toman sus decisiones según sus preferencias políticas individuales (*cfr.* Segal y Spaeth, 2002). Los teóricos que utilizan el enfoque estratégico, por su parte, aceptan la suposición de que los Jueces son creadores de políticas, pero en cambio consideran que están limitados fundamentalmente por otros actores institucionales, incluyendo los otros Jueces del tribunal, las otras ramas del gobierno, y la opinión pública (*cfr.* Epstein y Knight, 1998; Friedman y Burbank, 2002).

La rápida evolución del subtema de la política judicial latinoamericana en los años noventa sirve, en muchas formas, como un reflejo de la trayectoria teórica seguida por la literatura sobre la política judicial de los Estados Unidos. Hasta ahora, el modelo estratégico ha influenciado más el estudio

del proceso de toma de decisión en la región que cualquiera de los dos enfoques (Iaryczower, Spiller, y Tommasi, 2002; Helmke, 2002, 2005; Chávez, 2004; Scribner, 2004; Staton, 2002; Ríos Figueroa, 2007; Staton, 2010). Una razón es que la mayor parte del trabajo teórico innovador dentro de toda la disciplina provenía, en aquel momento, de ese enfoque (Epstein y Knight, 2000), pero también era práctico dirigirse a los modelos que hacían evidentes las enormes presiones políticas que enfrentaban los Jueces latinoamericanos. Como lo demuestra este libro, la “revolución estratégica” aun está vigente en lo que respecta a la política judicial en América Latina, pero muchos de nuestros autores también la están reconfigurando, y en algunos casos, desafiando de muchas maneras.

A continuación analizamos el modelo estándar de separación de poderes como una explicación de base para el proceso de toma de decisión y lo utilizamos para enmarcar nuestra discusión sobre las distintas contribuciones hechas en los capítulos de este libro. En especial, utilizamos el trabajo de Epstein y Knight (1998) sobre los tres componentes principales de la explicación estratégica: 1) las interacciones estratégicas entre los Jueces y los otros actores, 2) los objetivos y motivaciones de los Jueces, 3) y las instituciones para organizar nuestra discusión. Como veremos, los capítulos de este libro proporcionan un amplio rango de evidencia nueva sobre el hecho de que los Jueces latinoamericanos son en efecto actores estratégicos, pero también nos recuerda la importancia de tomar la cultura legal muy seriamente. Al mismo tiempo, el libro también sugiere propuestas conocidas o nuevas sobre cómo las instituciones determinan las elecciones que hacen los Jueces.

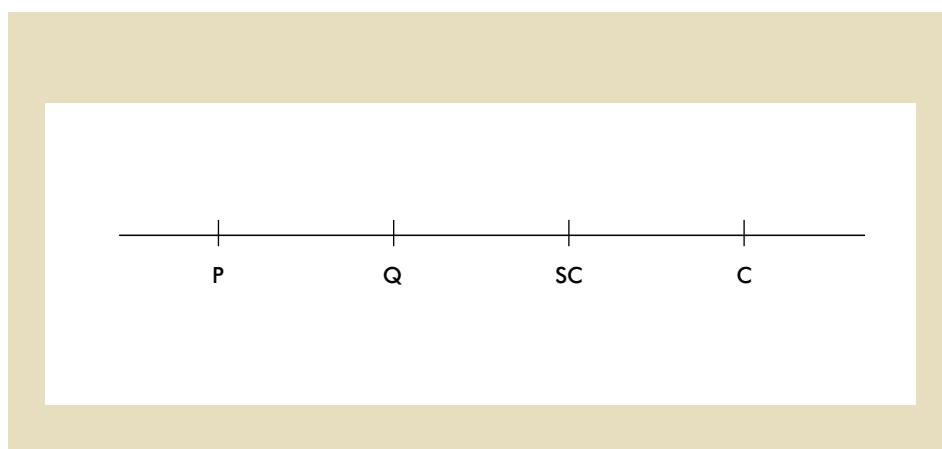
a. Interacciones estratégicas

El principio central del enfoque estándar de separación de poderes consiste en que el proceso de toma de decisión judicial es interdependiente. De acuerdo con la lógica de esta teoría, los Jueces tienen preferencias respecto de ciertas consecuencias políticas, pero reconocen la necesidad de hacer sus decisiones aceptables para los otros actores, incluyendo el Congreso y el

presidente, los otros Jueces, y/o la opinión pública (*cfr.* Epstein y Knight, 1998; Ferejohn y Weingast, 1992; Spiller y Gely, 1990). Para dar mayor profundidad a lo anterior, debemos considerar el modelo básico espacial descrito en la gráfica 3.¹²

Gráfica 3

Estándar del juego de separación de poderes



P, C y SC representan los puntos ideales del Congreso, Presidente y Suprema Corte, respectivamente. Q representa el estatu quo. Es fácil ver que la mejor respuesta de la Corte es simplemente mover la política a SC. La razón es que dentro del intervalo P y C, ninguna decisión judicial puede ser denegada. P será empeorada por la Corte, pero mientras C sea necesaria para echar abajo la decisión, el fallo de la Corte permanecerá. Si asumimos que sancionar a la Corte depende de más de un actor institucional, la lección general es que aumentar la distancia entre los puntos ideales de tales actores expande la habilidad de la Corte para decidir de forma sincera. Por el contrario, si en cambio imaginamos que C y P comparten el mismo punto ideal, o que el punto ideal de la Corte cae fuera del intervalo entre C y P, entonces la Corte es incapaz de establecer sus preferencias políticas sin riesgo de castigo. Por tanto, la hipótesis empírica central que surge es que el

¹² Para un modelo similar, *cfr.* Ferejohn y Weingast (1992); también *cfr.* Chávez, Ferejohn, y Weingast, en este libro.

gobierno dividido tiende a apoyar la independencia judicial, mientras que el gobierno unificado la debilita.

En este libro, el capítulo de Chávez, Ferejohn, y Weingast que compara las Cortes de Argentina y de los Estados Unidos plantea justo este tipo de argumento, mostrando que la fragmentación política entre el Congreso y el Presidente aumenta dramáticamente la habilidad de los Jueces para ejercer el control constitucional. Utilizando un enfoque narrativo analítico, su capítulo proporciona evidencia cualitativa considerable de que los Jueces en ambos países muestran mucha más habilidad para controlar a los gobiernos y hacer valer los derechos cuando el gobierno está dividido que cuando está unificado. En Argentina, bajo los periodos de control unificado, como el gobierno de Perón (1946-1955) o el gobierno de Menem, previo a las elecciones de 1999 (1989-1997), la Suprema Corte frecuentemente se doblegó ante la voluntad del Poder Ejecutivo, y ganó el sobrenombre de “Jueces adictos”, en el último caso. Por el contrario, su capítulo relata numerosos ejemplos de decisiones importantes donde se protegieron los derechos o se limitó a la rama ejecutiva cuando el poder político estuvo fragmentado. Por ejemplo, bajo el gobierno dividido de Raúl Alfonsín, la Corte apoyó los derechos en diversos frentes, incluso al declarar inconstitucional porciones de la política económica del gobierno, como en el caso de *Rolán Zappa*.¹³

Muchos capítulos en el libro ofrecen apoyo adicional, aunque matizado, respecto del tema de la fragmentación. El capítulo de Scribner utiliza un amplio análisis cuantitativo para comparar las Cortes de Argentina y Chile y encuentra apoyo sustancial en el hecho de que el control constitucional aumenta cuando el poder está dividido, aunque tales efectos están principalmente limitados a los casos de “autoridad excepcional del Ejecutivo”. Asimismo, Magaloni, Magar, y Sánchez proporcionan un respaldo cuantitativo de que la fragmentación política hace una diferencia del caso mexicano. Sin

¹³ En el caso *Rolán Zappa*, la Suprema Corte rechazó el intento del Presidente Alfonsín de incautar los beneficios de las personas retiradas durante una emergencia económica (*cf.* Chavez, Ferejohn, y Weingast, en este libro).

embargo, como en el caso de Scribner, su énfasis radica en identificar cómo las preferencias de los Jueces también afectan la habilidad de la Corte para ejercer el control constitucional. En un estilo un poco diferente, el capítulo de Rodríguez-Raga sobre la Corte constitucional colombiana explora la interacción estratégica entre los Jueces y el Poder Ejecutivo. Aunque Rodríguez-Raga reconoce que la Corte colombiana tiene una bien merecida reputación de independencia en sus casos sobre derechos fundamentales, también señala numerosos ejemplos, desde 1991, donde la Corte constitucional ha enfrentado severas amenazas de sanciones, en especial provenientes del Ejecutivo. En lugar de fragmentación gubernamental, Rodríguez-Raga desarrolla una medida alternativa de la presión política que se centra en la popularidad del Poder Ejecutivo.

Otros autores dirigen su atención a las interacciones estratégicas de los Jueces con otro tipo de actores. Por ejemplo, el capítulo de Couso y Hilbink sobre el Poder Judicial chileno señala cómo las aparentemente menores reformas institucionales han alterado fundamentalmente la interacción estratégica entre las Cortes inferiores y superiores. Mientras que antes los Jueces de las Cortes inferiores estaban severamente constreñidos por la Suprema Corte, que ejercía un enorme poder sobre sus carreras, ahora los Jueces de las Cortes inferiores pueden recurrir directamente ante el tribunal constitucional, ganando en realidad independencia para decidir los casos, al evitar el estricto control de la Suprema Corte. Las Cortes inferiores, en palabras de un Juez de la Corte laboral que citan los autores, tiene ahora “un espacio [donde actuar] que no existía antes” (citado por Couso y Hilbink, en este libro).

Por su parte, el capítulo de Helmke y Staton expande el ámbito del modelo estándar de separación de poderes para abarcar las interacciones estratégicas entre Jueces, políticos y litigantes. Del mismo modo que una nueva clase de modelos estratégicos (Vanberg, 2002; Stephenson, 2004; Carrubba, 2009; Staton, 2010), que efectivamente conceden a la opinión pública la última palabra, el modelo explora cómo los Jueces condicionan

sus procesos de toma de decisión al hecho de que los políticos sancionen a la Corte, la opinión pública apoye dichas sanciones, y los litigantes recurran a la Corte. Al hacer esto, el modelo también proporciona nuevas perspectivas sobre cómo el público evita que los políticos ataquen a los Jueces que resuelven en contra de ellos, y cómo los litigantes evalúan los costos y beneficios de dirigirse a la Corte con sus demandas (*cfr.* también el capítulo de Kapiszweski).

b. Objetivos y motivaciones

Entender los objetivos y motivaciones de los Jueces es importante por muchas razones. Obviamente, saber lo que los Jueces quieren es el primer paso para identificar si se están comportando de forma estratégica o sincera. Como Epstein y Knight afirman, “Para dar significado a este supuesto —que las personas maximizan sus preferencias— debemos estar seguros de saber cuáles son los objetivos de los actores. Si no estamos seguros, nuestras explicaciones se convierten en una tautología 'ya que siempre podemos afirmar que el objetivo de esa persona es hacer precisamente lo que observamos que él o ella hace'” (1998, 11). Como señalan muchos de nuestros colaboradores, no podemos inferir con seriedad que un Juez se está comportando de forma estratégica simplemente con observar que apoya al gobierno del día, a menos que sepamos *ex ante* que habría preferido actuar de otra forma.

Por supuesto, lo que motiva a los Jueces es tema de enorme debate. Por mucho tiempo, esto ha sucedido en la literatura sobre la política judicial de los Estados Unidos (Baum, 1997; Posner, 2008), y, como lo muestra este libro, cada vez más entre aquellos que estudian las Cortes latinoamericanas. Tomando prestada la visión general de Burbank y Friedman de la literatura sobre la política judicial de los Estados Unidos (2002), las funciones de utilidad de los Jueces pueden incluir no solamente el deseo de satisfacer una preferencia política o ideológica, sino también la voluntad de mantenerse o avanzar en sus carreras, la aprobación de la comunidad legal, y/o la búsqueda de mayor legitimidad institucional. Aunque la mayoría de las explicaciones

estratégicas tienden a enfatizar las preferencias ideológicas o políticas de los Jueces, el enfoque es ciertamente compatible con otro tipo de objetivos (*cfr.* Epstein y Knight, 1998). Pero analizar exactamente cómo los Jueces compensan estos diversos objetivos, sólo ha sido abordado por un puñado de análisis estratégicos de las Cortes latinoamericanas (*e.g.* Helmke y Sanders, 2006, *cfr.* también Helmke y Staton, en este libro).

Con estas variadas motivaciones en mente, una lección esencial que enfatiza este libro es que la fragmentación del poder político no siempre es suficiente para que los Jueces ejerzan el control constitucional. Si asumimos que la ideología cuenta, los Jueces también deben tener preferencias que sean materialmente diferentes a las de los actores políticos principales, para estar dispuestos a sacar ventaja del “espacio” que ofrece la fragmentación. Por ejemplo, vemos esto claramente en los destacados capítulos de Brinks y Kapiszweski sobre el STF de Brasil, donde Jueces moderadamente conservadores, aparentemente fracasan en explotar completamente su independencia, en especial en casos que confrontan la autoridad del Ejecutivo. De forma similar, Scribner descubre que en los casos de libertad de expresión, la fragmentación del poder político tiene poco impacto en Chile, donde las actitudes conservadoras de los Jueces de la Suprema Corte son legendarias (*cfr.* también Hilbink, 2007).

Igual de importantes son los capítulos de este libro que recuerdan que los Jueces también deben tener una concepción de sus roles como guardianes de la Constitución. Este punto es más evidente en el extenso capítulo de Couso y Hilbink sobre la transformación del Poder Judicial en Chile. Estos autores examinan cómo la amplia cultura legal ha evolucionado de estar basada en el quietismo, que definen cómo una mentalidad corporativa respetuosa pasa a ser claramente activista, al menos entre los Jueces de las Cortes inferiores y los Jueces de la Corte constitucional. De acuerdo con su visión, la naciente revolución de los derechos que actualmente experimenta Chile no se reduce a que esos Jueces tengan la independencia para limitar al gobierno, sino más bien que tengan la predisposición cultural para asumir ese papel (junto con los instrumentos institucionales, que describimos más abajo).

Finalmente, el capítulo de Magaloni, Magar y Sánchez sobre México introduce novedades al incorporar ambas dimensiones, la actitudinal y la de la cultura legal del Juez, dentro de su explicación del comportamiento judicial. En particular, utilizan las técnicas de estimación bayesianas para evaluar las preferencias políticas individuales de los Jueces (liberales o conservadoras) y la filosofía judicial individual o teoría legal de interpretación de los Jueces. Su análisis muestra, de forma sistemática, que el proceso de toma de decisión judicial de la Suprema Corte mexicana efectivamente cae dentro de estas dos dimensiones, y nos permite identificar cómo los diferentes bloques de votación dentro de la Corte han cambiado a lo largo del tiempo. Por tanto, este capítulo está a la vanguardia al mostrar cómo las teorías estratégicas pueden proporcionar una mejor perspectiva de aquello que motiva a los Jueces. Utilizando innovadoras técnicas metodológicas, el capítulo reincorpora algunos de los elementos tradicionales de los enfoques actitudinal y legalista para explicar el comportamiento judicial en ambientes donde los Jueces ya no se encuentran políticamente subordinados al gobierno del día.

c. Instituciones

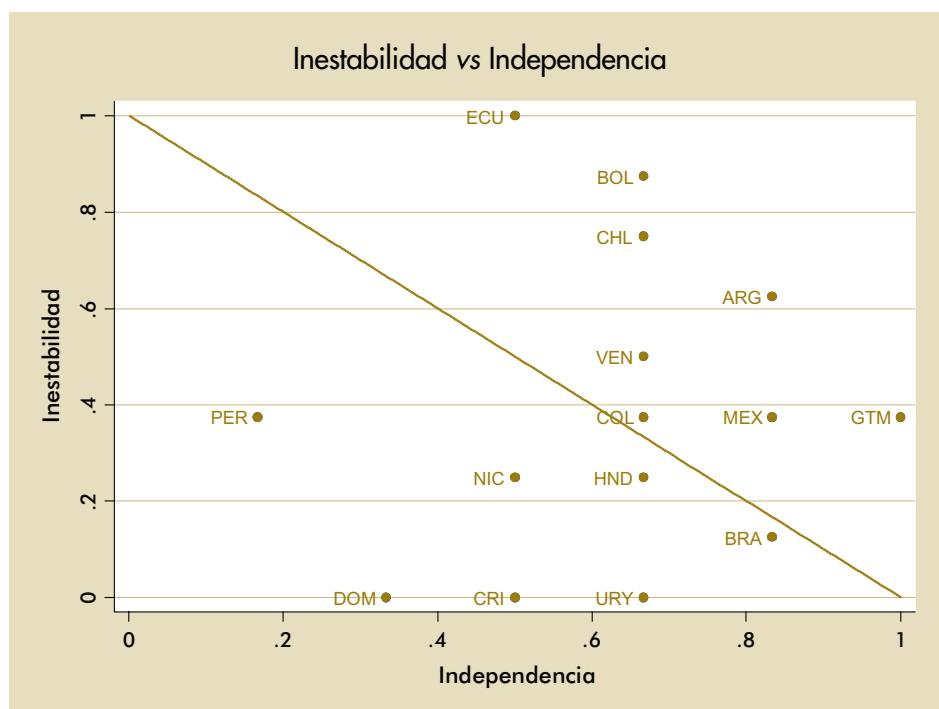
Las instituciones moldean el ambiente estratégico donde operan los Jueces. Desde las reglas específicas de la defensa legal, al marco constitucional básico que regula cómo se aprueban las leyes, a las agencias legales y no gubernamentales dentro de una determinada sociedad, este libro muestra cómo las instituciones ayudan a determinar quién se dirige a la Corte y qué tipo de demandas interponen, qué tipo de Jueces ocupan el tribunal, y qué tipo de restricciones formales e informales enfrentan los Jueces. En el modelo básico de separación de poderes desplegado arriba, las restricciones que los Jueces enfrentan dependen de las reglas institucionales que especifican quiénes son los otros actores relevantes (en este caso, el Congreso y el Presidente) y cuáles son los pasos relevantes para modificar las decisiones de la Corte. Si, por ejemplo, las reglas son tales que el presidente no tiene capacidad de influir en la legislación, entonces la fragmentación entre estas dos ramas, tendría poco impacto en las restricciones judiciales. Si en cambio todos los poderes

legislativos se encuentran concentrados en el Ejecutivo, entonces la estrategia de los Jueces consistiría simplemente en promulgar las preferencias del presidente para evitar que la legislación sea anulada.

Además de elaborar la ahora ya conocida observación de que los Jueces en América Latina a menudo enfrentan mucho más inconvenientes que el simple hecho de ver sus decisiones anuladas, numerosos capítulos nos recuerdan que incluso las garantías constitucionales formales más estrictas no siempre protegen a los Jueces de la presión política. *Contra Hamilton*, el libro acentúa así uno de los acertijos más antiguos sobre los mandatos judiciales de las instituciones latinoamericanas: las reglas institucionales formales no siempre encajan sin problemas en las regularidades empíricas del mundo real (*cfr.* Helmke y Levitsky, 2006).

Gráfica 4

Inestabilidad e independencia *de iure* en las Cortes latinoamericanas



Nota: El Salvador, Paraguay y Panamá no aparecen en la gráfica para facilitar su lectura. Estos países ocuparon exactamente la misma posición que Uruguay, Venezuela y Costa Rica, respectivamente.

Para destacar esta brecha, utilizamos un simple diagrama para mostrar la falta de ajuste entre la evidencia transnacional de la independencia judicial y la inestabilidad judicial presentada en el capítulo de Ríos Figueroa y Helmke y Staton, respectivamente. La gráfica 4 ilustra claramente que los países que califican bien en la medida de Ríos Figueroa de independencia *de jure* no necesariamente se correlacionan de forma negativa con el grupo de países que experimentan inestabilidad institucional. Únicamente Brasil, Colombia y Honduras se encuentran cerca de la línea de regresión hipotética; el resto se encuentran dispersos por arriba y por abajo de ella. Los países que se encuentran por debajo de la línea, experimentan menos inestabilidad de la pronosticada por sus instituciones formales. Estos aparentes “países con mejores resultados” de lo que podríamos esperar incluyen a algunos de los habitualmente destacados, como Uruguay y Costa Rica, pero también incluye a algunos de los casos típicamente más problemáticos, como Perú y Nicaragua. Los países que se encuentran por encima de la línea son los “países con peores resultados” de lo que podríamos esperar en la medida en que el nivel de las protecciones institucionales excede la cantidad pronosticada de inestabilidad. Ecuador, Bolivia, Argentina y Guatemala son los países con peores resultados, pero este mal desempeño también incluye a Chile, Venezuela y México.

Una explicación más completa sobre la brecha entre las medidas *de facto* y *de iure* del Poder Judicial excede el alcance de este libro.¹⁴ Sólo podemos concluir que afirmar que las instituciones formales no importan es tan inocente como la suposición de Hamilton de que las reglas formales son completamente suficientes. En cambio, el capítulo de Helmke y Staton argumenta que las instituciones formales a menudo producen efectos ambiguos o hacen que entren en competencia. Por ejemplo, prolongar la duración en el cargo de los Jueces puede hacer que se preocupen más en atraer futuros litigantes y que, por tanto, sea menos probable que se derrumben antes las

¹⁴ Cfr. Ríos-Figueroa y Staton (2009) para un diagrama conceptual y una evaluación sistemática de las medidas *de iure* y *de facto* de la independencia judicial a través del mundo.

presiones políticas. Pero también aumenta el valor de mantener sus posiciones y, por lo mismo hace que potencialmente sea más probable que se derrumben ante la presión política. En un estilo similar, podemos imaginar que incrementar los poderes *de iure* de los Jueces puede aumentar de forma simultánea, tanto los beneficios como los costos de los políticos que intenten atacarlos. Capturar Cortes que son más poderosas es potencialmente más valioso para los políticos, pero las Cortes poderosas también pueden tener una mejor oportunidad de ganar el apoyo público, el cual, a su vez, puede disuadir a los políticos de llevar a cabo tales ataques. Además, que uno u otro efecto prevalezca puede relacionarse con otras instituciones, como aquellas que define el método de nombramiento y, en consecuencia, el tipo de Jueces que pueden llegar a las Cortes constitucionales (*cfr.* Capítulo 1 y 5), las interacciones de las instituciones con el contexto político (*cfr.* Capítulo 5 y 8. *Cfr.* también Pozas Loyo y Ríos Figueroa, 2007), con la ideología de los Jueces (*cfr.* Capítulo 4), o con el contexto social (*cfr.* Capítulo 6). Esto nos lleva a otra serie de puntos sobre las instituciones que el libro plantea de forma colectiva: a saber, que centrarnos únicamente en las reglas (formales o *de iure*) para sancionar a los Jueces no nos lleva. Si recurrimos a las conclusiones seminales de Robert Dahl (1957) sobre la importancia de la selección judicial, por ejemplo, el capítulo de Brinks sobre Brasil muestra cómo el gobierno dividido en un contexto de separación de poderes obliga a los actores políticos a elegir Jueces moderadamente conservadores para trabajar en el tribunal. Poniendo de cabeza la historia institucional del sistema de separación de poderes, Brinks argumenta que la manera en que los Jueces del STF son elegidos explica mucho mejor las elecciones que hace, que las sanciones que enfrentan. Los Jueces brasileños tienden a apoyar al régimen, no porque le teman, sino porque están de acuerdo con él.

De forma similar, el capítulo de Castagnola y Pérez-Liñán ofrece otro giro en la importancia de las instituciones que gobiernan en oposición a las que aprueban la selección. A pesar de que el Presidente Morales no haya tenido la mayoría en el Congreso en los tres últimos años, el gobierno se ha encargado de mantener sin quórum tanto al tribunal constitucional como a la

Suprema Corte. En este caso, el gobierno dividido no ha sido suficientemente disuasivo para aprobar a los Jueces; pero su principal efecto ha sido evitar que el presidente nombre exitosamente nuevos miembros del tribunal.

Otra lección esencial que el libro nos enseña sobre las instituciones es que algunas veces cambios institucionales menores tienen consecuencias mayores. Este punto aparece de forma impresionante en los dos capítulos individuales sobre los poderes judiciales de Costa Rica y Chile. Por ejemplo, aunque los poderes otorgados a la nueva Sala constitucional de Costa Rica en 1989 la colocarían como la Corte con mayor alcance entre las Cortes latinoamericanas, Wilson argumenta que en ese momento nadie, incluyendo los políticos que aprobaron la reforma, pudo comprender su magnitud. Sin embargo, de forma muy rápida, la Corte vino a ocupar un papel central moderando los conflictos entre las ramas del gobierno y promoviendo los derechos. Entre los cambios institucionales más importantes que apuntalaron esta revolución de los derechos se encuentran las reglas operativas de la Sala IV para la defensa. Como mencionamos arriba, el hecho de que cualquiera en cualquier momento pueda interponer una demanda ante la Sala constitucional creó, en palabras de Wilson, una importante y nueva oportunidad legal para que diversos actores se dirigieran a la Corte para resolver sus conflictos.

Asimismo, de acuerdo con Couso y Hilbink, la revolución de los derechos que parece estar transformando el Poder Judicial chileno tiene, de hecho, sus raíces en una serie de reformas bastante mundanas y técnicas. Su capítulo describe cómo el fracaso del Presidente Aylwin para aprobar la amplia reforma judicial llevó a su sucesor, el Presidente Frei, a realizar esfuerzos más cautos para la reforma, incluyendo el establecimiento de la escuela judicial, la revisión y reparación del sistema de justicia penal, aumentos en los salarios judiciales, y un nuevo sistema de retiro y designación de los Jueces de las Cortes superiores. Sin embargo, de forma gradual, esas reformas institucionales alteraron dramáticamente la cultura y la composición del Poder Judicial chileno, especialmente para las Cortes penales inferiores y la Corte constitucional.

Finalmente, el libro también pavimenta el camino para incorporar las instituciones y actores no gubernamentales en la política judicial. Siguiendo el trabajo innovador de Charles Epp sobre la estructura de apoyo legal, el capítulo de Kapiszewski sobre Brasil investiga en profundidad en esa dirección. Mientras que las elites políticas y sociales han aprendido rutinariamente a utilizar al STF para arbitrar conflictos entre las distintas ramas del gobierno, por una variedad de razones históricas las organizaciones defensoras de derechos y otras ONGs no lo han hecho. El resultado es que la Corte, en gran medida, se ha forjado un rol basado en arbitrar conflictos entre las ramas del gobierno, pero no impulsando una agenda fundada en la protección de derechos. Pero precisamente debido a que esos grupos han comenzado a ganar puntos de apoyo, su capítulo sugiere que el rol de la Corte brasileña probablemente será expandido.

3. CONCLUSIONES

Como sucede con las legislaturas latinoamericanas (*cf.* Morgenstern y Nacif, 2002), el lugar común de que las Cortes latinoamericanas son irrelevantes, está fuera de moda. Las Cortes constitucionales han asumido un rol político fundamental a lo largo de la región. En países como Costa Rica y Colombia y cada vez más en Chile, Brasil y México, los Jueces son observados como importantes actores políticos, capaces de moldear las políticas públicas más importantes del día. Incluso en contextos donde las Cortes han sido sistemáticamente intimidadas, como en Argentina durante los años noventa, o recientemente en Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, el Poder Judicial, para bien o para mal, ha venido a dominar el discurso político de la región. La forma en que los Jueces de la región responden a la variedad de restricciones, incentivos y oportunidades que los confrontan, es el tema principal de este libro.

El mensaje colectivo, que surge en las páginas que se presentan a continuación, es que la habilidad de los Jueces latinoamericanos para arbitrar conflictos entre las distintas ramas del gobierno y/o proteger los derechos

individuales varía considerablemente a través de los países y dentro de los países a lo largo del tiempo. Al explicar esta variación, los colaboradores de este libro se basan en la cada vez más importante visión estratégica de los Jueces, pero también la expanden e impugnan de diversas maneras. Entre las variadas lecciones que aprendemos en los capítulos del libro, hay algunas que merecen la pena resaltar. En primer lugar, cuando los Jueces tienen el proverbial espacio para decidir los casos en contra del gobierno, esto explica sólo parcialmente porqué lo hacen a final de cuentas. En otras palabras, si el proceso de selección, la cultura judicial, o la amplia estructura legal de oportunidad tienen un efecto negativo en la labor de los Jueces arbitrando conflictos entre niveles del gobierno o defendiendo derechos, entonces el gobierno dividido es probablemente insuficiente. Además, en la medida en que al menos algunos Jueces en América Latina se han vuelto cada vez más independientes y poderosos, necesitamos expandir nuestro juego de herramientas, e ir más allá de enfoques que únicamente esbozan las posibles reacciones de las otras ramas del gobierno.

En segundo lugar, el libro nos recuerda que las reformas institucionales pueden tener una variedad de consecuencias imprevisibles. Como describimos en la sección previa, algunas veces las reformas aparentemente menores pueden producir cambios importantes, a menudo muy por encima de las intenciones originales de los reformadores. Esto podría plantear dudas sobre la generalización de una cierta clase de teorías sobre la reforma institucional, como las explicaciones estándar de la reforma judicial como un mecanismo de seguro (*cfr.* Ginsburg, 2003; Finkel, 2008), aunque hay que notar que la solidez de tales explicaciones depende de las creencias y restricciones específicas del momento de creación constitucional y no de que los subsecuentes resultados sean distintos de las expectativas iniciales (*cfr.* Pozas Loyo y Ríos Figueroa, 2010). A la inversa, el libro nos enseña que los supuestos métodos infalibles para aumentar la independencia judicial, como hacer que la duración en el cargo sea de por vida o expandir el control constitucional, pueden fracasar. Nuevamente, la mayor implicación no es que las instituciones no importen, sino que diseñar el conjunto óptimo de reformas

judiciales requiere pensar detenidamente sobre las distintas compensaciones y efectos adversos que tales instituciones pueden producir.

Finalmente, los capítulos colectivamente subrayan que no existe una mejor o única manera de estudiar a las Cortes. En efecto, una gran fortaleza de este libro reside en su diversidad metodológica, que va de los estudios cualitativos del caso específico de un país, a la comparación de dos países, a los amplios análisis estadísticos, a las narrativas analíticas y modelos de teoría de juegos. Al expandir el estudio de la política judicial a lugares menos desarrollados del planeta, como América Latina, donde la información no es exhaustiva sino que en muchos casos resulta bastante limitada, mantener tal pluralismo es particularmente importante. Una vez dicho esto, el capítulo refuerza la convicción de los editores sobre la importancia de especificar los mecanismos, identificar los micro-fundamentos y generar hipótesis comprobables (y falsificables).

Los once capítulos que siguen fueron escritos por los expertos en ciencia política más destacados actualmente en el campo de la política judicial en América Latina: Rebecca Bill Chávez, John Ferejohn, y Barry Weingast, Daniel Brinks, Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán, Javier Couso y Lisa Hilbink, Gretchen Helmke y Jeffrey Staton, Diana Kapiszewski, Beatriz Magaloni, Arianna Sánchez, y Eric Magar, Julio Ríos Figueroa, Juan Carlos Rodríguez Raga, Druscilla Scribner, y Bruce Wilson. Algunos de estos autores examinan, por separado o de dos en dos (comparando países latinoamericanos entre sí o bien con los Estados Unidos), a las Cortes más estudiadas y pertenecientes a los países más extensos de la región: Argentina, Brasil, Chile y México. Adicionalmente, el libro también contiene capítulos individuales sobre dos de las Cortes más poderosas, pero menos estudiadas: la Sala Cuarta de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. También incluimos un capítulo sobre el Poder Judicial de Bolivia, una de las instituciones con más problemas en la región. El primer y el último capítulo contienen amplias comparaciones entre países, lo que nos permite tratar a muchos de los otros poderes judiciales vapuleados de la región (*e.g.* Venezuela, Perú, y Ecuador).

El cuerpo principal del libro está organizado alrededor de los diferentes papeles que juegan los Jueces constitucionales en América Latina. Los capítulos 2 y 3 comienzan con las historias de éxito: Costa Rica y Colombia, países donde en distintos grados los Jueces constitucionales han estado dispuestos y han sido capaces de hacer valer los derechos y arbitrar las relaciones entre las distintas ramas del gobierno. Luego, el capítulo 4 se centra en Chile, un país que durante mucho tiempo se caracterizó por su tradicionalismo y ortodoxia respecto del papel del Poder Judicial, pero donde los Jueces jóvenes, incentivados por las innovaciones institucionales, parecen dispuestos a asumir un rol más activista en los casos de conflictos entre las ramas del gobierno y de protección de derechos. Los siguientes tres capítulos analizan a los países que han forjado una buena reputación arbitrando los conflictos entre las ramas del gobierno, pero han evitado en gran medida el papel de protectores de derechos. Desde distintas perspectivas, los capítulos 5 y 6 examinan el papel jugado por el Supremo Tribunal Federal (STF). El capítulo 7 analiza cómo la recientemente reformada Corte Superior mexicana ha expandido de forma significativa su papel como árbitro del federalismo, pero argumenta que la Corte debe emprender una “revolución constitucional” que privilegie los derechos de los ciudadanos.

Los siguientes tres capítulos pintan un retrato más problemático, aunque conocido, de las Cortes latinoamericanas, examinando los efectos de la presión política, cambio de régimen, e inestabilidad política. Los capítulos 8 y 9 presentan comparaciones entre Argentina y los Estados Unidos y Argentina y Chile, respectivamente. El primero relata el completo fracaso de los Jueces para hacer valer los derechos cuando el poder se encuentra unificado en una sola rama del gobierno, ya sea bajo dictadura o democracia; mientras que el segundo presenta descubrimientos similares, pero agrega que incluso la falta de restricciones políticas puede no ser suficiente para la efectiva protección de derechos, mientras los Jueces mantengan visiones conservadoras. El capítulo 10, dedicado a Bolivia, advierte sobre los peligros que enfrentan los Jueces al tratar de establecer su poder. El reciente desmantelamiento de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional de Bolivia es sólo el último

incidente de una larga y vergonzosa historia de inestabilidad institucional en ese país.

Finalmente, los capítulos primero y último del libro proporcionan amplias visiones transnacionales, empíricas y teóricas, de los poderes judiciales de la región. El capítulo 1 ofrece una visión empírica sistemática de la evolución de las instituciones judiciales en dieciocho países americanos entre 1945 y 2005. Ríos Figueroa identifica la importante tendencia temporal y regional de otorgar a los Jueces mayores poderes institucionales e independencia, mientras que también identifica una considerable variación a través de los países. El capítulo 11 desarrolla un modelo unificado de teoría de juegos, que busca resolver muchas de las interrogantes de la literatura sobre los poderes judiciales en América Latina, proporcionando una visión general de lo que hemos aprendido hasta aquí de los modelos que existen sobre el comportamiento judicial en América Latina y en otros lugares, y planteando nuevas investigaciones para el futuro.

REFERENCIAS

- Barros, Robert. 2002. *Constitutionalism and dictatorship. Pinochet, the junta, and the 1980 constitution*. New York: Cambridge University Press.
- Baum, Lawrence. 1997. *The Puzzle of Judicial Behavior*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (eds.). 2002, *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, California: Sage.
- Carruba, Clifford J. 2009. "A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems", *The Journal of Politics*, vol. 71, no. 1, pp. 55-69.
- Chávez, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford University Press.
- Couso, Javier. 2010. "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America", en *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Alexandra Huneeus, y Javier Couso, *New York: Cambridge University Press*.
- Couso, Javier. 2002. "The politics if judicial review in Latin America: Chile in comparative perspective". Ph.D. Dissertation, UC Berkeley.
- Dahl, Robert. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law*, VI (2): 279-95.

- Domingo, Pilar y Rachel Sieder (eds.). 2001. *Rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform*, London: University of London Press.
- Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
- Epstein, Lee, Jack Knight y Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* 35:1, pp. 117-167.
- Epstein, Lee y Jack Knight. 2000. "Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead", *Political Research Quarterly*, vol. 53, no. 3, 625-661.
- _____. 1998. *The Choices Justices Make*, Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.
- Ferejohn, John A., Barry Weingast. 1992. "A Positive Theory of Statutory Interpretation", *International Review of Law and Economics* 12.
- Finkel, Jodi S. 2008. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame.
- Friedman, Barry. 2001. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*", *New York University Law Review*, vol. 76, primavera.
- Gauri, Varun y Daniel Brinks (eds.). 2008. *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York: Cambridge University Press.

Gargarella, Roberto, Pilar Domingo, y Theunis Roux (eds.). 2006. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, London, GB: Ashgate.

Gibson, Edward (ed.). 2004. *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

Ginsburg, Tom, y Tamir Moustafa (eds.). 2008. *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, New York: Cambridge University Press.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press.

Gloppen, Siri, Bruce Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar, y Morten Kinander (eds.). 2010. *Courts and Power in Latin America and Africa*, New York: Palgrave MacMillan.

Helmke, Gretchen y Steven Levitsky (eds.). 2006. *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Helmke, Gretchen y Mitchell Sanders. 2006. "Modeling Motivations: A New Technique for Inferring Judicial Goals", *Journal of Politics*, vol. 68, no. 4

Helmke, Gretchen. 2009. "The Origins of Institutional Crises in Latin America", Manuscrito.

_____. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, New York: Cambridge University Press.

- _____. 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy," *American Political Science Review* 96(2): 291-303.
- Hilbink, Lisa. 2007. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*. New York: Cambridge University Press.
- Iaryczower, M., P. T. Spiller, y M. Tommasi. 2002. "Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science* 46 (4):699-716.
- Kapiszewski, Diana, y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America", *Perspectives on Politics*, vol. 6, no. 4, pp. 741-767.
- Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM.
- Larkins, Christopher, 1998. "The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina", *Comparative Politics* 30:423-43.
- Mainwaring, Scott, y Matthew Soberg Shugart (eds.). 1997. *Presidentialism and Democracy in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- Méndez E. Juan, Guillermo O'Donnell, y Paulo S. Pinheiro (eds.). 1999. *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. South Bend, IN: University of Notre Dame Press.
- Merryman, John Henry. 1985. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford U. Press: California.

Montesquieu. 1977. *The Spirit of the Laws (A Compendium Of The First English Edition. Edited By David Wallace Carrithers)*, California: University of California Press.

Morgenstern, Scott y Benito Nacif (eds.). 2002. *Legislative Politics in Latin America*. New York: Cambridge University Press.

Moustafa, Tamir. 2007. *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt*. New York: Cambridge University Press.

Pásara, Luis (ed.). 2004. *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Lima, Perú, Consorcio Justicia Viva.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2006. *Latin American Lawyers. A Historical Introduction*, Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Peruzzotti, Enrique, y Catalina Smulovitz. 2006. "Social Accountability. An Introduction", en *Enforcing the Rule of Law. Social Accountability in the New Latin American Democracies*, eds. Peruzzotti, Enrique, y Catalina Smulovitz, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Posner, Richard. 2008. *How Judges Think*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Pozas Loyo, Andrea, y Julio Ríos Figueroa. 2010. "Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America", *Comparative Politics*, vol. 42, no. 3.

———. 2007. "When and Why 'Law' and 'Reality' Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico", en *Evaluating Transparency and Accountability in Mexico: National, Local and Comparative Perspectives*, eds. Alejandra Rios-Cazares y David A. Shirk. San Diego: University of San Diego Press.

- Rakove, Jack N. 1997. *Original meanings. Politics and ideas in the making of the constitution*, New York: Vintage Books.
- Ríos Figueroa, Julio, y Jeffrey K. Staton. 2009. "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence", presentado en la 4a. *Conferencia Anual de Estudios Legales Empíricos*, noviembre 19-21, Universidad del Sur de California.
- Ríos Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society*. v. 49, no. 1.
- Sánchez-Urribarri, Raúl. 2009. "Judges and their Loyalties: A Comparative Analysis Focused on the Venezuelan Supreme Court (1989-2009)", Ph.D. Dissertation, University of South Carolina.
- Schmitt, Carl. 2008. *Constitutional Theory*, Durham, NC: Duke University Press.
- Scribner, Druscilla L. 2004. "Limiting Presidential Power: Supreme Court-Executive Relations in Argentina and Chile." PhD diss., Department of Political Science, University of California, San Diego.
- Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. 2002. *The Supreme Court. The Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press.
- Sieder, Rachel, Alexandra Huneeus, y Javier Couso (eds.), en imprenta. *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Cambridge University Press.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden, y Alan Angell (eds.). 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave MacMillan.

- Spiller, Pablo T., y Rafael Gely. 1990. "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the *State Farm* and *Grove City* Cases", *Journal of Law, Economics, and Organization* 6 (2): 263-300.
- Stephenson, Matthew C. 2004. "Court of Public Opinion: Government Accountability and Judicial Independence", *Journal of Law, Economics, and Organization* 20(2): 379-399.
- Staton, Jeffrey K. 2010. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, New York: Cambridge University Press.
- _____. 2002. "Judicial Activism and Public Authority Compliance: The Role of Public Support in the Mexican-Separation-Of-Powers-System." Ph.D. Dissertation, Department of Political Science, Washington University in St. Louis
- Stozky, Irwin (ed.). 1993. *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Boulder, CO: Westview Press.
- Trochev, Alexei. 2008. *Judging Russia: the Role of the Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006*, New York: Cambridge University Press.
- Vanberg, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*, New York, Cambridge University Press.
- Vargas Vivancos, Juan Enrique. 2009. "Las Cortes supremas y la reforma judicial en Latinoamérica", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 13: 271-300.
- Verner, Joel G. 1984. "The Independence of Supreme Court in Latin America: A Review of the Literature", *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, noviembre.

Capítulo 1

*I*nstituciones para la justicia constitucional en América Latina*

*Julio Ríos Figueroa***

* Quiero agradecer a John Carey, John Ferejohn, Gretchen Helmke, Aníbal Pérez-Liñán, Andrea Pozas Loyo, Jeffrey K. Staton, y a los participantes en la Conferencia del CIDE realizada en marzo del 2009, en la Reunión Anual (2009) de la Asociación Americana de Ciencia Política (APSA), y en la Conferencia General (2009) del Consorcio Europeo de Investigación Política (ECPR), por su cuidadosa lectura y valiosos comentarios. Yolanda Lamothe, Judith Nieto y Jorge Puma me proporcionaron una magnífica ayuda como asistentes en esta investigación. También agradezco ampliamente el apoyo de la beca “Investigación Científica Básica 2007” de CONACYT para el desarrollo de este proyecto.

** Profesor en la División de Estudios Políticos del CIDE en la Ciudad de México. Es doctor en ciencia política por la Universidad de Nueva York y fue Hauser Research Scholar en la Escuela de Derecho de la misma universidad. Ha publicado artículos sobre el surgimiento de un Poder Judicial efectivo en México, sistemas de justicia constitucional en América Latina, y los efectos de instituciones judiciales en las políticas públicas de México y Brasil en revistas académicas como: *Comparative Political Studies*, *Comparative Politics*, *Latin American Politics & Society*, y *Journal of Latin American Studies*.

 Los Jueces constitucionales consideran temas relevantes para la protección de los derechos, la competencia política y el ejercicio del poder. Sin embargo, ¿por qué hay Cortes que se destacan por su trabajo haciendo valer los derechos¹ mientras que otras se distinguen por su trabajo arbitrando conflictos entre actores políticos? En América Latina, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana o la Sala Cuarta de Costa Rica han sido muy activas en la protección de los derechos (*e.g.* Uprimny, 2006; Wilson, 2005), mientras que no ha sucedido lo mismo con la Suprema Corte mexicana o el Tribunal Constitucional chileno. Sin embargo, las dos últimas Cortes sí han trabajado como árbitros eficientes en la regulación de la competencia política en sus respectivos países (*e.g.* Magaloni, B. 2003; Domingo, 2005; Scribner, 2004).

Las instituciones que se cree que tienen un impacto en la independencia y poder de los Jueces constitucionales, son a menudo invocadas para

¹ Me refiero a todos los derechos, económicos, sociales, y políticos, aunque es la defensa de los derechos sociales y económicos la que dio a algunas Cortes como la Suprema Corte de la India o el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, reputación alrededor del mundo. *Cfr.* la introducción de este libro para una operacionalización de esos dos roles de los Jueces constitucionales en la investigación empírica.

explicar su comportamiento (*e.g.* Rosenberg, 1991), y son uno de los tres componentes de la explicación estratégica del comportamiento judicial (*cfr.* Epstein y Knight, 1998 y la introducción de este libro). Este es el principal fundamento detrás de los cambios en las reglas básicas diseñadas para incrementar la independencia de los Jueces (*e.g.* nombramiento, duración, y remoción) y darles poder para intervenir en el proceso de creación de políticas públicas (*e.g.* sus poderes de control constitucional). Argumentos institucionales más recientes señalan características institucionales específicas dentro de las dos amplias dimensiones —independencia y poder— para explicar porqué y hasta qué grado los Jueces constitucionales tienden a dedicar relativamente más tiempo a arbitrar conflictos entre las distintas ramas y niveles del gobierno que a defender los derechos.

Este capítulo proporciona una evaluación sistemática del marco institucional en el que trabajan los Jueces constitucionales latinoamericanos y sugiere hipótesis del impacto de las instituciones en el comportamiento judicial. En particular, se presentan numerosos argumentos que toman en cuenta una característica institucional para explicar el comportamiento de los Jueces constitucionales y se explora la existencia o ausencia de tales características en una muestra de dieciocho países latinoamericanos en sesenta años. La segunda y tercera partes de este capítulo desarrollan ambas dimensiones, revelando una interesante variación en las particularidades del marco institucional, que aísla y da poder a los Jueces constitucionales en la región.

Es importante mencionar desde el comienzo, que en este capítulo el marco institucional se toma como dado. Es decir, expongo y discuto argumentos sobre las consecuencias potenciales de los diferentes arreglos institucionales pero no intento responder qué determina la existencia de aquellas instituciones en primer lugar.² Además, las características institucionales de hecho producen determinados efectos, es algo que también se encuentra

² Sobre este tema, *cfr.* Ginsburg, 2003; Magaloni, 2003; Finkel, 2008; Pozas-Loyo y Ríos-Figueroa, 2010.

fuera de los límites de este capítulo.³ Como lo discutimos en la introducción de este libro, las instituciones no funcionan en el vacío; su impacto es a menudo mediado por el contexto político, social e ideológico. Sin embargo, es evidente que el primer paso para evaluar si las instituciones tienen un impacto en el comportamiento consiste en especificar el marco institucional y los incentivos que este marco establece para el desempeño individual. Ese es el objetivo de este capítulo.

1. INDEPENDENCIA Y PODER DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS, 1945-2005

a. Instituciones que influyen en la independencia de los Jueces

La independencia de los Jueces constitucionales de las indebidas presiones políticas, en particular provenientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es a menudo mencionada como una condición necesaria para que los Jueces evalúen de forma sincera los casos que les llegan, sin condicionar el contenido de sus decisiones (*e.g.* Rosenberg, 1991). Es decir, ya sea para proteger derechos o arbitrar conflictos entre las ramas del gobierno, los Jueces constitucionales deberían disfrutar, en primer lugar, de un grado sano de autonomía respecto de las otras ramas políticas. Los académicos han señalado una variedad de características institucionales dirigidas a producir un espacio autónomo para los Jueces, entre las cuales el modo del nombramiento, la duración en el cargo, y los mecanismos de remoción se consideran primordiales.⁴

Tanto los expertos con experiencia práctica como académicos están de acuerdo en que la ola de reformas judiciales que recorrió América Latina en

³ Este capítulo forma parte de un amplio proyecto que explora las consecuencias del cambio institucional en la protección judicial de derechos en América Latina (*cfr.* Ríos-Figueroa 2010). Sobre las complejidades para evaluar los efectos institucionales *cfr.* Przeworski (2007) y sobre las instituciones judiciales, *cfr.* Helmke y Staton y la Introducción de este libro.

⁴ Para un mapa conceptual y una evaluación de las diferentes medidas de independencia judicial, *cfr.* Ríos-Figueroa y Staton, 2009.

las últimas dos décadas del siglo XX, en términos generales fortaleció las instituciones que estaban dirigidas a promover la independencia judicial, al punto que ahora algunos consideran que hay que mejorar la rendición de cuentas para alcanzar un mejor equilibrio (Hammergren, 2007, 207). Estas reformas han cambiado el modo de nombramiento, la duración en el cargo y los mecanismos de remoción de los Jueces constitucionales, de tal forma que, al menos en papel, los Jueces latinoamericanos disfrutaban ahora de un mayor aislamiento de las presiones políticas.⁵

Con el fin de documentar sistemáticamente esta tendencia, examinemos un índice sencillo que considera cinco rasgos institucionales dirigidos a promover la independencia de los Jueces constitucionales respecto de las otras ramas del gobierno: (i) si el procedimiento de nombramiento es realizado por los propios Jueces o bien por al menos dos órganos distintos del gobierno, (ii) si el tiempo de duración en el cargo es al menos mayor que el tiempo de duración en el cargo de quien los designa, (iii) la relación entre el modo de nombramiento y el tiempo de duración en el cargo, (iv) si el proceso para destituir a los Jueces requiere el voto de al menos dos tercios de la legislatura y, finalmente, (v) si el número de Jueces constitucionales se encuentra especificado en la Constitución. En los siguientes párrafos explico brevemente estos cinco elementos.

Los procesos de nombramiento van de la cooptación de los nuevos Jueces por los Jueces en funciones, a la elección directa por el Ejecutivo o por los ciudadanos (como en la Constitución de Bolivia de 2009). Entre esos dos extremos encontramos procedimientos donde la concurrencia de un grupo de organizaciones estatales y no estatales (*e.g.* el Ejecutivo, el Legislativo, el Consejo Judicial, la Barra de Abogados, las ONGs) es requerida para llenar las vacantes en la Corte Constitucional. No es trivial determinar cuál de todos los distintos métodos de nombramiento produce más autonomía

⁵ Estas reformas también aumentaron considerablemente el presupuesto judicial en la mayoría de países de la región, *cf.* Vargas, 2009.

para los Jueces, o cuál de ellos produce una mejor mezcla entre independencia y rendición de cuentas. Consideremos aquí una simple distinción entre los procedimientos donde el nombramiento es hecho por los propios Jueces⁶ o por al menos dos órganos estatales o no estatales, y los procedimientos donde un órgano único u organización que no pertenece al Poder Judicial, nombra a los Jueces.⁷ El primer método de nombramiento garantizará un grado mínimo de independencia de los Jueces respecto de quienes los designan, mientras que la segunda no alcanzaría este mínimo requerimiento.

El tiempo de duración en el cargo está relacionado muy de cerca con el nombramiento. El proceso de nombramiento puede involucrar a muchos órganos, pero si la duración en el cargo de los Jueces coincide con la de quienes los nombraron o con la de los miembros de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es posible que los Jueces enfrenten presiones indebidas de parte de éstos. Por tanto, la duración en el cargo de los Jueces debería ser al menos más larga que la de aquellos que los nombran. Podría decirse que conforme la duración en el cargo aumenta, el método de nombramiento tiende a volverse irrelevante para la independencia.⁸ Sin embargo, las particularidades del método de nombramiento, tales como cuántos o qué órganos participan en él, aún serían determinantes importantes del tipo de Jueces que llegan al tribunal.⁹ El índice de independencia *de iure* presentado en este capítulo considera la relación entre nombramiento y duración en el cargo de la siguiente manera: califico con tres puntos aquellos países donde el proceso de nom-

⁶ Este puede ser un mecanismo de cooptación, o nombramiento por un Consejo de la Judicatura donde los Jueces sean mayoría.

⁷ Como argumenta Hans Kelsen (2001, 57) respecto del método de nombramiento de los Jueces constitucionales, "no es aconsejable la elección por el parlamento o la designación directa del Ejecutivo [...] pero tal vez ambas pueden combinarse en un solo método".

⁸ Como señala Madison en *El Federalista* 51, "...la permanencia en el cargo de quienes son nombrados en ese sector [*i.e.* el Poder Judicial], debe rápidamente destruir cualquier idea de dependencia respecto de la autoridad que los confiere". Sin embargo, Helmke y Staton (en este libro) muestran que la prolongación de la duración en el cargo también crea un efecto contrario en el comportamiento judicial: incrementar el valor de los cargos hace que los Jueces estén más dispuestos a replegarse ante los políticos que pueden destituirlos de sus puestos. Las reformas recientes tienden a establecer límites en la duración en el cargo de los Jueces, de forma que sea suficientemente larga para promover la independencia respecto de quienes los designan, pero que no expanda demasiado sus horizontes temporales, para mitigar el efecto contrario señalado por Helmke y Staton. Por ejemplo, los Jueces constitucionales colombianos y mexicanos permanecen en sus puestos ocho y quince años, respectivamente.

⁹ Esto es analizado en la segunda parte del capítulo.

bramiento y la duración en el cargo cumplen con los requerimientos mínimos, dos para aquellos países donde solamente el requerimiento mínimo de duración en el cargo es alcanzado, uno para los países donde sólo el requerimiento mínimo de nombramiento es cumplido, y cero para aquellos países donde ningún mínimo es alcanzado.

Los procedimientos de despido o remoción del cargo también vinculan a los Jueces con las ramas electas del gobierno. La parte acusatoria del proceso es particularmente importante porque una simple acusación puede ensuciar la reputación de un Juez; entonces lo más fácil es acusar a un Juez porque lo más probable es que se vea excesivamente presionado.¹⁰ Debemos entonces distinguir entre los procedimientos de destitución donde el Presidente puede iniciar el proceso de juicio de responsabilidad o de remoción (con valor de cero en el índice), de los casos donde una simple mayoría en el Congreso o la propia Corte pueden hacerlo (con valor de uno), y de los procedimientos que al menos requieren una supermayoría de una de las Cámaras del Congreso para iniciar la acusación (con valor de dos). El último punto en nuestro índice de independencia judicial *de iure* es que el número de Jueces constitucionales está especificado en la Constitución. Si este es el caso, las supermayorías requeridas para las reformas constitucionales harán más difícil a las ramas políticas crear o no una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales, que si el número de Jueces especificado en una ley ordinaria. Al sumar los distintos elementos que acabamos de describir, el índice de independencia *de iure* alcanza valores de cero a seis.

b. Instituciones que influyen en el poder de los Jueces

Los Jueces constitucionales son responsables de declarar nula cualquier ley o acto de gobierno que contradiga la Constitución. Como señala Allan Brewer-Carías, la garantía judicial de derechos constitucionales y el mantenimiento

¹⁰ La resolución de los procedimientos de remoción o de juicio de responsabilidad es usualmente, pero no siempre, llevada a cabo por órganos diferentes de los acusadores.

de los límites constitucionales pueden ser alcanzados a través de un procedimiento general establecido para hacer valer cualquier tipo de derecho o interés personal, o también por medio de diversos procedimientos judiciales específicos establecidos para la protección de las prerrogativas, responsabilidades y derechos declarados en la Constitución (2009, 265). Mientras que la primera solución describe más claramente la situación en los Estados Unidos, la segunda puede ser considerada la tendencia general en América Latina, “principalmente por las insuficiencias tradicionales del Poder Judicial general para otorgar protección efectiva de los derechos y límites constitucionales” (Brewer-Carías, 2009, 65).

Las Constituciones latinoamericanas explícitamente especifican una variedad de instrumentos para el control constitucional. Por ejemplo, el juicio de amparo es un instrumento legal para proteger los derechos individuales de la invasión de las autoridades públicas y, en algunos países, también de los actores privados. Además de los amparos, las Constituciones latinoamericanas especifican otros instrumentos como el *habeas corpus* (para proteger la integridad física del individuo), el *habeas data* (para garantizar el derecho de acceso a la información), las acciones de inconstitucionalidad (para impugnar la constitucionalidad de una ley o decreto), las controversias constitucionales (para hacer válidas las prerrogativas y responsabilidades de las autoridades políticas como están estipuladas en la Constitución), y muchos más.

Resulta interesante que exista variación a nivel transnacional en el número de instrumentos disponibles para el control constitucional. Algunos países han creado numerosos instrumentos específicos que permiten a los Jueces constitucionales participar en el proceso de creación de las leyes y de las políticas públicas en distintas formas, mientras que otros restringen el número de instrumentos para ejercer el control constitucional. El acceso a los instrumentos también varía: algunos están abiertos a cualquier ciudadano mientras que otros pueden ser utilizados únicamente por autoridades públicas. Además, los efectos de las decisiones de los Jueces varían

según el tipo de instrumento. Por ejemplo, en México los efectos de las decisiones en los casos de amparo son válidos solamente para las partes involucradas en el caso (*i.e. inter partes*), mientras que los efectos de las decisiones en las acciones de inconstitucionalidad son válidas para todos los ciudadanos (*i.e. erga omnes*).

Con el propósito de explicar la toma de poder de los Jueces en la región, elaboré un índice que simplemente suma al número de los distintos tipos de instrumentos de control constitucional especificados en la Constitución de un país, si el instrumento tiene efectos generales y si se encuentra disponible para todos los ciudadanos. Este índice *de iure* del Poder Judicial va de cero a ocho¹¹ y básicamente captura el número de formas en las cuales los Jueces constitucionales pueden influenciar las políticas públicas y la creación de leyes al controlar su constitucionalidad. Este sencillo índice puede ser un buen representante del poder legislativo *de iure* de los Jueces constitucionales.¹²

La gráfica 1 muestra el promedio regional de los índices de independencia y poder legislativo *de iure* de los Jueces constitucionales en la región, para los dieciocho países más grandes en América Latina, con excepción de Cuba, desde 1945 hasta el 2005 (*cf.* gráfica 1).¹³ Ambos índices están

¹¹ Como se detalla en la tercera sección de este trabajo, el número máximo de tipos de instrumentos es cuatro, pero el acceso a algunos de ellos se encuentra necesariamente restringido y los efectos de las decisiones son necesariamente *inter partes*.

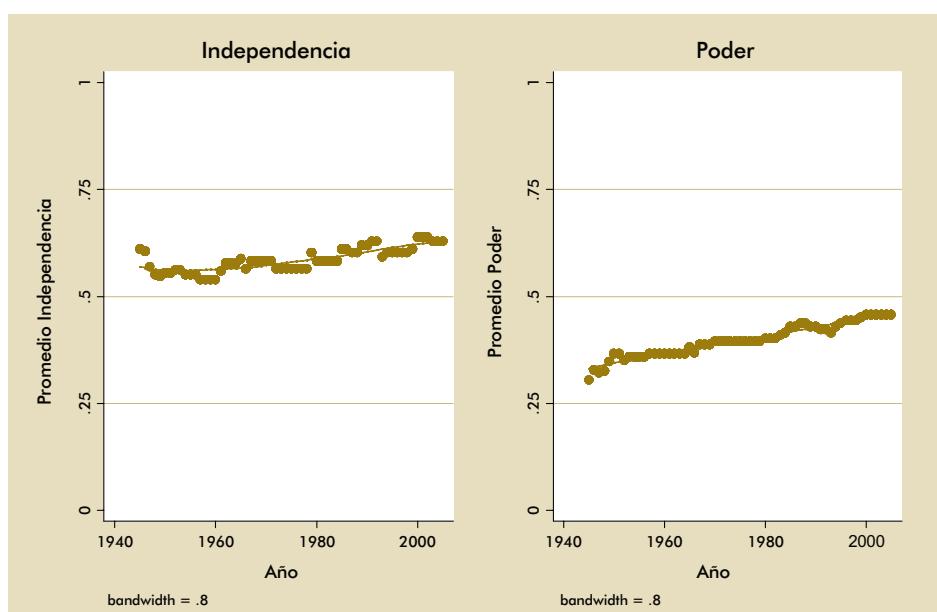
¹² Por supuesto, el índice tiene limitaciones. Una es que los países que tienen un procedimiento general establecido en la Constitución para defender cualquier tipo de derecho o interés, calificarían bajo en este índice de poder (como es el caso de los Estados Unidos o Argentina). El índice también comparte el problema genérico de los índices *de iure*, a saber que no captura otras características *de facto* que influyen en el Poder Judicial como la legitimidad judicial entre el pueblo y los actores políticos, con qué frecuencia se utilizan esos instrumentos, o qué tan efectivos son en términos de coaccionar a otros actores.

¹³ La información proviene de la *Base de Datos de Instituciones Judiciales en América Latina* del autor. La base de datos incluye todas las Constituciones nacionales promulgadas desde 1945 en los dieciocho países latinoamericanos más grandes (excepto Cuba) y todas las reformas a los artículos de las Constituciones que se centran en las instituciones del sistema judicial. Las observaciones en la muestra son: Argentina 1853, 1949, 1957*, 1994; Bolivia 1945, 1947, 1961, 1967, 1995, 2002*, 2004*, 2005*; Brasil 1946, 1967, 1988, 1993*, 1997*, 1998*, 2004*; Chile 1925, 1970*, 1980, 1989*, 1991*, 1997*, 1999*, 2000*, 2005*; Colombia 1886, 1945*, 1947*, 1957*, 1968*, 1979*, 1991, 2002*, 2003*; Costa Rica 1949, 1954*, 1956*, 1959*, 1961*, 1963*, 1965*, 1968*, 1975*, 1977*, 1982*, 1989*, 2002*, 2003*; República Dominicana 1966, 1994*, 2002*; Ecuador 1945, 1946, 1967, 1979, 1984*, 1993*, 1996*, 1998; El Salvador 1950, 1962, 1983, 1991*, 1992*, 1996*, 2000*; Guatemala 1945, 1956, 1965, 1985, 1993*; Honduras 1957, 1965, 1982, 1990*, 1998*, 2000*, 2002*, 2003*; México 1917, 1946*, 1951*, 1962*, 1967*, 1974*, 1977*, 1979*, 1982*, 1987*, 1992*, 1993*, 1994*, 1996*, 1999*, 2005*, 2006*;

normalizados a uno para facilitar las comparaciones. Es evidente que tanto la independencia y el poder han aumentado, aunque no de forma impresionante. Es interesante señalar que los niveles de independencia *de iure* están sistemáticamente arriba de los niveles de poder *de iure*. Se puede observar también que para el 2005 el promedio regional de independencia está muy por encima del valor medio del índice, pero el promedio del nivel regional del poder *de iure* está por debajo. Mientras que la tendencia positiva de ambos índices apunta en la misma dirección que las evaluaciones de los académicos y los expertos con experiencia práctica en las reformas judiciales latinoamericanas de las tres últimas décadas (*e.g.* Vargas, 2009; Hammergren, 2007; Gargarella 1997), la compilación sistemática de datos aconseja precaución respecto del tamaño real de los cambios en las instituciones formales, en estas dos dimensiones.

Gráfica 1

Promedio de Independencia y Poder por año, 1945-2005



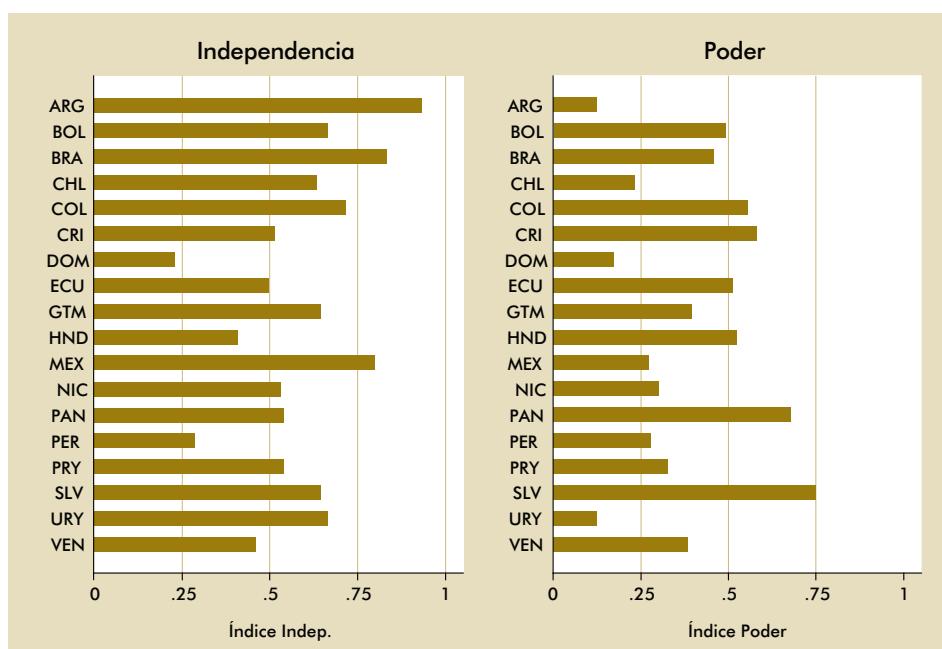
Nota: la gráfica muestra una regresión medida localmente (mínimo) del nivel promedio de los índices de independencia y poder en el tiempo.

Nicaragua 1948, 1950, 1955*, 1962*, 1966*, 1971*, 1974, 1987, 1995*, 2000*, 2005*; Panamá 1946, 1956*, 1963*, 1972, 1978*, 1983*, 2004*; Paraguay 1940, 1967, 1992; Perú 1933, 1939*, 1979, 1993, 1995*, 2004*; Uruguay 1952, 1967, 1996*; Venezuela 1947, 1953, 1961, 1999. *Denota una reforma.

El promedio anual regional esconde la variación entre los países, que resulta ser importante e interesante. La gráfica 2 muestra el promedio por país en ambos índices respecto del periodo 1945 a 2005. Podemos observar que hay países que califican más alto en independencia que en poder (como Argentina, Chile o México), países que tienen la configuración opuesta (como Honduras o Panamá) y países que tienen niveles bajos o altos tanto de independencia como de poder (como Colombia o Costa Rica, y República Dominicana o Perú, respectivamente). Existen también diferencias interesantes respecto del cambio a lo largo del tiempo en los países (no se muestran aquí). Hay países donde ambos índices aumentan de manera sostenida y significativa, como Guatemala y Venezuela, países donde la independencia cae perceptiblemente y el poder permanece constante en un nivel alto como Ecuador, países donde la independencia permanece constante en un nivel bastante alto pero el poder aumenta del nivel bajo al medio como en Chile, y países con altas y bajas o valores constantes en ambos índices como Perú o Argentina, respectivamente.

Gráfica 2

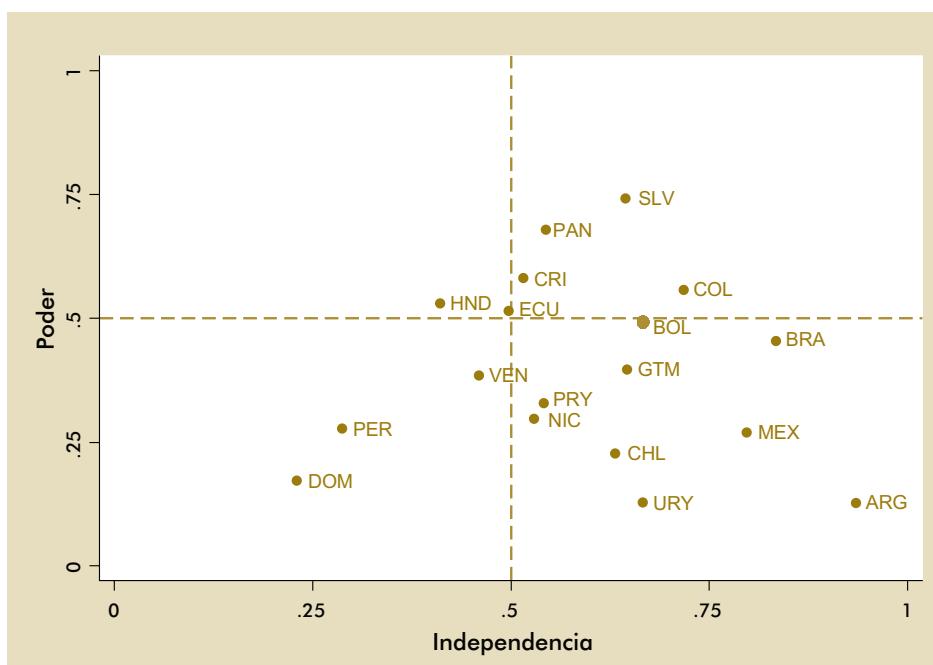
Promedio de Independencia y Poder por país, 1945-2005



La gráfica 3 muestra una clasificación de las Cortes constitucionales latinoamericanas basada en la combinación de sus resultados en los índices *de iure*, de independencia y poder. Si contrastamos la ubicación de los países en esta gráfica con la ubicación de los países en el cuadro 1 de la introducción de este libro, es interesante observar que Costa Rica es el único país que se encuentra por encima del nivel medio en ambos índices *de iure* y también el único donde los Jueces constitucionales han desarrollado activamente su papel como defensores de derechos y árbitros de los conflictos entre las distintas ramas del gobierno. Países como Brasil o México, que han sido más activos como árbitros que como protectores de derechos, se localizan por encima del nivel medio en independencia pero por debajo en el índice de poder. Pero los países que a veces desempeñan ambos roles, y a veces ninguno, como Argentina, o países que antes no desempeñaban ninguno pero ahora desempeñan ambos cada vez más, como Chile, también califican más bien alto en independencia pero bajo en poder.

Gráfica 3

Promedio de Poder e Independencia por país, 1945-2005



Esta diferencia en la localización de los países, cuando contrastamos el desempeño de las Cortes constitucionales a través de las dos dimensiones que guían el enfoque empírico de este libro y las instituciones que influyen la independencia y el poder de esas mismas Cortes, plantea la interesante pregunta sobre la relación entre las instituciones y el desempeño. Como señalan la introducción y otros capítulos de este libro, el impacto de las instituciones sobre el comportamiento está mediado por la ideología (*cfr.* Capítulos 4, 7 y 9), el contexto político (*cfr.* Capítulo 5, 7 y 8), y el contexto social (*cfr.* Capítulo 6). También puede suceder que los índices de independencia y poder combinen instituciones que pueden ser analizadas mejor de forma separada, ya que, como Wilson señala en este libro, algunas veces un pequeño cambio institucional produce importantes cambios en el comportamiento (*cfr.* Capítulo 2). En lo que resta de este capítulo, desagrego estos índices de independencia y poder para revelar y apreciar la interesante variación en las instituciones para la justicia constitucional en la región.

2. INDEPENDENCIA DESAGREGADA

Los Jueces constitucionales de América Latina trabajan actualmente bajo un marco institucional que intenta dar a los Jueces un espacio libre de presiones indebidas para evaluar sinceramente los casos que se presentan ante ellos. Sin embargo, existen variaciones en la forma en que la independencia es creada y algunas de estas diferencias pueden ser trascendentales. Por ejemplo, consideremos el cuadro 1 que muestra el valor de cada variable del índice de independencia en el año 2005 para todos los países en la muestra (*cfr.* cuadro 1). Es interesante notar que existe una interesante diversidad en la manera en que los países combinan estos cuatro elementos institucionales y también que los países están concentrados alrededor del nivel promedio 3.78 (la desviación estándar es 1.17). El caso extremo en el cuadro 1 es Perú, donde el nombramiento y la duración en el cargo de los Jueces constitucionales no cumplen los requerimientos mínimos establecidos arriba. En el resto de países, los Jueces constitucionales disfrutaban al menos de un grado moderado de independencia de acuerdo con este índice. ¿Hay una

forma óptima para diseñar instituciones que aislen a los Jueces? Por ejemplo, consideremos a Uruguay y Chile, dos países que califican con cuatro en el índice de independencia ¿es mejor que un solo órgano político nombre a los Jueces pero que los requerimientos para removerlos del cargo sean más difíciles de lograr, como en Uruguay; o bien tener más de un órgano participando en el nombramiento pero hacer más fácil el juicio de responsabilidad en contra de los Jueces, como en Chile? De forma más general, podríamos hacer la pregunta, ¿cuando los políticos negocian en las asambleas constituyentes enfrentan dilemas en el diseño de los mecanismos de designación y remoción?

Cuadro 1

Índice desglosado de la independencia judicial *de iure* en el año 2005

País	Nombramiento	Duración	Nom. y duración	Juicio político de responsabilidad	Número	Total*
Guatemala	1	1	3	2	1	6
Argentina	1	1	3	2	0	5
Brasil	1	1	3	1	1	5
México	1	1	3	1	1	5
Bolivia	0	1	2	1	1	4
Chile	1	1	3	0	1	4
Colombia	1	1	3	1	0	4
El Salvador	1	1	3	1	0	4
Honduras	1	1	3	0	1	4
Paraguay	1	0	1	2	1	4
Uruguay	0	1	2	1	1	4
Venezuela	0	1	2	2	0	4
Costa Rica	0	1	2	1	0	3
Ecuador	1	0	1	1	1	3
Nicaragua	1	0	1	1	1	3
Panamá	1	1	3	0	0	3
Rep. Dom.	0	0	0	2	0	2
Perú	0	0	0	1	0	1
PROMEDIO						3.78

*Total = Nombramiento y duración + Juicio de responsabilidad + Número

Las especificidades de los métodos de nombramiento también son importantes porque pueden impactar no sólo en la independencia de los Jueces sino también en el tipo de Jueces que llegan a la Corte constitucional. Los Jueces independientes deben estar libres para decidir de acuerdo con sus propias preferencias, lo que significa que “deciden conflictos a la luz de los hechos del caso en relación con sus actitudes ideológicas y valores” (Segal y Spaeth, 2007, 86). Por tanto, el tipo de Juez que llega a la Corte es crucial y no solamente para el modelo actitudinal del comportamiento judicial. Por ejemplo, puede suceder que en el espectro estadounidense liberal-conservador, Jueces más liberales tiendan a favorecer la defensa de los derechos sociales y expandir el papel de los Jueces en la creación de políticas públicas, mientras que Jueces más conservadores tenderán a preferir el papel clásico del Juez como árbitro neutral autorestringido. Pero, ¿qué hace un Juez liberal o conservador para formar parte de una Corte en primer lugar? ¿Qué instituciones puede promover cada tipo de Juez? Como lo muestra claramente la literatura norteamericana, las preocupaciones ideológicas y partidarias de los actores involucrados en el proceso de nombramiento juegan un importante papel al determinar quién llega a la Corte (*e.g.*, Epstein y Segal, 2005). Pero, por supuesto, quiénes son los actores relevantes varía dependiendo del marco institucional, como la ubicación institucional de la Corte y las características del método de nombramiento.

a. La ubicación institucional del órgano constitucional

Si la Corte constitucional está ubicada fuera del Poder Judicial se vuelve más fácil nombrar abogados respetables sin carreras judiciales previas, o incluso respetados profesionales que no sean abogados en principio, dispuestos a defender los derechos y a expandir el papel judicial por encima de su función tradicional de árbitro. Una de las razones principales es que existe la posibilidad de diseñar un proceso de nombramiento para los Jueces constitucionales completamente diferente del de los Jueces ordinarios de carrera. Por el contrario, si el órgano constitucional es al mismo tiempo la cúspide del Poder Judicial (*e.g.* la Suprema Corte o una Sala de este órgano)

también es la cima de la carrera judicial y hay más presión para que los mejores y más brillantes Jueces de carrera llenen esas vacantes. Pero los Jueces de carrera son seleccionados por medio de exámenes a una edad temprana y suben en la escala judicial en función de la antigüedad y de los incentivos y castigos del servicio público. Por tanto, tienden a compartir los valores de la administración pública, como una larga trayectoria en el cargo, respeto por las reglas, aptitudes técnicas y en principio están más dispuestos a desempeñar un papel tradicional de Juez (*cfr.* Guarnieri y Pederzoli, 1999, 65).

De acuerdo con Ferejohn y Pasquino, la inherente naturaleza política de la protección constitucional exige Jueces nombrados políticamente, lo que facilita el nombramiento de gente especialmente competente para hacer comparaciones abstractas entre textos, y con capacidad para deliberar sobre normas y explicar decisiones, que no se encuentran necesariamente entre aquellos que tienen experiencia judicial (Ferejohn y Pasquino, 2003, 251-252. *Cfr.* también Ferreres, 2004). Por tanto, los Jueces constitucionales pueden ser electos por el Parlamento, con la aprobación del Ejecutivo, entre un grupo de Jueces, profesores de derecho y políticos. También pueden ser electos con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y otros órganos estatales, como las comisiones de derechos humanos (hablaré más de esto después).

Un argumento diferente pero relacionado es que en países recientemente democratizados las Cortes ordinarias están asociadas con el pasado autoritario y con la corrupción en éste (Horowitz, 2006, 126). En estos escenarios, una Corte constitucional autónoma sería una mejor elección institucional ya que carga menos peso del periodo autoritario que el Poder Judicial ordinario, y sus Jueces pueden representar los valores del nuevo sistema democrático. En resumen, por distintas razones, la ubicación de las Cortes constitucionales como órganos autónomos puede propiciar la llegada de los Jueces que están más abiertos a expandir el rol tradicional del Poder Judicial dentro de las áreas de creación de políticas públicas tradicionalmente reservadas a las ramas políticas.

En América Latina, siete países actualmente tienen Cortes constitucionales fuera del Poder Judicial (el año de creación está en paréntesis): Bolivia (1995), Brasil (1988), Chile (1970-73, 1980), Colombia (1991), Ecuador (1945),¹⁴ Guatemala (1965) y Perú (1979). Venezuela tuvo un Tribunal Constitucional autónomo de 1953 a 1960, pero en la Constitución de 1961 la Suprema Corte se convirtió en el órgano constitucional y esto sigue siendo el caso hasta hoy en día. En el resto de países de América Latina, la Suprema Corte es el órgano constitucional, como sucede en México desde 1994, o bien una Sala de la Corte desempeña este papel, como es el caso de la famosa Sala Cuarta de Costa Rica. Si los argumentos presentados son correctos, entonces observaríamos una tendencia a nombrar Jueces más liberales en los países con Cortes constitucionales autónomas.

b. Procedimientos de nombramiento abiertos versus cerrados

Los procedimientos de nombramiento varían enormemente (*cf.* Malleson y Russell, 2006) pero consideremos aquí una simple distinción entre procesos más abiertos donde las organizaciones de la sociedad civil participan, y procesos menos abiertos que restringen la participación a los órganos políticos como el Ejecutivo, el Legislativo o el Consejo de la Judicatura. La participación de la “sociedad civil” incluye, por ejemplo, a las organizaciones no gubernamentales, barras de abogados, escuelas de derecho, organizaciones de mujeres y minorías y sindicatos. La participación activa de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de nombramiento puede impactar el tipo de Jueces que lleguen a la Corte constitucional. En particular, entre más abierto sea el procedimiento de nombramiento, menos tradicionales serán los Jueces que lleguen a la Corte constitucional. Esto sucede porque la participación de estas organizaciones tiende a ampliar el conjunto de candidatos, ya que en principio prefieren Jueces que los representen mejor que no provengan de medios predominantemente acomodados y conserva-

¹⁴ Ecuador estableció un Tribunal de Garantías constitucionales en su Constitución de 1945. Después desapareció en la Constitución de 1946 pero un Consejo de Estado adquirió las funciones de control constitucional. En la Constitución de 1967 el Tribunal de Garantías constitucionales fue restablecido.

dores, y que sus visiones sean más expansivas y a favor de reforzar los derechos colectivos sociales y económicos (*cf.* Russell, 2006, 433). Al mismo tiempo, este proceso más democrático de nombramiento probablemente hace Jueces menos preocupados en desafiar a la Legislatura y con mayor voluntad para participar en el proceso de creación de políticas públicas (Ferrerres, 2004, 1726).

Sin embargo, debemos señalar que el simple hecho de aumentar el número de órganos que participan en el proceso de nombramiento, por la lógica del modelo estándar de actores con veto, puede en realidad disminuir en lugar de ampliar el conjunto de candidatos viables. Por tanto, es importante distinguir los procedimientos en donde la cooperación de muchos órganos es requerida para nombrar a un Juez, de los procedimientos donde diferentes órganos eligen directamente a un número de Jueces en una Corte colegiada (*cf.* Ginsburg, 2003). El último proceso de nombramiento es el que claramente ensancharía el grupo de candidatos, mientras que los procedimientos cooperativos de nombramiento pueden en realidad producir más Jueces de la corriente dominante (*cf.* el capítulo de Brinks en este libro).

Entre los actores que pueden participar en el nombramiento de Jueces constitucionales están el Presidente, el Congreso, las Cortes, el Consejo de la Judicatura, la sociedad civil organizada (que incluye a todas las organizaciones mencionadas en el párrafo anterior) y, por supuesto, la ciudadanía, como en la Constitución de Bolivia. Estos actores pueden participar de distintas formas que consisten en nombrar a un Juez entre un grupo de candidatos presentados por otro actor, configurar una lista de Jueces para que otro actor lo nomine, o elegir directamente al menos a un Juez constitucional. En América Latina, mientras el número promedio de órganos que participan en el nombramiento de los Jueces constitucionales ha ido en aumento desde mediados de los años setenta, los dos tradicionales siguen estando por encima (*i.e.* Ejecutivo y Legislativo). Los países donde el número de órganos participantes es más de dos son: Guatemala, cuatro órganos desde 1985; Honduras, tres órganos desde el 2000; Nicaragua, tres órganos en 1945, tres órganos de

1967 a 1978, cuatro órganos de 1979 a 1983, tres órganos de 1984 a 1992, y seis órganos desde 1993; Paraguay, tres órganos desde 1992; y Perú, tres órganos de 1979 a 1992.

De los países enumerados arriba, aquellos donde la “sociedad civil” (entendida en sentido amplio) participa en el proceso de nombramiento son: Guatemala desde 1985, Honduras desde 2000, Ecuador en 1945 y luego de nuevo en 1979 y hasta el 2005,¹⁵ y Perú de 1979 a 1992. De acuerdo con el argumento, este último grupo presentaría un diferente tipo de Jueces constitucionales por su procedimiento de nombramiento abierto y por la participación de la sociedad civil en la elección de un determinado número de Jueces. Sin embargo, en ningún país las organizaciones de la sociedad civil mencionadas arriba designan de forma directa al menos a un Juez constitucional. Los países que tienen el modo de nombramiento por designación directa y no cooperativo, como Chile y Ecuador, permiten solamente a las instituciones estatales como el Ejecutivo, el Congreso y el Consejo de Seguridad, elegir directamente a los Jueces constitucionales. Sin embargo, como Couso y Hilbink (en este libro) argumentan, incluso este procedimiento de nombramiento directo un poco restringido ha permitido que Jueces menos ortodoxos lleguen al Tribunal Constitucional chileno.

Es posible combinar los dos argumentos mencionados arriba y preguntarnos si los países con un Tribunal Constitucional autónomo, que pueden tener procedimientos de nombramiento más abiertos, están más dispuestos a incluir a las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de nombramiento. La respuesta es “no”. Solamente hay dos países que tienen un Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial y donde la sociedad civil participa en el proceso de nombramiento: Guatemala y Ecuador. En esos dos países,

¹⁵ El caso ecuatoriano es interesante. En la Constitución de 1945 se especifica que un representante de los trabajadores debe participar en el nombramiento de los Jueces constitucionales. Esto duró únicamente un año, y no fue hasta la Constitución de 1979 que otro órgano fue sumado al proceso de nombramiento, pero esta vez fue el Presidente del Tribunal Electoral. El golpe militar de 1978 y las tensiones de la guerra fría probablemente explican porqué el representante de los trabajadores fue reemplazado por el presidente del Tribunal Electoral.

los presuntos efectos combinados de tener un Tribunal Constitucional autónomo y un proceso de nombramiento más abierto deberían ser más evidentes en el tipo de Jueces. En Guatemala hay evidencia de que los Jueces constitucionales son más liberales que el resto de los miembros del Poder Judicial, ya que observamos algunas decisiones dirigidas a apoyar los derechos de los indígenas, aunque los Jueces continúan siendo objeto de presiones del Ejecutivo en casos políticamente trascendentes (*cf.* Sieder, 2007, 223-224). En el caso de Ecuador, un estudio que midió la postura ideológica de los Jueces constitucionales en una escala de izquierda a derecha, de 1999 al 2003, mostró que solamente dos de los nueve Jueces incluidos en la muestra estaban a la izquierda del espectro, lo que significa que la mayoría de los Jueces favorecen un papel más activo del Estado en la dirección de la economía (Basabe, 2008, 166-168).¹⁶ Además, los argumentos sobre los efectos institucionales deberían ser tomados con especial cuidado en los casos con una historia de inestabilidad institucional, como sucede con Guatemala y Ecuador.

Las hipótesis previas sobre el impacto de la ubicación institucional del órgano constitucional y el proceso de nombramiento del tipo de Jueces, pueden refinarse aún más. Por ejemplo, la medición de la participación de la sociedad civil es problemática si se toma del texto constitucional, ya que puede suceder que se encuentre regulada por una ley orgánica o simplemente sea una práctica consuetudinaria que no está regulada. Este es el caso de Argentina, donde los nombramientos a la Suprema Corte después del 2002 se llevaron a cabo con la participación de organizaciones de la sociedad organizada como la Asociación de Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), las cuales demandaban transparencia y una participación activa en los nombramientos judiciales. Los observadores coinciden en que el resultado fue que los Jueces de primer nivel fueran nombrados para la Suprema Corte (*cf.* Ruibal, 2007), y en el 2003 una reforma creó mayores demandas de transparencia y publicidad en el procedimiento de nombramientos.

¹⁶ Esta información es solamente sugestiva. La comparación relevante para probar la hipótesis presentada es entre los Jueces de la Corte constitucional y aquellos de las otras Cortes en el mismo país, por ejemplo, la Suprema Corte.

3. DESAGREGANDO LOS PODERES DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Antes de exponer los argumentos que relacionan instrumentos específicos de control constitucional con el comportamiento judicial, debemos establecer categorías de los posibles tipos de instrumentos legales de acuerdo con cinco características relevantes: tipo, tiempo, jurisdicción, efectos y acceso. El TIPO se refiere a si el proceso de control constitucional es *concreto* (cuando el control no puede tener lugar en ausencia de un caso o controversia real) o *abstracto* (cuando el control tiene lugar en ausencia de un caso o controversia real). El TIEMPO determina si el control es *a priori* (antes de promulgar la ley) o *a posteriori* (después de promulgar la ley). La JURISDICCIÓN puede ser *centralizada* (si solamente una Corte es responsable) o *descentralizada* (si más de una Corte puede declarar inconstitucionales a leyes, decretos o regulaciones). Los EFECTOS de las decisiones de los casos constitucionales pueden ser *erga omnes* (válidos para todos) o *inter partes* (válidos solamente para los participantes en el caso). Finalmente, el ACCESO a los instrumentos legales puede ser *abierto* (cualquier ciudadano tiene la capacidad legal para utilizarlos) o *restringido* (solamente las autoridades públicas, como una fracción de los legisladores o líderes de los partidos políticos, pueden utilizarlos).

Los primeras tres características —tipo, tiempo, y jurisdicción— nos permiten identificar cuatro distintos tipos de instrumentos de control constitucional (Navia y Ríos Figueroa, 2005). Técnicamente, con estas tres características podrían existir ocho tipos de instrumentos. Sin embargo, cuatro de estas combinaciones son imposibles o bien no se observan porque por razones prácticas no tienen ningún interés.¹⁷ Por ejemplo, observamos que mientras el control *abstracto* tiene lugar *a priori* o *a posteriori*, el control *concreto* solamente puede ocurrir *a posteriori*. No puede existir control concreto *a priori* porque ‘concreto’ requiere el control de algo que ocurrió después de que la ley promulgada haya entrado en efecto. También, lógicamente, cuando el

¹⁷ Agradezco a Matt Golder por hacer esta aclaración.

control es *a priori* la jurisdicción no puede ser *descentralizada* porque la ley no ha sido aún promulgada. De forma similar, aunque es posible imaginar un control *abstracto* con jurisdicción *descentralizada* esta combinación no se observa porque no es atractiva por motivos prácticos. Es decir, si cada Juez en el país pudiera declarar inconstitucional una ley en abstracto tendría lugar no sólo una extraordinaria incertidumbre legal,¹⁸ sino también daría un poder excesivo a los Jueces inferiores y haría necesaria la creación de un sistema de apelaciones automáticas que tendrían que ser resueltas rápidamente para dar estabilidad al marco legal. Por estas razones, nos quedamos con cuatro tipos de instrumentos de control constitucional: 1) concreto centralizado *a posteriori*, 2) concreto descentralizado *a posteriori*, 3) abstracto centralizado *a priori*, y 4) abstracto centralizado *a posteriori*. Este análisis está resumido en el cuadro 2.¹⁹

Cuadro 2

Instrumentos legales de control constitucional
en función del tipo, tiempo, y jurisdicción

Jurisdicción/ Tiempo	Concreto		Abstracto	
	A priori	A posteriori	A priori	A posteriori
Centralizado	No es posible	Sí	Sí	Sí
Descentralizado	No es posible	Sí	No es posible	No se observa

Nota: “No es posible” significa que la combinación de características no pueden ocurrir lógicamente, y “no se observa” significa que aunque la combinación es lógicamente posible, no es atractivo para alguna de las consideraciones teóricas o prácticas.

Los efectos de las decisiones en casos donde uno de los cuatro tipos de instrumentos es utilizado pueden variar y el acceso a cada uno de ellos también puede ser diferente. Para los ‘efectos’ y el ‘acceso’ también es posible

¹⁸ Kelsen creía que el enfoque del control constitucional concreto-descentralizado del sistema de los Estados Unidos no lograba producir unidad y uniformidad en las decisiones y, por tanto, creaba inseguridad legal entre los ciudadanos (2001, 43). Imaginemos un sistema donde la combinación abstracta-descentralizada existe.

¹⁹ Existen cuatro tipos de instrumentos pero un país en particular puede tener uno, muchos o ningún instrumento del mismo tipo.

identificar algunas combinaciones que son lógicamente imposibles o poco atractivas desde el punto de vista práctico. Por ejemplo, tomemos el primer instrumento de control constitucional (*i.e.* concreto-centralizado-*a posteriori*), que podría ser como el amparo español, el *Verfassungsbeschwerde* alemán, o la controversia constitucional mexicana. Las decisiones de los casos donde este instrumento es utilizado pueden tener efectos *erga omnes* o *inter partes*. De forma similar, el acceso a este instrumento puede ser abierto a todos los ciudadanos o restringido a las autoridades públicas. Pero analicemos el segundo instrumento, *i.e.* concreto-descentralizado-*a posteriori*, que corresponde al amparo mexicano, la *tutela* colombiana, el *mandado de segurança* brasileño, o el *habeas corpus* anglosajón. En vista de que estos instrumentos pueden ser examinados por cualquier Juez, los procesos legales que habitualmente usan este tipo de instrumento comienzan en la Corte inferior y por tanto, las decisiones en estos casos generalmente tienen efectos *inter partes*. Si estas decisiones son apeladas y llegan a la última Corte de apelación o a la Corte constitucional, entonces pueden adquirir efectos generales.²⁰ Al mismo tiempo, se supone que este instrumento es un remedio para las infracciones constitucionales en contra de los derechos individuales, y por tanto, restringir el acceso a este instrumento, aunque posible, estaría completamente desprovisto de interés.²¹

El ejemplo prototípico del tercer instrumento, abstracto-centralizado-*a priori*, es aquél popularizado por el *Conseil Constitutionnel* francés. Las decisiones en este tipo de instrumento deben ser *erga omnes* ya que el proceso es básicamente un control de calidad del proceso de creación de leyes. Por esta misma razón sería poco atractivo abrir el acceso a este instrumento

²⁰ La *tutela* colombiana puede llegar a la Corte constitucional y tiene efectos *inter partes* explícitos. Sin embargo, esta Corte ha señalado que en algunas situaciones la *tutela* identifica la “inconstitucionalidad de asuntos estatales” y da validez general a sus resoluciones (*cfr.* Cepeda, 2005).

²¹ Brewer-Carías (2009) describe más variaciones entre países relacionadas con el ejercicio legal de los recursos de amparo. Por ejemplo, el amparo mexicano puede ser interpuesto solamente en contra de las autoridades públicas pero no en contra de las violaciones de derechos cometidas por actores privados. Este instrumento puede ser utilizado únicamente por alguien que tiene un interés directo en el caso, *i.e.* cuando sus derechos han sido violados, pero no por alguien más que pudiera tener un interés legítimo pero que es afectado solamente de forma indirecta. Asimismo, otros aspectos del acceso, además de la capacidad legal, pueden ser relevantes, como el costo de utilizar el instrumento o el requerimiento de ser ayudado por un abogado profesional.

a cualquier ciudadano y, por tanto, generalmente sólo está disponible para aquellos que participan en el proceso de creación de leyes, *i.e.* los legisladores y el Ejecutivo. Finalmente, el cuarto instrumento, abstracto-centralizado-*a posteriori*, como la *acción de inconstitucionalidad* mexicana, implica literalmente borrar una ley o una parte de ella de los códigos, y por consiguiente, es imposible que las decisiones en estos casos tengan efectos solamente para aquellos que interpusieron el recurso. Al mismo tiempo, el acceso a este instrumento puede ser abierto a cualquier ciudadano o restringido a las autoridades públicas. La discusión anterior se resume en el cuadro 3.

Cuadro 3

Efectos y acceso para los diferentes instrumentos legales de control constitucional

	Efectos		Acceso	
	Erga Omnes	Inter Partes	Abierto	Restringido
Instrumento 1	Sí	Sí	Sí	Sí
Instrumento 2	No se observa	Sí	Sí	No se observa
Instrumento 3	Sí	No es posible	No se observa	Sí
Instrumento 4	Sí	No es posible	Sí	Sí

Nota: "No es posible" significa que la combinación de características no pueden ocurrir lógicamente, y "no se observa" significa que aunque la combinación es lógicamente posible, no es atractivo para alguna de las consideraciones teóricas o prácticas.

Instrumento 1: Concreto / centralizado / *a posteriori*

Instrumento 2: Concreto / descentralizado / *a posteriori*

Instrumento 3: Abstracto / centralizado / *a posteriori*

Instrumento 4: Abstracto / centralizado / *a posteriori*

Ahora puedo presentar argumentos que vinculan los instrumentos legales para el control constitucional con el comportamiento judicial. Me centro en dos argumentos: (i) las características 'abstracto' y 'acceso restringido' del instrumento cuatro lo convierten en un buen instrumento para resolver conflictos políticos pero no tan bueno para hacer valer los derechos, y (ii) los instrumentos que son 'concretos' son mejores para proteger los derechos.

El instrumento abstracto-centralizado-*a posteriori* de control constitucional, inventado por Kelsen, ha sido considerado por algunos académicos como la herramienta más “política” que poseen los Jueces porque implica directamente legislar, aunque de una forma “negativa” (e.g. Stone Sweet, 2000, 142-5; Guarnieri y Pederzoli, 1999, 113-115). Sin embargo, se ha argumentado que no es un buen instrumento para que los Jueces hagan valer los derechos porque es una herramienta burda que obliga a los Jueces constitucionales a decidir si una ley, o parte de ella, viola un derecho constitucional, cuando las respuestas a este tipo de preguntas habitualmente requieren de argumentos contextuales para los cuáles los instrumentos ‘concretos’ son más apropiados. Esta es la idea detrás del argumento de Gerald Rosenberg, según la cual “los Jueces son gradualistas”, el litigio para una reforma social significativa debe tener lugar paso a paso, “los pequeños cambios deben ser discutidos antes que los grandes” (Rosenberg, 1991, 31). Charles Epp plantea algo similar cuando dice: “[...] incluso las decisiones sobresalientes son símbolos aislados a menos de que estén respaldadas por un flujo continuo de casos que proporcionen dilucidación y validez” (Epp, 1998, 18).²² Es decir, los Jueces constitucionales dan sentido a las cláusulas abstractas de la Constitución a través del caso concreto, tomando en consideración la complejidad de la situación contextual en donde tiene lugar. Esto no hace del control abstracto un buen instrumento para hacer valer los derechos: es como una sierra para un trabajo que requiere un bisturí.²³

De la misma forma, el instrumento abstracto-centralizado-*a posteriori* puede ser mejor para arbitrar conflictos políticos, especialmente si el acceso a este instrumento está restringido a las autoridades públicas. En México, por ejemplo, la Suprema Corte ha arbitrado conflictos entre partidos y nivelado la competencia al nulificar leyes electorales estatales que eran parciales

²² Carruba (2009) desarrolla un modelo que muestra que, una vez que las Cortes tienen poder, gradualmente generan anuencia a través de una serie de decisiones prudentes en casos concretos.

²³ Como señala Tocqueville (200, 101): “cuando en relación a un caso particular, un Juez ataca una ley relativa a ese caso, extiende su esfera de influencia pero no va más allá de ella, porque en un sentido está obligado a juzgar la ley con el objetivo de decidir el caso. Pero si se pronuncia respecto de la ley sin referencia a un caso particular, está dando un paso fuera de su esfera e invade el ámbito de la legislatura”.

(Finkel, 2003; Ansolabehere, 2007). Observamos también que los instrumentos centralizados/abstractos son, además de otras características, más inmediatos: generalmente sucede que con este instrumento los Jueces deben declarar inconstitucionales decisiones tomadas por la administración y gobierno en el poder. Por el contrario, los instrumentos concretos/descentralizados pueden llevar casos a la Corte donde la legislación aprobada por la administración previa es impugnada.²⁴

En resumen, las características ‘abstracto’ y ‘acceso restringido’ del instrumento cuatro lo hacen un buen instrumento para resolver conflictos políticos pero no tan bueno para hacer cumplir los derechos. Al mismo tiempo, siguiendo los argumentos previos, los instrumentos ‘concretos’ son mejores para defender los derechos. Los instrumentos ‘concretos’ no sólo permiten a los Jueces tomar decisiones graduales y considerar la riqueza contextual del caso que están resolviendo (*cf.* Magaloni, 2007), sino también incrementan la visibilidad de la Corte y la conciencia pública, ya que “presentan el drama humano asociado a los casos específicos” (Hilbink y Couso, en este libro). Aun debe realizarse una comprobación sistemática de los anteriores argumentos, pero el capítulo de Rodríguez-Raga en este libro proporciona apoyo relativo al comportamiento diferencial de la Corte Constitucional colombiana, dependiendo del tipo de instrumento que se utiliza. Como lo señala Rodríguez-Raga, la Corte colombiana disfruta de su bien merecida reputación como un defensor activo de los derechos, principalmente por sus decisiones en los casos de *tutelas* (un instrumento ‘concreto’) aunque tiende a doblegarse ante un Ejecutivo popular cuando resuelve acciones de inconstitucionalidad ‘abstractas’.²⁵

Si asumimos que los instrumentos ‘concretos’ son mejores para defender los derechos, ¿sería entonces mejor si se combinan con un tipo de jurisdicción

²⁴ Quiero agradecer a Pilar Domingo por señalarme esto.

²⁵ Sin embargo, como señala Rodrigo Uprimmy, los instrumentos abstractos han dado buenos resultados en la defensa de algunos derechos como aquellos de las minorías sexuales, mientras que los instrumentos concretos (*i.e. tutelas*) no siempre han sido eficientes en la protección de algunos derechos, como el derecho a la salud.

‘centralizada’ (instrumento uno) o con una ‘descentralizada’ (instrumentos dos)? El argumento de Gerald Rosenberg y Charles Epp parece sugerir que para hacer cumplir los derechos es mejor el instrumento concreto descentralizado, que es el tipo de control constitucional utilizado en los Estados Unidos. Sin embargo, las llamadas quejas individuales de Alemania y España, que son instrumentos concretos-centralizados parecen haber funcionado bastante bien en la defensa de los derechos (*cfr.* Stone Sweet, 2000, 107-112).²⁶ Además, podemos afirmar que los instrumentos ‘descentralizados’ generalmente son de acceso abierto, mientras que los instrumentos ‘centralizados’ pueden ser de acceso abierto o restringido. Esto es importante porque los académicos han demostrado que el acceso abierto a la justicia constitucional es crucial para que una Corte sea más activa en la defensa de derechos (Wilson y Rodríguez-Cordero, 2006; Smulovitz y Peruzzotti, 2000).²⁷ En resumen, la hipótesis es que los instrumentos que son ‘concretos’ son mejores para la protección de los derechos, teniendo al instrumento dos como la mejor herramienta judicial para esta tarea. Sin embargo, aún falta determinar empíricamente si esto sucede en realidad en las comparaciones entre países y si el instrumento centralizado/concreto resulta ser tan útil.²⁸

Otro argumento que vincula el marco legal con Jueces constitucionales más dispuestos a defender los derechos simplemente se basa en que, mientras más derechos se encuentren especificados en la Constitución más probable será que los Jueces defiendan algunos de ellos (Rosenberg, 1991, 11. *Cfr.* Kapiszewski, en este libro). Algunas explicaciones de porqué la Corte constitucional colombiana ha sido tan activa en la defensa de los derechos

²⁶ Hay que señalar que, tanto en España como en Alemania, este instrumento tiene efectos generales, entonces, como vimos arriba, no es muy parecido a muchos de los instrumentos latinoamericanos de este tipo.

²⁷ Ríos Figueroa y Taylor (2006) muestran que saber quién tiene acceso a las Cortes también es importante respecto de la participación general en el proceso de creación de políticas públicas. *Cfr.* también el capítulo de Kapiszewski en este libro.

²⁸ Instrumento tres, abstracto-centralizado- *a priori*, no parece favorecer un tipo específico de comportamiento judicial.

se basan en el catálogo más extenso de derechos que contiene la Constitución de 1991 respecto de la Constitución anterior (Uprimny, 2006). Sin embargo, como Siri Gloppen afirma, “los derechos ahora están incorporados al marco legal de la mayoría de los países a través de las Constituciones nacionales o bien en forma de disposiciones de derechos humanos en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados legalmente vinculantes” (Gloppen, 2006, 40). Por tanto, en el mundo contemporáneo no sería difícil para los Jueces encontrar fuentes válidas para respaldar su comportamiento como defensores de los derechos, aunque la legitimidad de este movimiento claramente varía de país en país.²⁹

Si analizamos la información de nuestra muestra de países latinoamericanos, las gráficas 4 y 5 muestran la proporción de países que tienen cada uno de los cuatro instrumentos de control constitucional previamente identificados. Hay muchas cosas interesantes que señalar, pero me gustaría centrarme en la siguiente: la proporción de países con instrumentos que son concretos, ya sean centralizados o descentralizados, ha sido más o menos constante, alrededor del 70%, desde 1945. Estos instrumentos son las diferentes variedades de lo que se puede denominar, de forma genérica, amparo latinoamericano (*cfr.* Brewer-Carías, 2009), que está presente en una forma u otra en casi todas las Constituciones latinoamericanas.³⁰ Pero hay interesantes diferencias respecto de ambos instrumentos ‘concretos’: cuando el instrumento ‘concreto’ está combinado con la jurisdicción ‘descentralizada’ (*i.e.* instrumento dos, gráfica 5, panel izquierdo) el acceso es por definición abierto, pero cuando el instrumento ‘concreto’ está combinado con la juris-

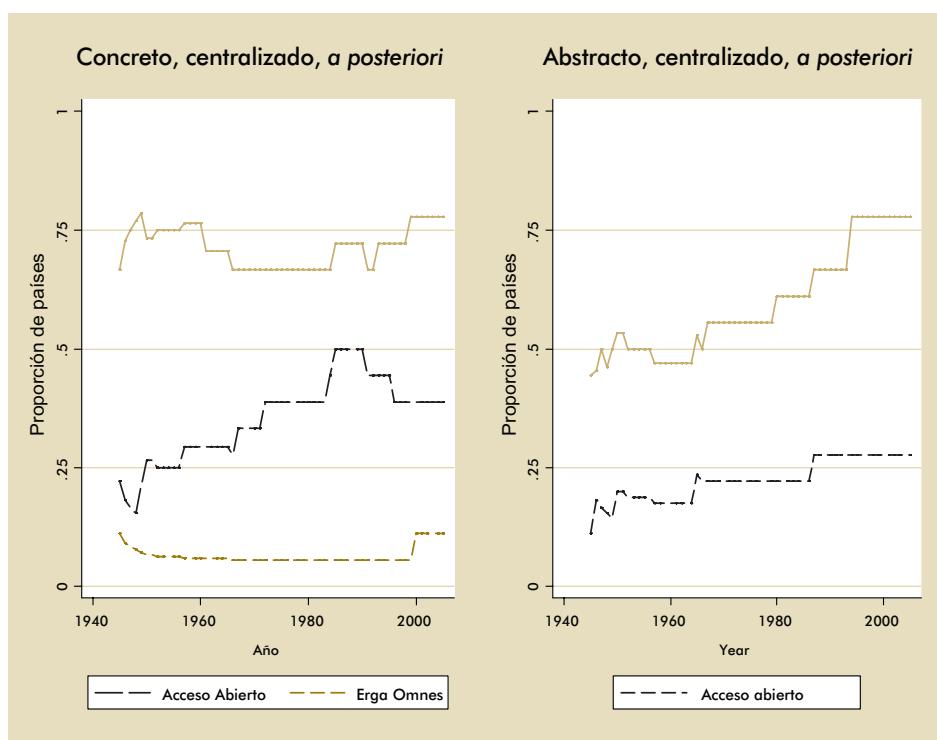
²⁹ Los académicos también han señalado que si las Cortes tienen poder para elegir los casos que resolverán, entonces elegirán más casos de protección de derechos. En América Latina, solamente la Constitución mexicana habla de algo similar pero no exactamente igual al recurso de *certiorari*, que consiste en la facultad de atraer los casos. Ana Laura Magaloni (2007) ha señalado que la Suprema Corte mexicana debería utilizar activamente este poder para llevar a cabo, de forma más efectiva, la defensa de los derechos. Prerrogativas similares existen en otros países de América Latina (*e.g. per saltum* en Argentina) pero no están especificadas en los textos constitucionales (*cfr.* Brewer-Carías 2009).

³⁰ La República Dominicana no tiene el recurso de amparo en su Constitución, pero la Suprema Corte en ese país creó el instrumento a través de la jurisprudencia. La Corte Suprema argentina hizo algo similar en 1957 (Brewer Carías, 2009, 52, 93).

dicción ‘centralizada’ (*i.e.* instrumento uno, gráfica 4, panel izquierdo) el acceso puede variar a través de los países y a través del tiempo. La tendencia creciente al acceso abierto a los instrumentos concretos-centralizados fue revertida a principios de los años noventa³¹ y muy pocos países otorgaron efectos generales a este tipo de instrumento (*cf.* gráfica 4, panel izquierdo, línea punteada, y línea punteada corta, respectivamente). Por tanto, las variaciones en el acceso a estos instrumentos pueden ser un importante factor explicativo de porqué algunos Jueces constitucionales son más propensos a hacer valer los derechos.

Gráfica 4

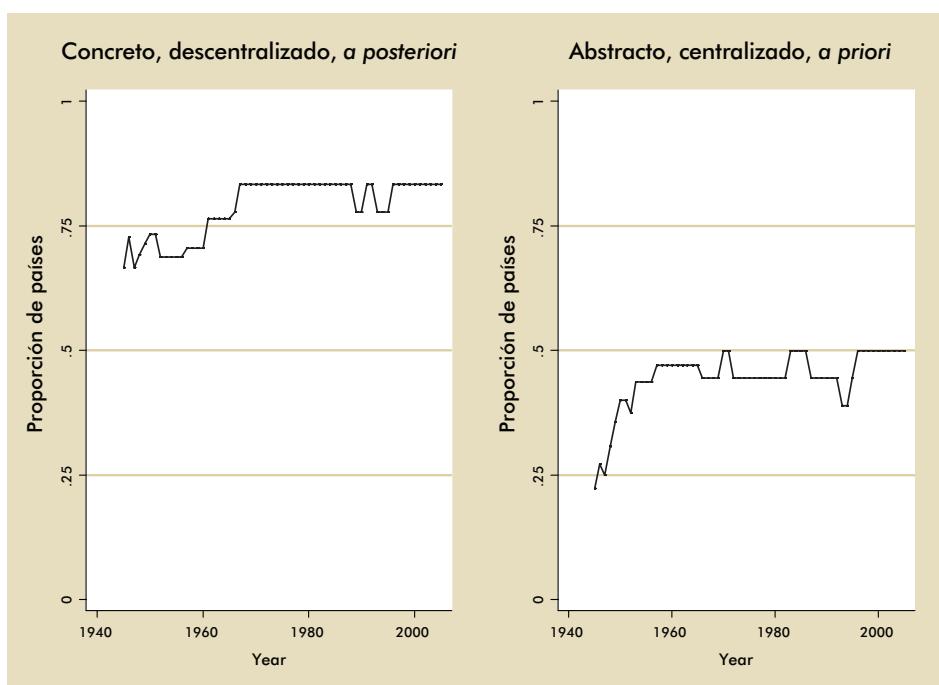
Proporción de países que tienen instrumentos uno y cuatro, 1945-2005



³¹ Este descenso se explica con los casos de Ecuador, Perú, y Venezuela. Ecuador restringió el acceso a este instrumento desde 1996. Perú creó este instrumento en la Constitución de 1993, pero nació con acceso restringido y lo mismo sucedió en Venezuela y su Constitución de 1999.

Gráfica 5

Proporción de los países que tienen instrumentos dos y tres, 1945-2005



A su vez, la proporción de países con instrumentos abstractos-centralizados, ya sean *a priori* o *a posteriori*, presenta mayor variación. El instrumento cuatro (abstracto- centralizado - *a posteriori*) es ahora un instrumento común en la región (alrededor del 75% de los países lo tienen), pero este no era el caso en 1945 cuando solamente alrededor de la mitad de los países en la región tenían este instrumento: este instrumento se ha expandido con la ola de reformas judiciales desde principios de los años ochenta. Además, podemos observar la interesante brecha entre los países que tienen este instrumento, alrededor de 75% en el 2005, y aquellos donde este instrumento puede ser utilizado por cualquier ciudadano, alrededor del 25% en el 2005 (gráfica 4, panel a la derecha, línea continua y línea punteada, respectivamente). El acceso restringido a este instrumento, además de su naturaleza 'abstracta', puede hacerlo poco útil para la defensa de los derechos en la región. Finalmente, la proporción de países con instrumento tres (abstracto-

centralizado- *a priori*) también aumentó considerablemente entre 1945 y los años sesenta (de 25 a 50%), pero luego se estabilizó alrededor del 50% desde entonces.

Analicemos ahora qué instrumentos en particular tenía cada país en el año 2005. El cuadro 5 y el cuadro 6 muestran esa información. Lo primero que observamos es que, en general, los países latinoamericanos han elegido incluir muchos tipos de instrumentos legales de control constitucional en lugar de tener solamente uno. La mayoría de los países tiene al menos dos, y muchos tienen tres instrumentos; algunos tienen los cuatro instrumentos (*e.g.* El Salvador, Ecuador, Panamá), mientras que un puñado tiene solamente uno (*e.g.* Argentina, Uruguay). Los instrumentos uno y dos, que comparten las características de ser ‘concretos’ y, por tanto, más adecuados para hacer valer los derechos, están presentes en numerosos países. La mitad de los países que tiene instrumento uno restringen su acceso, y solamente tres países (Bolivia, Honduras y México) permiten efectos *erga omnes* con este instrumento.³²

Observemos que los países latinoamericanos que han sido más activos defendiendo derechos, *i.e.* Costa Rica y Colombia, tienen los instrumentos uno y dos, respectivamente, ambos concretos. Estos tres países también tienen los instrumentos tres y cuatro. Por otro lado, el instrumento que era identificado como mejor diseñado para arbitrar los conflictos políticos, instrumento cuatro con acceso restringido, está presente en Bolivia, Brasil, Chile, y México, entre otros. Como mencionamos al inicio del capítulo, Chile y México son considerados países donde los Jueces están más cerca de ser árbitros de los conflictos políticos que defensores activos de los derechos.

³² En México, las decisiones necesitan ser tomadas por una supermayoría de ocho Jueces (de once en total) para producir efectos *erga omnes*.

Cuadro 4
Instrumentos legales de control constitucional
en América Latina, año 2005

Concreto y <i>a posteriori</i>		Abstracto y Centralizado	
Centralizado	Descentralizado	<i>A priori</i>	<i>A posteriori</i>
Instrumento 1	Instrumento 2	Instrumento 3	Instrumento 4
Bolivia	Argentina	Bolivia	Bolivia
Brasil	Bolivia	Chile	Brasil
Chile	Brasil	Colombia	Chile
Costa Rica	Colombia	Costa Rica	Colombia
Ecuador	Ecuador	Ecuador	Costa Rica
El Salvador	El Salvador	El Salvador	Rep. Dominicana
Guatemala	Guatemala	Honduras	Ecuador
Honduras	Honduras	Panamá	El Salvador
México	México	Venezuela	Guatemala
Panamá	Panamá		México
Paraguay	Paraguay		Nicaragua
Perú	Nicaragua		Panamá
Uruguay	Panamá		Perú
Venezuela	Perú		Venezuela
	Venezuela		

Cuadro 5
Efectos y acceso a los instrumentos de control constitucional, año 2005

Tipo de Instrumento	Efectos		Acceso	
	<i>Erga Omnes</i>	Inter Partes	Abierto	Restringido
Concreto / Centralizado / <i>A posteriori</i>	Honduras Bolivia México*	Brasil Chile Costa Rica	Brasil Costa Rica El Salvador	Bolivia Chile Ecuador

		Rep. Dominicana El Salvador Guatemala Panamá Paraguay Perú Uruguay Venezuela	Guatemala Honduras Panamá Paraguay	México Perú Uruguay Venezuela
Concreto / Descentralizado / <i>A posteriori</i>		Argentina Bolivia Brasil Colombia Ecuador El Salvador Guatemala Honduras México Panamá Paraguay Nicaragua Panamá Perú Venezuela	Argentina Bolivia Brasil Colombia Ecuador El Salvador Guatemala Honduras México Panamá Paraguay Nicaragua Panamá Perú Venezuela	No se observa
Abstracto / Centralizado / <i>A priori</i>	Bolivia Chile Colombia Costa Rica Ecuador El Salvador Honduras Panamá Venezuela	No es posible	No se observa	Bolivia Chile Colombia Costa Rica Ecuador El Salvador Honduras Panamá Venezuela

Abstracto / Centralizado / A posteriori	Bolivia	No es posible	Colombia	Bolivia
	Brasil		El Salvador	Brasil
	Chile		Guatemala	Chile
	Colombia		Nicaragua	Costa Rica
	Costa Rica		Panamá	Rep. Domini- cana
	Rep. Domini- cana			Ecuador
	Ecuador			México
	El Salvador			Perú
	Guatemala			Venezuela
	México*			
	Nicaragua			
	Panamá			
	Perú			
	Venezuela			

*Los efectos de estos casos son *erga omnes* solamente si una supermayoría de Jueces vota de la misma forma

En general, los países latinoamericanos tienen un portafolio bastante diverso de instrumentos legales de control constitucional. Algunos instrumentos han sido señalados como mejores herramientas de los litigantes para luchar por los derechos, *i.e.* aquellos que tienen acceso abierto; y también para que los Jueces protejan esos derechos, *i.e.* aquellos que están diseñados para resolver conflictos y controversias concretos. Otros instrumentos han sido señalados como más aptos para que los Jueces y actores políticos resuelvan los conflictos entre ellos, *i.e.* aquellos que son abstractos con acceso restringido. Podemos encontrar esos tipos de instrumentos en muchos países, y la mayoría de las veces, más de dos tipos en el mismo país. Sin embargo, aunque hay múltiples instrumentos en cada país, lo que hace falta es tener acceso a ellos: en los instrumentos donde el acceso puede ser abierto o restringido (uno y cuatro) la mayoría de países ha elegido hacerlos disponibles únicamente a las autoridades públicas y no a todos los ciudadanos.

Por supuesto, estos instrumentos son parte del índice de Poder Judicial *de iure*. Es importante distinguir entre la disponibilidad de un instrumento y su uso real. En un país, la mayor parte de la actividad legal puede involucrar a un instrumento en específico aunque los litigantes tengan otras opciones.³³ También es importante tener en cuenta que, incluso si los instrumentos están disponibles y son utilizados, todavía existe el problema del cumplimiento de las decisiones judiciales, que puede invalidar la decisión más creativa y original en favor de los derechos hecha por los Jueces constitucionales. Incluso si los Jueces tienen el poder legal, por ejemplo, para destituir a una autoridad pública por incumplimiento, esta capacidad puede fracasar en realidad y hacer el cumplimiento más difícil de alcanzar (*cfr.* Staton, 2010).

4. CONCLUSIONES

La impresionante cantidad de reformas en la rama judicial del gobierno a lo largo de América Latina durante las pasadas tres décadas, señala que al menos algunos de aquellos involucrados en el proceso de reforma (*e.g.* políticos, donantes, asesores expertos) creen que el cambio en el comportamiento judicial puede empezar con un cambio institucional. Este capítulo presentó muchos argumentos donde el marco institucional o una característica del mismo es invocado para explicar el comportamiento de los Jueces constitucionales. En particular, analicé argumentos relacionados con las dos dimensiones cruciales de los Jueces constitucionales: su independencia y su Poder Legislativo. Un índice *de iure* de cada dimensión, y su desglose, pro-

³³ Por ejemplo, puede ser que los abogados estén acostumbrados a un instrumento particular que se ajusta a sus objetivos y no desean invertir recursos explorando otros. Esto parece ser el caso del juicio de amparo en México que no sólo es el instrumento legal más utilizado sino también, de acuerdo con el Magistrado mexicano José Ramón Cossío, los abogados interponen sus amparos en la mayoría de los casos recurriendo a argumentos preparados y probados, basados en detalles muy técnicos de la cláusula de debido proceso de la Constitución mexicana. Esto dificultaría la habilidad de los Jueces para establecer el sentido de la Constitución porque no tienen los impulsos para crear argumentos nuevos y si lo hacen, claramente actúan de una forma expansiva, *interpretativista*.

porciona un mapa institucional de la justicia constitucional en una muestra de dieciocho países latinoamericanos de 1945 al 2005. Dos circunstancias generales se destacan en este mapa. En primer lugar, aunque la independencia y el poder legislativo *de iure* de los Jueces constitucionales han ido aumentando, aún hay espacio para mejoras, en especial respecto de la expansión del acceso de los ciudadanos a los instrumentos de justicia constitucional, que permitan a los Jueces participar en los procesos de creación de la ley y de las políticas públicas.

En segundo lugar, una mirada más de cerca a los componentes de ambos índices revela una interesante variación en el marco institucional en el que desempeñan sus funciones los Jueces constitucionales latinoamericanos. La diversidad institucional dentro de los países que pertenecen a la misma tradición legal, exige disminuir el nivel de abstracción en la investigación comparada de los sistemas legales, y pasar de las tradiciones jurídicas (*e.g.* ley común y ley escrita) que pretendían abarcar todo, a configuraciones institucionales concretas del sistema judicial. Como Shugart y Carey muestran (1992), no todos los sistemas presidenciales son similares y las diferencias institucionales de, por ejemplo, los vetos presidenciales, pueden ser significativas (*cfr.* también Alemán y Schwartz, 2006). De forma similar, las diferencias institucionales en la forma en que los países intentan aislar y otorgar poder a los Jueces constitucionales, puede producir efectos diferentes en el comportamiento de los Jueces.

Por qué algunos países tienen algunas instituciones pero no otras, y si esas características institucionales producen un comportamiento específico, son preguntas cruciales que van más allá de los límites de este capítulo. Sin embargo, este capítulo aporta algo de claridad a esas preguntas. Quisiera hacer dos reflexiones para evaluar los efectos de las instituciones que se derivan del capítulo. En primer lugar, es importante considerar el grupo de instituciones que juntas crean un sistema de incentivos para un comportamiento específico previsto y no trata a las instituciones de manera aislada. Por ejemplo, el nombramiento, la duración en el cargo, y los mecanismos de

remoción del cargo combinados con el fin de generar (o no) incentivos para que los Jueces decidan de acuerdo con preferencias sinceras. En este ejemplo, si los mecanismos de duración o remoción son considerados de forma independiente, la estructura de incentivos establecida por el marco institucional puede ser parcial o incompleta así como la evaluación de sus efectos. Este sería el caso cuando algunas instituciones del mismo conjunto, por ejemplo el nombramiento y la duración, crean incentivos para un comportamiento independiente pero otros, por ejemplo los mecanismos para remover a los Jueces de sus cargos, van en otra dirección. Sería necesario un mapa institucional completo para establecer el sistema de incentivos que el marco institucional impone a los Jueces, y luego poner a prueba sus efectos.

En segundo lugar, es también importante tomar en consideración que las mismas instituciones pueden servir a distintos objetivos. Por ejemplo, el procedimiento de nombramiento, asociado con la duración en el cargo, es parte del complejo institucional que puede afectar la independencia de los Jueces. Pero, este complejo institucional puede también impactar el tipo de Jueces que llegan al tribunal. Como discutimos en la segunda parte de este capítulo, algunos procedimientos de nombramiento pueden aumentar la probabilidad de que Jueces más expansionistas, menos tradicionalistas, lleguen al tribunal mientras que otros tienen el efecto contrario. A su vez, los Jueces con una filosofía judicial más expansionista pueden usar su independencia institucionalmente protegida al máximo, mientras que Jueces más ortodoxos o “legalistas” pueden subutilizarla.

REFERENCIAS

- Alemán, Eduardo, y Thomas Schwartz. 2006. "Presidential Vetoes in Latin American Constitutions", *Journal of Theoretical Politics*, vol. 18, no. 1, 98-120.
- Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia: Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México: FLACSO-Fontamara.
- Brewer-Carías, Allan R. 2009. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, New York: Cambridge University Press.
- Basabe, Santiago. 2008. "Preferencias ideológicas y políticas judiciales: Un modelo actitudinal sobre el voto en el Tribunal Constitucional de Ecuador", *América Latina Hoy*, 49: 157-177.
- Carruba, Clifford J. 2009. "A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems", *The Journal of Politics*, vol. 71, no. 1, pp. 55-69.
- Cepeda Espinosa, Manuel J. 2005. "The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New", en *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell Palgrave, Basingstoke:Palgrave Macmillan.
- Domingo Villegas, Pilar. 2005. "Judicialization of politics: The changing political role of the judiciary in Mexico", en *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell Palgrave, Editors Basingstoke:Palgrave Macmillan.

- Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
- Epstein, Lee, y Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*, Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.
- Epstein, Lee, y Jeffrey A. Segal. 2005. *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, New York: Oxford University Press.
- Ferejohn, John y Pasquale Pasquino. 2003. "Rule of Democracy and Rule of Law", en *Democracy and the Rule of Law*, eds. José María Maravall y Adam Przeworski, New York: Cambridge University Press.
- Ferreres Comella, Victor. 2004. "Constitutional Structures and Institutional Designs -The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism", *University of Texas Law Review*, 82 (7): 1705-1736.
- Finkel S., Jodi. 2008. *Judicial Review as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, University of Notre Dame Press.
- . 2003. "Supreme Court Decisions on Electoral Rules After Mexico's 1994 Constitutional Reform: An Empowered Court", *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, pp. 777-799.
- Gargarella, Roberto. 1997. "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", *Desarrollo Económico*, 36 (144): 971-990.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press.

Gloppen, Siri. 2006. "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", en *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, eds. Gargarella, Roberto, Pilar Domingo, y Theunis Roux, Great Britain: Ashgate.

Guarnieri, Carlo, y Patrizia Pederzoli. 1999. *Los Jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, España: Taurus.

Hammergren, Linn A. 2007. *Envisioning Reform. Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, PA: Penn State University Press.

Horowitz, Donald L. 2006. "Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers", *Journal of Democracy*, 17(4): 125-137.

Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México: UNAM.

Magaloni, Ana Laura. 2007. "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", Documento de Trabajo. Centro de Investigación y Docencia Económica, Mexico, D.F.

Magaloni, Beatriz. 2003. "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", en *Democratic Accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christopher Welna. Oxford: Oxford University Press.

Malleson, Kate y Peter H. Russell (eds.). 2006. *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto, CA: University of Toronto Press.

Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, 38(2): 189-217.

- Pozas-Loyo, Andrea y Julio Ríos-Figueroa. 2010. "Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America", *Comparative Politics*, vol. 42, no. 3.
- Przeworski, Adam. 2007. "Is the Science of Comparative Politics Possible?", en *The Oxford Handbook of Comparative Politics*, eds. Carles Boix y Susan Stokes, New York: Oxford University Press, cap. 6, pp. 147-171.
- Ríos Figueroa, Julio, y Jeffrey K. Staton. 2009. "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence", presentado en la 4a. *Conferencia Anual de Estudios Legales Empíricos*, noviembre 19-21, Universidad del Sur de California.
- Ríos Figueroa, Julio, y Matthew M. Taylor. 2006. "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico", *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, 739-766.
- Ríos Figueroa, Julio. 2010. "Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina", *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, vol. 3.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Ruibal, Alba. 2007. "The Process of Supreme Court Reform in Argentina: In Search of Legitimacy", Paper presented at the Midwest Political Science Association Meeting.
- Russell, Peter H. 2006. "Conclusion", en *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, eds. Malleson, Kate y Peter H. Russell, Toronto, CA: University of Toronto Press.

- Scribner, Druscilla. 2004. *Limiting Presidential Power: Supreme Court-Executive Relations in Argentina and Chile*, PhD Dissertation, University of California, San Diego.
- Segal, Jeffrey, y Harold J. Spaeth. 2007. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press.
- Soberg Shugart Matthew y John M. Carey. 1992. *Presidents and Assemblies*, New York: Cambridge University Press.
- Sieder, Rachel. 2007. "The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala", *International Journal of Constitutional Law ICON*, 5 (2): 211-241.
- Smulovitz, Catalina y Enrique Peruzzotti. 2000. "Societal Accountability in Latin America: The Other Side of Control", *Journal of Democracy*, 11(4).
- Staton, Jeffrey K. 2010. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, New York: Cambridge University Press.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing with Judges*, New York: Oxford University Press.
- Tocqueville, Alexis de. 2000. *Democracy in America*, New York: Harper Collins.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. 2006. "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo, y Theunis Roux, London, GB: Ashgate

- Vargas Vivancos, Juan Enrique. 2009. "Las Cortes supremas y la reforma judicial en Latinoamérica", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 13: 271-300.
- Wilson, Bruce M. y Juan C. Rodríguez Cordero. 2006. "Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics", *Comparative Political Studies*, 39 (3): 325-351.
- Wilson, Bruce M. 2005. "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court", en *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell Palgrave, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Capítulo 2

*P*rotección de derechos y rendición de cuentas: La Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica*

*Bruce M. Wilson***

* La investigación para este capítulo estuvo financiada por el programa *Derecho a la Salud a través del litigio* (<http://www.cmi.no/research/project/?1128=right-to-health-through-litigation>) patrocinada por el Instituto Christian Michelsen (CMI), Bergen, Noruega y financiado por el Consejo del Programa Noruego de Investigación Global en Salud y Vacunación (GLOBVAC). El autor también quiere agradecer a Karina Ansolabehere, Daniel Brinks, Javier Couso, Jodi Finkel, Kerstin Hamann, Gretchen Helmke, Rachel Sieder, Jeff Staton, Julio Ríos Figueroa, Jorge Vargas Cullell, Kieran Wilson, y Carlos Zamora por sus útiles comentarios a una versión preliminar de este capítulo.

** Profesor en la Universidad Central de Florida y actualmente parte del proyecto “Derecho a la salud a través del litigio”, con fondos del Consejo de Investigación de Noruega. Es doctor en ciencia política por la Universidad de Washington en San Luis Missouri. Su investigación trata principalmente sobre política judicial en América Latina y economía política. Su trabajo ha aparecido en varias revistas académicas, incluyendo: *Comparative Political Studies*, *Journal of Latin American Studies*, *Comparative Politics*, *Electoral Studies*, y *el International Journal of Constitutional Law*.

Es más importante elegir a un Magistrado de la Corte constitucional que a un presidente de la república. Él [el Magistrado] tiene más poder político y la voluntad para usarlo.

Jorge Vargas Cullell, politólogo,
Estado de la Nación, Costa Rica

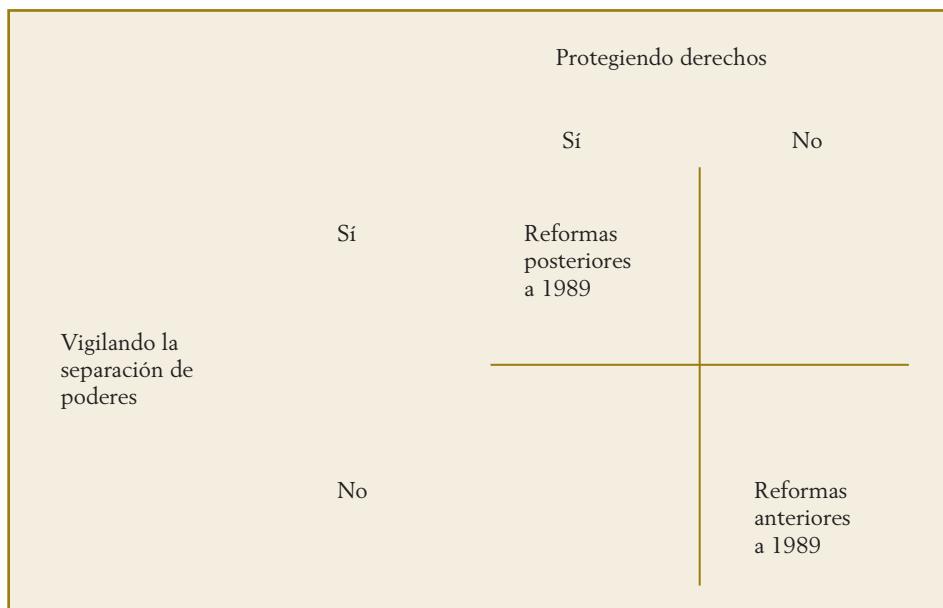
I. INTRODUCCIÓN

Desde la reforma constitucional de 1989, el Poder Judicial de Costa Rica ha experimentado una transformación significativa ya que abandonó la forma tradicional de replegarse ante los poderes electos popularmente del gobierno y se convirtió en una de las Cortes más activas e importantes en América Latina desde el punto de vista político. Esta Corte, recientemente fortalecida, ha transformado la política de Costa Rica por medio del ejercicio activo de una función de rendición de cuentas horizontal que ha limitado las acciones de las otras ramas del gobierno y ha demostrado una buena disposición y habilidad para apoyar y hacer valer una mayor variedad de derechos individuales. En términos del marco de trabajo de este libro, ilustrado en el

cuadro 1, la Corte superior de Costa Rica estaba ubicada en el cuadrante inferior derecho antes de 1989, ofreciendo casi ninguna protección a los derechos e imponiendo pocas limitaciones a las actuaciones de los poderes electos del gobierno. La Corte reformada está ahora situada en la parte superior izquierda del cuadrante, ya que implementa activamente la función de rendición de cuentas y protege los derechos individuales en mayor grado que cualquier otra Corte en América Latina, con la posible excepción de la Corte Constitucional de Colombia.

Cuadro 1

El papel político de la Corte Suprema de Costa Rica



Este capítulo ilustra la profundidad de los cambios en el comportamiento de la Corte superior de Costa Rica, de una Corte inactiva a una política y constitucionalmente importante. También explica este cambio y examina la ausencia de un contragolpe efectivo en contra del papel asertivo de la Corte en cuanto a rendición de cuentas y protección de derechos. El capítulo comienza con un breve análisis de la pasividad histórica de la Corte superior y analiza la reforma constitucional de 1989 que creó una Sala constitucional en la Suprema Corte y puso en marcha el cambio más profundo

en la política de Costa Rica desde el final de la guerra civil, en 1948. La siguiente sección sitúa a la nueva Sala de la Suprema Corte en su contexto sociopolítico para entender mejor su papel y comportamiento, en términos de la función horizontal de rendición de cuentas, así como su fuerza en la defensa y protección de los derechos individuales reconocidos por la Constitución. La sección final presenta conclusiones relacionadas con el comportamiento de la Corte y ofrece una explicación de la increíble ausencia de un importante contragolpe de la clase política en contra de las acciones de la Corte.

2. EL COMPORTAMIENTO DE LA SUPREMA CORTE ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

La Constitución actual de Costa Rica es un documento rico en derechos¹ que concede a la Suprema Corte el mismo estatus que tienen los poderes Ejecutivo y Legislativo del gobierno. También proporciona un alto grado de autonomía política y financiera al Poder Judicial.² A pesar de que su autonomía estaba constitucionalmente garantizada, la Suprema Corte actuó igual que otros tribunales superiores sumisos de Latinoamérica, que operan en el sistema de derecho escrito.³ La Corte asumió que las leyes y decretos emanados de las ramas del gobierno electas popularmente⁴ eran constitucionales, a menos de que existiera poderosa evidencia que demostrara su

¹ La Constitución de 1949, artículos del 20 al 74.

² El artículo 9 de la Constitución señala que “El gobierno de la república es popular, representativo, alternado y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: legislativo, ejecutivo y judicial. Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”. Desde 1957, el Poder Judicial, que está controlado por la Suprema Corte, tiene garantizada constitucionalmente “una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico” (artículo 177 constitucional).

³ En los sistemas de derecho escrito, los Magistrados generalmente asumen el papel de un tecnócrata y en consecuencia, se repliegan en gran medida ante las ramas electas popularmente y tienden a asumir que todas las leyes y decretos de las ramas de elección popular del gobierno son constitucionales, a menos de que vayan visiblemente en contra de la letra de ley (*cfr.* Merryman, 1985, Gløppen *et al.*, 2010).

⁴ Al igual que las ramas del gobierno electas popularmente, el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, la Constitución de 1949 creó una casi cuarta rama del gobierno, el Tribunal Supremo de Elecciones, que es responsable de las elecciones y de todos los temas relacionados con el proceso electoral (*cfr.* artículo del 99 al 104) e “interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral” (artículo 102).

inconstitucionalidad (Gutiérrez, 1999, 200-203). Los diputados de la Asamblea Legislativa, de 57 miembros, se comportaron frecuentemente como si su “poder para legislar fuera absoluto” (Urcuyo, 1995, 44). La pasividad de la Corte está reflejada en el pequeño número de casos (150 en total) que examinó durante 51 años, entre 1938 (cuando la Corte hizo valer su poder para ejercer control constitucional) y la creación de la nueva Sala constitucional en 1989. En cambio, durante sus primeros 20 meses de trabajo, la Sala Cuarta recibió 228 acciones de inconstitucionalidad (Wilson, 2007, 245).

Las demandas individuales sobre derechos constitucionales tuvieron mejores resultados durante este periodo. Una de las primeras acciones de la Suprema Corte, bajo la Constitución de 1949, fue rechazar las apelaciones de los partidos políticos y líderes sindicales en contra de los castigos impuestos por el gobierno por apoyar el lado perdedor de la guerra civil (*cfr.* Wilson, 2007, 243-245). En efecto, la falta de voluntad de la Corte antes de la reforma para resolver los casos sobre derechos, que produjo un número de casos muy bajo durante ese periodo, fue utilizada como argumento en contra de la creación de la Sala constitucional de la Suprema Corte.⁵

Se ha argumentado que posiblemente la falta de acción de la Corte fue resultado de su tradición de derecho escrito (Marryman, 1985, Golpen *et al.*, 2010), de la falta de cultura constitucional de los Magistrados en la protección de derechos,⁶ y de sus reglas de funcionamiento. Entre esas reglas se encontraba el requerimiento del voto de supermayoría de dos tercios de la Corte en pleno para declarar inconstitucionales a las leyes, estatutos o reglamentos. De acuerdo con el Magistrado Cruz Castro (2007, 557) esto creó una “presunción de constitucional para todas las leyes”. La observancia de la Corte de formalidades estrictas, su propensión para rechazar casos que no cumplieran con los requerimientos formales y su famosa lentitud en el

⁵ En 1980, la Suprema Corte recibió solamente once recursos de amparo (protección) (Rodríguez Cordero, 200:43).

⁶ El Magistrado Cruz Castro (2007,562) afirma que antes de la creación de la Sala Cuarta había una falta de “cultura constitucional” y poca comprensión de la “importancia que [la protección constitucional de los derechos] tiene en una democracia efectiva.

proceso de decisión tendió a clausurar rápidamente cualquier camino legal realista para resolver las cuestiones constitucionales, ya que la Corte operaba en un ambiente donde los Magistrados “ejercían el control constitucional con exagerado temor” (Gutiérrez, 1999, 49), convirtiéndola en un insignificante actor de la política de Costa Rica (Wilson, 2007, 2009).

3. CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La maniobra formal para crear una Corte constitucional con poderes centralizados de control y protección de derechos sucedió gradualmente después de años de una discusión informal entre un pequeño grupo de juristas. En diciembre de 1988, el Presidente Óscar Arias Sánchez (PLN, 1982-1986) aprobó un decreto ejecutivo (Decreto Ejecutivo 18703) para crear una comisión formal de alto nivel para analizar e informar sobre la necesidad de una reforma judicial para hacer a la administración de justicia más ágil.⁷

Una vez que las recomendaciones de la comisión de crear una Sala constitucional de la Suprema Corte llegaron al Parlamento, los debates fueron muy mesurados y atrajeron poca cobertura en los medios. La rapidez con la que el Congreso se movió para pasar la reforma constitucional fue atípicamente expedita y el voto final fue prácticamente unánime con 43 votos a favor y 6 en contra (8 diputados estaban ausentes). El potencial (o el miedo) de que la recién creada Corte pudiera llegar a convertirse en el contrapeso de los poderes Ejecutivo y Legislativo, o de que se convirtiera en la partera de una revolución de derechos no fueron parte del discurso del Congreso.⁸ Es difícil saber por qué la creación de una institución que potencialmente cambiaría las reglas del juego atrajo tan poca atención por parte

⁷ La comisión estaba compuesta por dos Magistrados en funciones de la Corte Suprema, dos diputados, el presidente del TSE, el procurador general, el presidente del Colegio de Abogados, el decano de la Facultad de Leyes de la UCR, un abogado especializado en derecho constitucional y el Ministro de Justicia (Sala, 2009). Tres de los miembros de la comisión se unieron después a la Sala Cuarta, otro se unió a una Sala distinta de la Suprema Corte.

⁸ Entrevistas realizadas por el autor a la ex Ministra de Justicia, Maruja Chacón (San Pedro, 1998), y al ex diputado del PNL, Ottón Solís (San José, agosto 1997).

de la clase política, los medios, o el público en general. Tal vez la falta de un tribunal en Latinoamérica con un poder similar hizo que los diputados no fueran capaces de anticipar las consecuencias de crear semejante Corte.⁹ Alex Solís Fallas, un destacado profesor de leyes, confirma la falta general de comprensión por parte de los diputados sobre las consecuencias de crear una Corte. Él afirma que fue “un testigo de la revolución... nosotros no sabíamos... y puedo garantizar que ningún diputado supo... en nuestro país nadie comprendió la magnitud, la trascendencia, las consecuencias que ella [la Sala Cuarta] iba a tener en la justicia constitucional de nuestro país” (Martínez, 2009). Resulta evidente que la creación de la Sala constitucional no fue parte de un plan premeditado de los políticos titulares para crear una institución capaz de protegerlos una vez que ya no estuvieran en el poder. Por tanto, la convincente explicación de Finkel (2008) sobre las motivaciones para fortalecer las Cortes superiores en Argentina, Perú y México, como una forma de seguro político, no parece explicar el resultado de Costa Rica.

La ley 7128 (aprobada el 18 de agosto de 1989) reformó los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución de 1949 y creó una cuarta sala de la Suprema Corte, la sala constitucional (con frecuencia conocida como la Sala Cuarta) puede “declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público” (artículo 10, párrafo uno). Esta nueva y simple mayoría de la Sala constitucional de la Suprema Corte, necesaria para decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, reemplazó el requerimiento de una supermayoría del pleno de la Corte que existía antes de la reforma, haciéndole más fácil ejercer sus funciones.

La legislación que regulaba la Sala Cuarta (Ley de la Jurisdicción Constitucional) fue aprobada dos semanas después de la reforma constitucional

⁹ Como dato interesante, el asertivo desempeño judicial de la Sala Cuarta es actualmente parte del debate en curso sobre reforma judicial en República Dominicana. La clase política es abiertamente hostil a la creación de una Corte constitucional dominicana, pues teme que se comporte de la misma forma que la Sala Cuarta de Costa Rica, lo cual, según afirman, sería un desastre para la República Dominicana.

que la creó. La ley ordenaba a la Corte “garantizar la Supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica” (LJC, 1989, artículo 1). La ley define los poderes de la nueva Sala incluyendo la centralización de los poderes de control constitucional, *habeas corpus*, amparo, consultas constitucionales, etcétera. También define los actores legitimados para interponer un recurso judicial en un sentido amplio y contiene sus reglas de funcionamiento, aprobadas con el apoyo unánime de la Asamblea Legislativa (*Diario Extra*, 1989).

De acuerdo con Navia y Ríos Figueroa (2005, 202-204), la Sala Cuarta goza de algunos de los poderes más extensos en comparación con cualquier otra Corte superior de América Latina. La Corte tiene el poder de resolver conflictos de competencia entre las distintas ramas del gobierno; ejercer control constitucional tanto *a priori* como *a posteriori*, y concreto como abstracto. La “jurisprudencia y precedentes [de la Corte] son vinculantes *erga omnes* para todos excepto para la propia Corte”, y sus resoluciones en casos de *habeas corpus* y amparo; tiene efectos *inter partes* y son inapelables. La amplitud de estos poderes está reconocida por los Magistrados de la Sala Cuarta; uno de los Magistrados en funciones afirmó que “no existe otro tribunal en el mundo que tenga las competencias de la Sala Cuarta” (Vizcaíno, 2006).

La adhesión a las formalidades judiciales, previas a la reforma de la Corte, fueron rápidamente abandonadas y reemplazadas por una lectura más amplia de los requisitos para interponer un recurso de revisión constitucional y los criterios de acceso a la Corte del artículo 33.¹⁰ Bajo las reglas de funcionamiento de la nueva Sala, cualquier persona en Costa Rica (sin tomar en consideración la edad, género o nacionalidad) puede interponer un recurso ante la Sala Cuarta, a cualquier hora del día y en cualquier día del año,

¹⁰ La extensa comprensión o lectura de la Corte respecto de la forma de acceder a ella es discutido en la Resolución 1997-00835.

sin formalidades, abogados, cuotas, o una comprensión real de los derechos tutelados por el recurso de apelación que interpone.¹¹ Las demandas pueden ser presentadas escritas a mano o en máquina sobre cualquier material,¹² y en cualquier idioma, incluyendo Braille.¹³ La Corte toma la “libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución” (artículo 27), de forma seria y literal. Desde su creación, la Sala Cuarta ha invertido mucho esfuerzo en promocionar sus funciones y en educar al público sobre sus derechos y en cómo interponer recursos para protegerlos (Vizcaíno, 2004). La Corte también autorizó una coautoría en 1989, con un letrado de la Sala Cuarta (empleado de la Corte) donde se glosaban los primeros diez años de la jurisprudencia de la Sala Cuarta e incluía una sección de “consejos prácticos para preparar e interponer un amparo” (Hess y Brenes, 1989). La Corte también difunde su jurisprudencia a través de una oficina de medios, y artículos de opinión en los principales periódicos, para esclarecer fallos importantes (Mora *et al.*, 2006), y mantiene un elaborado sitio *web* que permite a cualquier persona buscar, en la base de datos de la Corte, decisiones previas o en curso.¹⁴

Estos poderes y las nuevas reglas de funcionamiento han creado conjuntamente una nueva e importante *oportunidad legal* (OL), que no estaba disponible antes, y que puede y ha sido utilizada por partidos políticos, individuos y grupos de prácticamente cualquier sector de la sociedad; desde los individuos más débiles y marginados (prisioneros, indigentes, pacientes con SIDA) hasta los más poderosos, incluyendo empresas y presidentes en el cargo (Wilson y Rodríguez, 2006). Las acciones y resoluciones de la Sala Cuarta

¹¹ La gran mayoría de estas apelaciones son recursos de amparo, que otorgan a cualquier persona el derecho de exigir a la Sala Cuarta el cumplimiento o restablecimiento de cualquiera o de todos los derechos y protecciones constitucionales que no se encuentren custodiados por el recurso de *habeas corpus*. En el tipo de casos menos común, es decir en cuestiones de constitucionalidad, es necesario un abogado.

¹² Esto incluyó un caso escrito en un papel utilizado para envolver pan (Jinesta, 2005).

¹³ Recientemente, la Sala Cuarta declaró su intención de crear versiones Braille de todas sus decisiones (Terra, 2009).

¹⁴ En octubre de 2009, la Sala Cuarta expandió sus servicios en línea para hacer más fácil a los interesados localizar los casos.

han dado vida a la Constitución de forma efectiva, situándola en el centro de todas las cuestiones políticas y de derechos del país. El Magistrado Eduardo Sancho afirma que la Sala Cuarta debe ser entendida, “no como una institución creada para estar al servicio del Poder Ejecutivo, sino por el contrario: para proteger los derechos de la gente”.¹⁵ La actitud del Magistrado Sancho respecto del correcto rol de la Corte parecía insinuar que los nuevos Magistrados tenían opiniones muy diferentes sobre el adecuado funcionamiento de un tribunal superior, en comparación con las ideas de aquellos que trabajaban en la Corte antes de la reforma. Pero los primeros siete Magistrados electos de la Sala Cuarta por la Asamblea Legislativa tenían, en realidad, trayectorias profesionales y entrenamiento judicial similares a los de aquellos que ya trabajaban en la Corte. En efecto, dos Magistrados en funciones de la Suprema Corte fueron electos para la nueva Sala, así como un ex Magistrado de la Suprema Corte, y un Magistrado suplente en funciones de la misma; por tanto, una parte significativa de los integrantes del nuevo tribunal había desempeñado algún cargo en el tribunal antes de la reforma. Por consiguiente, a diferencia de muchos estudios sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos (*cf.*, por ejemplo, Epstein y Knight, 1998) o de las Cortes constitucionales europeas (Hönnige, 2009), donde la formación e ideología de los Magistrados a menudo ocupan un lugar central en la explicación de las decisiones de la Corte, parece que en general las investigaciones sobre quiénes son los Magistrados no dan muchas explicaciones sobre su forma de votar. Efectivamente, un estudio sobre los votos de los Magistrados de Costa Rica revela altos niveles de unanimidad,¹⁶ lo que hace suponer que las explicaciones de la hiperactividad de la Sala Cuarta en la protección de derechos y en el ejercicio asertivo de su función de rendición de cuentas, centradas en los Magistrados, son probablemente incompletas. Las siguientes secciones examinan el ejercicio de la función de rendición de cuentas de la Sala Cuarta respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo del gobierno.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia (1999).

¹⁶ Un estudio sobre los votos de los Magistrados de la Sala Cuarta en consultas obligatorias durante el periodo 1989-2002 revela una votación unánime en el 96% de los casos.

4. LOS PODERES ELECTOS POPULARMENTE SUJETOS A RENDICIÓN DE CUENTAS

Rápidamente, la nueva Corte ocupó un papel central en muchos debates políticos del país y su presencia se volvió cada vez más necesaria para asesorar a la Asamblea Legislativa sobre la constitucionalidad de los decretos y para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes existentes, decretos ejecutivos y las normas y directivas de las instituciones autónomas controladas por el Estado. La Sala Cuarta limitó las acciones del Ejecutivo, la Asamblea Legislativa, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE),¹⁷ y las Instituciones Autónomas controladas por el Estado (IAs), políticamente relevantes.¹⁸

A diferencia de los sistemas hiper-presidenciales en Latinoamérica, la Constitución de 1949 creó deliberadamente una oficina presidencial débil con el objetivo de evitar el regreso de los caudillos políticos anteriores a la guerra, que llevaron al país al fraude electoral y, en última instancia, a la guerra civil (Wilson, 1998, 52). La nueva Constitución proscribió la reelección presidencial inmediata; los Presidentes podían intentar ser reelectos después de haber dejado el cargo por dos términos (ocho años). Otorgó al presidente algunas herramientas para ejercer control sobre la agenda del Congreso o los votos de los partidarios presidenciales en el mismo. La Presidencia fue debilitada más tarde, con la reforma constitucional de 1969, que prohibía cualquier forma de reelección presidencial, lo que debilitaba a cada presidente inmediatamente después de tomar posesión del cargo. Entonces, el Presidente tiene pocas herramientas para alentar o persuadir a los diputados de su propio partido para apoyar la agenda legislativa. La influencia política del Presidente se debilitó más con la existencia de un número de Institucio-

¹⁷ Aunque no se discute en este capítulo, el TSE no ha sido inmune a las decisiones de la Sala Cuarta. Muchos casos sobre las elecciones, tradicionalmente decididos por el TSE, han sido resueltos cada vez con mayor frecuencia por la Sala Cuarta. Dos decisiones recientes de la Corte han recortado los poderes del TSE eliminando su capacidad para reprender y castigar las acciones de los políticos en funciones, tanto de la Asamblea Legislativa como a nivel local (Vizcaino, 2009^a; Mata, 2009a). En el 2006, por ejemplo, la Resolución 15960-06 declaró inconstitucional al artículo 64 del Código Electoral, un tema históricamente remitido al TSE.

¹⁸ Aunque cada vez más relevante, el gobierno local se mantuvo débil políticamente con pocos poderes para la creación de políticas públicas y muy poca autonomía financiera. En este capítulo no considero el impacto de la Sala Cuarta en el gobierno local.

nes Autónomas (IAs) con mandatos constitucionales para controlar varios sectores de la actividad estatal¹⁹ que están fuera de la influencia del Presidente. Un extenso estudio sobre las presidencias latinoamericanas concluye que el jefe del Ejecutivo de Costa Rica se encuentra entre los más débiles del hemisferio (Mainwaring y Stugart, 1997, 432).

El Congreso unicameral, compuesto por 57 miembros, la Contraloría y la Defensoría, organismos encargados de la rendición de cuentas, ejerce significativamente más poder político que el Ejecutivo. Mientras que el Congreso tiene un monopolio respecto de todo el proceso de creación de leyes, su capacidad para mantener bajo control al Poder Ejecutivo es limitada.²⁰ Todos los miembros del Congreso son simultáneamente electos por términos de 4 años (junto con el Presidente y el Vicepresidente); sus miembros no pueden intentar ser reelectos inmediatamente. En consecuencia, un amplio porcentaje de los miembros en funciones (generalmente más del 80%) de la Asamblea Legislativa son “primerizos”.²¹ La prohibición constitucional de los diputados respecto de la inmediata reelección, y hasta hace poco la prohibición de los Presidentes para intentar reelegirse, tendieron a debilitar la disciplina de partido. Desde finales de la guerra civil de 1949 hasta los años noventa, dos bloques partidarios dominaron tanto el Congreso como la Presidencia: el Partido Liberación Nacional, de tendencia social demócrata, (PLN), y una coalición de centro derecha que finalmente formó el Partido Unidad Social Cristiana (PUSC) en 1982 (Wilson, 1982).

Como puede observarse en el cuadro dos, el sistema bipartidista comenzó a mostrar signos de tensión durante la elección de 1998, cuando ninguno ganó el control mayoritario de la Asamblea. El fracaso se hizo cada vez más evidente en las elecciones de 2002 y se convirtió en la nueva realidad en las

¹⁹ A principios de los años ochenta había más de 200 IAs. Este número fue reducido durante la crisis económica de la década de los ochenta, pero hay muchas IAs que juegan un papel significativo, incluyendo la salud (CCSS), teléfonos y su Ministro de electricidad (ICE), y seguros (INS), etcétera.

²⁰ Gran parte de la capacidad del Congreso para mantener bajo control al Ejecutivo depende de la voluntad de la Contraloría y de la Defensoría, sobre las cuales tiene un control limitado.

²¹ Estos cálculos están basados en los datos proporcionados por Michelle Taylor-Robinson, en correspondencia personal, del 24 de abril de 2006.

elecciones de 2006 y 2010. Mientras que el PLN se mantiene como una importante (aunque débil) fuerza política, su apoyo (y representación en el Parlamento) ha disminuido. El PUSC se desmoronó de hecho en las elecciones de 2006 al recibir menos del 4% en la elección presidencial y sólo 5 escaños en el Congreso, y repitió esa actuación en las elecciones de 2010. Un nuevo partido de centro derecha, Partido Acción Ciudadana (PAC), se convirtió en el segundo partido más grande en el Congreso y casi ganó la presidencia en el 2006. En las elecciones de 2010, el PAC confirmó su posición como el segundo partido más importante por encima del Partido Movimiento Libertario (PML), que desde 2006 se convirtió en el tercer partido importante en el Congreso.

Cuadro 2

Distribución de los escaños legislativos por partido entre 1982-2010

Partido	1982	1986	1990	1994	1998	2002	2006	2010*
Partido Liberación Nacional (PLN)	33	29	25	28	23	17	25	24
Partido Unidad Social Cristiana (PUSC)	18	25	29	25	27	19	5	6
Partido Acción Ciudadana (PAC)						13	17	11
Partido Movimiento Libertario (PML)					2	7	6	9
Partido de Accesibilidad sin Exclusión (PASE)							1	4
Partido Renovación Costarricense (PRC)					1	1	1	1
Partido Unión Nacional (PUN)							1	
Partido Frente Amplio (FA)							1	1
Partido Rescate Nacional (RN)								1
Partido Fuerza Democrática (PFD)				2	2			
Partido Integración Nacional (PIN)					1			
Partido Acción Laborista Agrícola de Alajuela (PALA)					1			
Partido Unión Agrícola Cartaginés			1	1				

Partido Agrario Nacional				1				
Partido Pueblo Unido (PPU)	4	1	1					
Partido Unión General (PUG)			1					
Alianza Popular		1						
Independiente		1						
Movimiento Nacional	1							
Partido Democrático de Alajuela (PDA)	1							

* La distribución de los escaños es provisional
Fuente: Unión Interparlamentaria 2009; TSE 2010

Una consecuencia del colapso del sistema bipartidista fue el fracaso de cualquier partido para ganar el control mayoritario de la Asamblea desde la Legislatura 1990-1994. Mientras que el número actual de partidos no ha cambiado significativamente, su capacidad para ganar representación en el Congreso ha aumentado y, lo que es más importante, también para influir en el contenido de la política.²² Como se verá en el resto de este capítulo, los cambios en el sistema de partidos aumentaron la centralidad de la Corte, mientras los partidos más pequeños aprovecharon las reglas de acceso para involucrarla en el retraso, corrección y eliminación de las políticas del gobierno. También argumentó que el fracaso del sistema de partidos fortaleció a la Corte al debilitar la autoridad del partido en el gobierno para limitar la participación de ésta en las decisiones sobre la constitucionalidad o en los procedimientos correctivos en la creación de políticas de la Asamblea.

5. EL PODER EJECUTIVO SUJETO A RENDICIÓN DE CUENTAS

Como señalamos arriba, a diferencia de muchos ejecutivos presidenciales fuertes en Latinoamérica analizados en muchos de los capítulos de este libro,

²² En las elecciones del 2010 había 9 partidos conteniendo por la elección presidencial y 33 registrados para competir en las elecciones de la Asamblea Legislativa (TSE 2010). Las posibilidades del PUSC se vieron disminuidas cuando tuvo lugar el juicio de corrupción en contra del ex Presidente y candidato presidencial en aquel momento, Rafael Ángel Calderón Fournier, que lo encontró culpable y lo sentenció a cinco años de prisión, cuatro meses antes de la elección general del 2010 (Rivera 2009). El cuadro dos también muestra la distribución actual de los escaños en el Congreso después de la elección de 2010.

el Poder Ejecutivo de Costa Rica es relativamente débil y no es capaz de dominar a las otras ramas del gobierno. Aunque sea discutible la debilidad de las dos ramas popularmente electas del gobierno, algunos ejemplos ilustran la voluntad y capacidad de la Sala Cuarta para controlar el ejercicio de sus poderes. En el 2003, el Presidente Abel Pacheco (PUSC, 2002-2006) declaró el apoyo oficial de Costa Rica al conflicto bélico en Iraq, una decisión de política exterior que históricamente había sido competencia del Presidente. En respuesta a la declaración del Presidente, numerosas demandas fueron presentadas ante la Sala Cuarta impugnando la constitucionalidad del decreto. Estos casos, interpuestos por políticos y también por particulares, provocaron una sentencia de inconstitucionalidad de la Sala Cuarta en el 2004. La Corte juzgó el acuerdo del presidente como “realizado en contra de la Constitución, el derecho internacional reconocido por Costa Rica, y el sistema internacional de las Naciones Unidas” (Resolución 2004-09992) y ordenó al Gobierno de Pacheco hacer las gestiones necesarias para que los Estados Unidos excluyeran a Costa Rica del listado de miembros de la coalición contra Iraq, publicada por la Casa Blanca. En respuesta a las críticas sobre esta decisión, la Corte reconoció públicamente el derecho del Poder Ejecutivo de gestionar las relaciones internacionales, pero hizo notar que el Ejecutivo estaba limitado por la Constitución y los tratados internacionales firmados por Costa Rica (Vizcaíno, 2006).²³

Esta sentencia repercutió en una decisión subsecuente (15245-2006) que recordó al Ejecutivo que no podía enviar representantes costarricenses a formaciones militares en países extranjeros debido a los numerosos tratados internacionales y a la prohibición constitucional de Costa Rica de tener un Ejército permanente. Nuevamente, en el 2006, un decreto ejecutivo (DE 33240-S) firmado por el Presidente Arias (PLN, 2006-2010) y la Ministra de Salud María Luisa Ávila, para permitir la extracción de materiales para la construcción de armamento, fue declarada inconstitucional. La Corte argu-

²³ El razonamiento legal detrás de la decisión de la Corte se encuentra disponible en la misma sentencia a la que hacemos referencia arriba y es presentada por el Magistrado Cruz Castro de la Sala Cuarta (2007:572-573).

mentó que el decreto era contrario a varios tratados internacionales firmados por Costa Rica y era en “detrimento al derecho fundamental de los costarricenses a la paz, reconocido por la Sala Cuarta en sus sentencia 2004-9992 [la decisión sobre Iraq]” (Resolución 14193-08).

En otros dos casos, la Sala Cuarta declaró inconstitucional un decreto presidencial que permitía el desarrollo inmobiliario privado de las franjas costeras protegidas (Resolución 2004-07378). En el primero de estos casos, el poder del Ejecutivo fue impugnado por particulares, mientras que en el segundo fue una agencia gubernamental de expertos en medio ambiente, preocupados por la deforestación, y que actuaron simultáneamente con los gobiernos locales que veían al decreto como una toma de poder por parte del Ejecutivo (Barker 2005).²⁴ Otro ejemplo de limitación de las acciones del Poder Ejecutivo tuvo lugar en el 2003, cuando la Corte decidió que la reducción del año académico, para enfrentar un déficit en el presupuesto era inconstitucional. La Corte sostuvo que el Ejecutivo estaba obligado por todos los acuerdos internacionales firmados por los anteriores gobiernos, en este caso particular por el Convenio Centroamericano sobre la Unificación de la Educación Básica, que exigía que todos los niños de América Central recibieran un mínimo de 200 días de educación por año académico (Resolución 11515-02). Por tanto, la Corte limitó de nuevo el espacio disponible para la creación de políticas utilizado por el Ejecutivo para desarrollar soluciones a la crisis presupuestaria de la educación. Las resoluciones de la Sala Cuarta han disminuido aún más el ya débil poder presidencial para emitir decretos. Este debilitamiento está tal vez reflejado en el uso decreciente de los decretos presidenciales. Durante la década de los ochenta, los presidentes costarricenses emitieron un total de más de 10,000 decretos, pero en la primera década de existencia de la Sala Cuarta, el número total de decretos cayó más del 40%, a 6,200 (PEN, 2001, 124).

²⁴ Es muy común encontrarnos con que los organismos del Poder Ejecutivo toman en cuenta las resoluciones de la Sala Cuarta cuando elaboran planes a futuro. Por ejemplo, consultar el reporte del 2008 sobre desarrollo costero, en el cual existen numerosas referencias explícitas a las decisiones de la Sala Cuarta que pueden limitar las opciones de desarrollo (Informe N°. Dfoe-sm-127-2008).

6. EL PODER LEGISLATIVO SUJETO A RENDICIÓN DE CUENTAS

Si la Sala Cuarta hubiera actuado solamente para mantener al Poder Ejecutivo sujeto a la Constitución, habría parecido que se trataba de un intento de redistribuir el poder político entre las ramas del gobierno electas popularmente para aplacar a los políticos en el Congreso, que los eligieron para la Corte (y quienes son responsables de su nombramiento). Sin embargo, sus numerosas resoluciones en contra de la Asamblea Legislativa han resultado ser una limitación a la soberanía del Congreso en la creación de políticas públicas, así como una reorientación del balance de poder dentro de la Asamblea en contra del partido en el poder y a favor de los partidos más pequeños. Como señala un ex diputado “la aparición de la Sala Cuarta ha puesto un freno al abuso de poder” de la Asamblea Legislativa (Urcuyo, 1995, 46) y sus numerosas decisiones de largo alcance han restringido severamente el poder de la Asamblea en la creación de políticas públicas, lo que de acuerdo con algunos observadores ha “derrumbado la soberanía parlamentaria en materia legislativa” (Jiménez y Rojas, 1995, 110).

En varias ocasiones, la Corte redefinió y limitó los poderes para la creación de leyes de la Asamblea Legislativa, incluyendo una importante amonestación pública emitida por ella durante su primer año en funciones.²⁵ En 1990, la Sala Cuarta declaró inconstitucional una ley de 1974 (ley N° 5011) que concedía a los diputados el derecho de importar un automóvil exento de impuestos para su uso personal, estableciendo que la ley “violaba los principios de equidad y justicia”. La Corte también argumentó que la ley era un abuso de poder de los diputados y un “enriquecimiento excesivo de un grupo privilegiado” (Resolución 960-990). Respecto de esta decisión, el Magistrado Fernando Cruz Castro señala que “pocas veces un sector de la clase política ha recibido una rectificación tan clara y convincente, apelando a aquellos valores fundamentales” (Cruz Castro, 2007, 564).

²⁵ Es interesante señalar que el caso fue presentado por un diputado del PLN, José Miguel Corrales.

Un claro ejemplo de la voluntad y autoridad de la Corte para dirigir los poderes de la creación de leyes asumidos por la Asamblea puede observarse en las dos decisiones de la Sala Cuarta (2000 y 2003) sobre el polémico tema de la reelección presidencial. El documento original de la Constitución de 1949 permite al Presidente intentar la reelección después de haber dejado el cargo durante dos periodos de 4 años. Una reforma constitucional del artículo 132 (ley 4,339) derogó este derecho y prohibió que los presidentes buscaran reelegirse en cualquier momento. La reforma constitucional de 1969 no fue cuestionada por más de 30 años, hasta que el ex Presidente Óscar Arias Sánchez (PLN 1986-1990) indicó su deseo de intentar reelegirse. Animado por el apoyo popular, la estrategia inicial de Arias para su reelección fue alentar a diputados simpatizantes a proponer una reforma constitucional en la Asamblea Legislativa. Arias argumentaba que la Asamblea era el único órgano que podía revocar la reforma; la acción de la Corte sería “antidemocrática” (Urbina, 1999). Sin embargo, la Asamblea no apoyó la revocación de la reforma con 17 de los 23 diputados del PLN (su propio partido) en contra de la reforma a favor de la reelección. Las reformas constitucionales requieren de la supermayoría de dos tercios (2/3) de los miembros (es decir 38 de los 57 votos de los diputados), y el proyecto de ley avanzó muy lentamente y fue finalmente archivado (Venegas, 2001).

En respuesta, Arias cambió de estrategia e interpuso una demanda ante la Sala Cuarta, argumentando que la reforma constitucional original de 1969 era inconstitucional porque restringía su derecho a ser electo y era una infracción a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual garantizaba el derecho de intentar reelegirse. La Corte rechazó el caso en una decisión cerrada y dividida con la mayoría de cuatro votos en contra y tres a favor (Resolución 7818-00)

Aunque Arias perdiera la oportunidad de competir en las elecciones de 2002, un abogado independiente, Eduardo Picado Araya, partidario de Arias, interpuso un segundo caso ante la Sala Cuarta en julio de 2002. Para ese entonces, la Sala Cuarta revocó su decisión previa y declaró inconstitucional

la reforma que prohibía la reelección. El giro en el resultado de este caso es uno de los ejemplos más claros de cómo los Magistrados en funciones hacen la diferencia en una decisión de la Corte. El voto de los Magistrados en las decisiones de 2000 y 2003 revela que ningún Magistrado cambió su voto, sino que dos miembros de la original mayoría de cuatro votos del 2000 se retiraron; dos nuevos Magistrados votaron con los tres Magistrados que estaban a favor inicialmente, argumentando que la reforma era inconstitucional.

Los detalles del argumento constitucional están publicados en otro lugar (Cruz Castro, 2007; Wilson, 2005), pero en resumen, la cuestión judicial central del caso se refería a la naturaleza de la reforma constitucional que prohibía la elección presidencial. En la primera votación, la mayoría observó la reforma como una enmienda parcial a la Constitución que fue aprobada por la Asamblea Legislativa de forma procedimentalmente correcta. En la decisión de 2003, la mayoría (previamente la minoría) vio a la reforma como una infracción a los “derechos fundamentales”, y por tanto la elevó de reforma constitucional “parcial” a “general”. Las reformas generales de la Constitución deben ser llevadas a cabo por una Asamblea Constituyente, elegida específicamente para realizar esa función, y no por la Asamblea Legislativa (ordinaria).

Esa resolución de la Corte, además de permitir que Óscar Arias intentara su reelección, lo cual hizo exitosamente en las subsecuentes elecciones generales de 2006, fue un golpe significativo a la imagen que tenían los diputados del alcance de su poder para promulgar leyes. La Corte argumentó que la Asamblea Legislativa no tenía ni tiene el poder para “reducir, amputar, o limitar derechos y garantías fundamentales, o derechos políticos de los ciudadanos, o aspectos esenciales de la organización política del país” a través de reformas constitucionales. Este poder era exclusivamente ejercido por una Asamblea Constituyente y no por la Asamblea ordinaria (Resolución 2003-02771). Por tanto, al declarar inconstitucional la reforma de 1969, la Corte explicó al detalle las limitaciones de la Asamblea Legislativa (Herrera, 2003).

Lo que también es interesante en este caso es que además de provocar una reacción violenta explícita de la clase política, la gran mayoría de la Asamblea que eligió a los dos nuevos Magistrados estuvo abiertamente en contra de la reelección presidencial, así como lo estaban los anteriores presidentes, con excepción de Óscar Arias. Esta decisión en particular suscitó un importante número de críticas hacia la Corte, incluyendo las acusaciones de que se había convertido en un “superpoder” (Bermúdez, 2003), por haber realizado una “barbarie judicial”, un “golpe de Estado”, y por usurpar los poderes democráticos para convertirse en “co-administrador y co-legislador” (Díaz, 2003). Sin embargo, es claro que los Magistrados no se replegaron ante los miembros de la rama del gobierno que los había elegido y tenía el poder de votar sus reelecciones. Asimismo, es importante hacer notar que este voto en bloque, formado alrededor del tema de la reelección, no parece haberse repetido en votos subsecuentes. La inmensa mayoría de las decisiones de la Corte (más del 90%) continúan siendo unánimes.

7. DISTRIBUCIÓN DEL PODER ENTRE LOS PARTIDOS MÁS PEQUEÑOS

Los diputados de los partidos más pequeños, históricamente sin importancia para el proceso de creación de políticas, tienen ahora dos oportunidades significativas para provocar un impacto en la política elegida por el gobierno, como resultado de la existencia y voluntad de la Sala Cuarta para llevar a cabo su función de rendición de cuentas (Ramírez, 2007; *Revista Parlamentaria*, 1995). Los diputados pueden impugnar los proyectos de ley durante el proceso de creación de la ley o bien una vez que el proyecto se convierta en ley. Durante el análisis de un proyecto de ley en el Congreso, un grupo de 10 diputados puede solicitar que el proyecto sea remitido a la Sala Cuarta para una consulta legislativa (*consulta previa*). Como podemos observar en el cuadro dos, mientras más ha aumentado el número de diputados provenientes de los partidos pequeños, también ha aumentado su posibilidad de enviar proyectos de ley a consulta. Las consultas pueden cuestionar la constitucionalidad del contenido del proyecto de ley así como la manera en

que se desarrolló en el Congreso. En el periodo legislativo 1998-2002, el líder del Partido Movimiento Libertario, Otto Guevara, junto con otros nueve diputados, solicitaron 21 consultas sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que estaban siendo debatidos en el Congreso. Esas consultas encontraron frecuentemente una respuesta positiva de la Corte.²⁶

Así como presentar los proyectos de ley ante la Corte para una consulta algunas veces es suficiente para un diputado, la simple amenaza de enviar los proyectos a la Sala Cuarta es determinante para empujar al partido en el gobierno a modificar el proyecto de ley de acuerdo con las preferencias políticas de los diputados de oposición. Antes de su jubilación, el Magistrado Solano señaló que algunas veces se solicitan consultas, pero son retiradas una vez que el partido en el gobierno acepta las reformas al proyecto de ley (Vizcaíno, 2006). Por tanto, el poder para crear políticas de los partidos más pequeños se ha fortalecido, mientras que el partido mayoritario se ha visto significativamente disminuido. Como el Congreso está cada vez más poblado por partidos pequeños y ningún partido ha controlado la mayoría de escaños en los últimos 14 años, esta táctica se ha convertido en el *modus operandi* lógico y preferido para cambiar, retrasar o acabar con la legislación apoyada por el gobierno. Por ejemplo, en el 2000, la Sala Cuarta decidió la inconstitucionalidad de un proyecto de ley diseñado para modernizar la electricidad y el servicio telefónico (ambos monopolios gubernamentales) debido a errores de procedimiento durante su primer debate en el Parlamento (Resolución 00-03220). En esta decisión, la Corte pronunció la sentencia de muerte a la propuesta de ley más importante del gobierno. El proyecto había tomado años de negociaciones y acuerdos entre los dos partidos principales y sus colaboradores para construir un bloque mayoritario de votos en el Congreso. En respuesta, algunos diputados de los partidos más pequeños, que eran incapaces de influir en el contenido del proyecto de ley en el Congreso, enviaron el proyecto a la Corte para consulta.

²⁶ Un estudio de 2000 señaló que la Corte identificaba defectos constitucionales en un 43% de los proyectos de ley enviados por el Congreso (Echeverría, 2000).

Los errores procedimentales señalados por la Corte exigieron al proyecto de ley comenzar el proceso legislativo desde el principio. Debido a la cercanía de las siguientes elecciones generales, el proyecto de ley no fue reintroducido al Congreso y por tanto murió con la decisión de la Sala Cuarta.

La Sala Cuarta también ha desempeñado voluntariamente un papel para reequilibrar el balance de poder dentro de la Asamblea Legislativa al aceptar objeciones a sus propias reglas de funcionamiento (Reglamento interno de la Asamblea legislativa). Por ejemplo, una decisión de la Sala Cuarta sobre la composición de las comisiones de la Asamblea, que históricamente asignaba a una comisión más miembros provenientes de partidos con más de 15 integrantes, fue encontrada inconstitucional y discriminatoria hacia los partidos más pequeños (Resolución 14253-04).

En el área de rendición de cuentas de los funcionarios electos, la Sala Cuarta ha reorientado el gobierno de Costa Rica. Un abogado general en funciones, Román Solís, afirmó en un acta que “la Sala Cuarta deja a los poderes Ejecutivo y Legislativo con muy poco poder” (Venegas 2000). Esto fue reforzado por un diputado del PLN en aquel momento, que afirmó que “la mayoría de los diputados creen que la Sala Cuarta tiene demasiado poder”, lo que hace “difícil tomar decisiones relevantes en el Parlamento”. Y concluyó que “si la Sala Cuarta continúa así —¿cuál será nuestro papel en el Congreso?”²⁷

Por el contrario, las acciones de la Corte han aumentado también la influencia política de los partidos pequeños, que tienen la posibilidad de proponer y promocionar un proyecto de ley en el Congreso, al abrir la oportunidad legal de interponer un caso. Un ejemplo reciente ilustra la utilidad de una estrategia legal, incluso para los diputados. Por ley, las personas mayores tienen derecho al transporte público en los autobuses propiedad del Estado. La ley, redactada antes (y durante) la importante mejora del

²⁷ Entrevista con el autor en San José de Costa Rica, junio de 2008.

servicio de trenes del país, no incluyó a estos. Óscar López, el único diputado del Partido Accesibilidad Sin Exclusión (PASE), ganó el caso de una mujer mayor que había sido obligada a pagar el boleto de un tren de propiedad estatal. En lugar de reformar la ley vigente para que cubriera el viaje en tren, el diputado presentó una demanda ante la Sala Cuarta. La Corte falló a favor de la señora de edad avanzada y declaró que cualquier transporte público debía ser gratuito para las personas mayores (Loaiza, 2009), lo cual amplió la ley de forma efectiva y rápida y sin necesidad de reunir una mayoría parlamentaria a favor.

8. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS

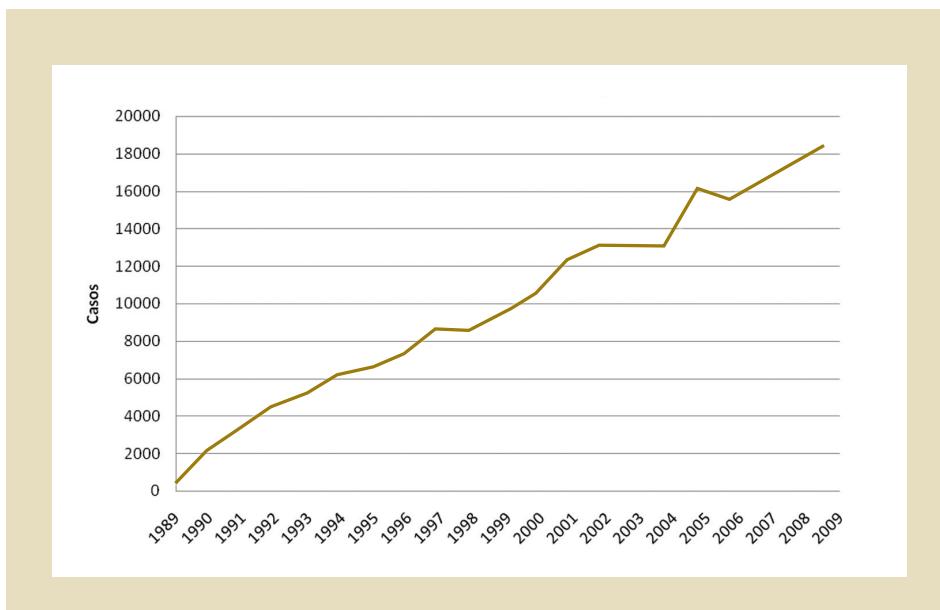
La segunda área más importante de las acciones de la Sala Cuarta es la protección de los derechos individuales que describí en algún otro lugar como una “revolución de los derechos” (Wilson, 2007; 2009). La gráfica 1 revela que el número de casos de la Corte aumentó rápidamente desde su inicio y sigue experimentando un crecimiento significativo. La Sala Cuarta examinó 1600 casos durante su primer año en funciones, aproximadamente 7000 casos en 1997, y 10000 casos en el 2000. Durante el 2008 la Corte resolvió 18000 casos. En sus primeros 20 años en funcionamiento, la gran mayoría de los casos presentados ante la Sala Cuarta fueron recursos de amparo,²⁸ que ponen de manifiesto la utilidad de la oportunidad legal abierta por la Sala Cuarta para los individuos que buscaban proteger o hacer valer sus derechos constitucionales. Pero, como señala Sieder *et al.* (2005, 3) de forma atinada, “ el gran activismo por parte de las Cortes no implica necesariamente o de forma automática el fortalecimiento de los derechos individuales o colectivos.”²⁹

²⁸ Desde la creación de la Sala Cuarta, los amparos han constituido un gran porcentaje del grupo de casos del cuerpo judicial. Actualmente, más del 90% de los casos son amparos. Por ejemplo, en el 2009, 91% de los casos presentados ante la Sala Cuarta fueron recursos de amparo (Sala Cuarta, 2010).

²⁹ Este es también el punto central del argumento de Rosenberg (1991) acerca de la incapacidad de las Cortes para marcar el comienzo de un cambio social significativo o de la conclusión de Epp (1998), según la cual las organizaciones bien financiadas son la clave para hacer valer las resoluciones sobre derechos.

Gráfica 1

Crecimiento del número de casos de la Sala Cuarta durante el periodo 1989-2009



Fuente: Sala Cuarta (2010).

Además, incluso si las Cortes deciden a favor de casos de derechos individuales, si no pueden hacer valer sus decisiones, éstas serán victorias vacías. En la siguiente sección, sugiero que el crecimiento exponencial en el número de casos refleja un reconocimiento en aumento de la disponibilidad de la Oportunidad Legal (OL) y que un examen más detallado de los recursos revela qué tipo de casos sobre derechos son ganados y si esas victorias son superficiales o en realidad repercuten en la protección de derechos individuales.

Hay una literatura en aumento que examina la habilidad de los individuos y grupos para aprovechar el poder de la Sala Cuarta para proteger y/o hacer valer sus derechos constitucionales (Wilson y Rodríguez, 2006; Wilson, 2007; 2009; Cruz Castro, 2007).³⁰ En resumen, la profundidad de la protección

³⁰ Quiero agradecer a Jorge Vargas por señalar que no todas las decisiones de la Sala Cuarta son “progresistas”. En muchos temas morales de interés de la Iglesia Católica, la Sala Cuarta ha respaldado la

proporcionada por la Sala Cuarta y su autoridad para hacer valer sus decisiones está ilustrada por el enorme número de casos sobre derechos ganados por diversos grupos de personas. Por ejemplo, en 1990 la Corte decidió que los exámenes de la adMinistración pública debían ser aplicados en Braille (Resolución 567-90); confirmó los derechos colectivos de los indígenas guaimís (Resolución 1786-93) y el derecho de los invidentes para llevar a sus perros lazarillos en los taxis (Resolución 8559-01); protegió los derechos de trabajo de los periodistas (Resolución 2313-95) y el derecho de los rastafari a no ser excluidos de los inmuebles por su religión (Resolución 6428-01). De forma habitual, la Corte ha protegido los derechos de las mujeres, incluyendo la decisión de 1992 (Resolución 2196-92) que autorizaba a un mujer a esterilizarse sin el consentimiento de su marido, los mismos derechos de naturalización por medio del matrimonio (Resolución 3435-92), e igualdad en la ley de divorcio (Resolución 2008-2129). Los otros grupos marginados socialmente, los grupos débiles desde el punto de vista político, también han buscado y obtenido la protección de la Sala Cuarta. Los guardias de la prisión no pueden utilizar gas en contra de los prisioneros (Resolución 3684-04); los pacientes con VIH tienen el derecho a ser tratados en hospitales y clínicas manejados por el Estado (Resolución 3001-97). La Corte también ha estado dispuesta a decidir a favor de grupos impopulares en Costa Rica.³¹ Por ejemplo, en 1994, la Sala Cuarta decidió (Resolución 4732-94) a favor del dueño de un bar homosexual que alegaba brutalidad policial y abuso de poder. En respuesta, los departamentos de policía fueron entrenados para lidiar con minorías sexuales y de hecho las redadas se detuvieron.

9. LOS DERECHOS A LA SALUD

Para ilustrar la naturaleza expansiva de la protección de los derechos individuales de la Sala Cuarta, esta sección examina el crecimiento de la jurisprudencia

posición pública de la Iglesia, incluyendo una prohibición de fertilización *in vitro* e investigación médica con células madre, y sosteniendo la constitucionalidad de una prohibición de matrimonio del mismo sexo.

³¹ Históricamente, los homosexuales han sido un grupo objeto de gran antipatía. Una encuesta en 1999 reveló que más del 83% de los costarricenses creían que la homosexualidad “nunca estaba justificada”. La misma encuesta descubrió una mayor aceptación del uso de la violencia (82.8%) y del aborto (80.4%) ambos considerados actos criminales en Costa Rica.

dencia de los derechos a la salud en los últimos 15 años. Los casos de derechos a la salud representan el lugar donde convergen las funciones de rendición de cuentas de la Corte (anulando las prioridades del Ministro de Salud) y el Poder Legislativo (dando prioridad a los planes estratégicos de salud), y los derechos individuales. Los casos también son interesantes porque los demandantes de derechos a la salud, a pesar de los costos asociados a estas demandas, tienen considerablemente más probabilidad de ganar sus casos que cualquier otra demanda de protección de derechos fundamentales. Finalmente, no existe ningún derecho a la salud explícito en la Constitución de 1949, más bien se trata de un derecho derivado que ha sido construido de la protección constitucional a la vida (artículo 21),³² del derecho a la protección de la seguridad social (artículo 73),³³ y numerosos tratados internacionales firmados por los gobiernos de Costa Rica (Vargas, 2007, 150).³⁴

Mientras la mayoría de las personas que interponen recursos de amparo pierden sus casos en la Sala Cuarta, las pocas barreras para presentar demandas hacen fácil poner en marcha esa OL y volver con un segundo (o tercer) caso después. Un estudio de las decisiones de la Sala Cuarta durante sus primeros 10 años señala que la tasa promedio de éxito de los recursos de amparo es solamente del 25%; la aplastante mayoría de los casos son desestimados por la Corte. Sin embargo, el éxito no es uniforme entre los distintos tipos de amparo. Por ejemplo, los casos de discriminación son famosos porque son difíciles de probar y son generalmente infructuosos, pero los derechos de acceso para los discapacitados tienen más probabilidad de tener éxito.

Uno de los primeros casos sobre el derecho a la salud fue interpuesto en 1992. La demanda involucraba a una persona que vivía con VIH/SIDA y que reclamaba su derecho a antirretrovirales subsidiados por el Estado

³² Artículo 21.- "La vida humana es inviolable".

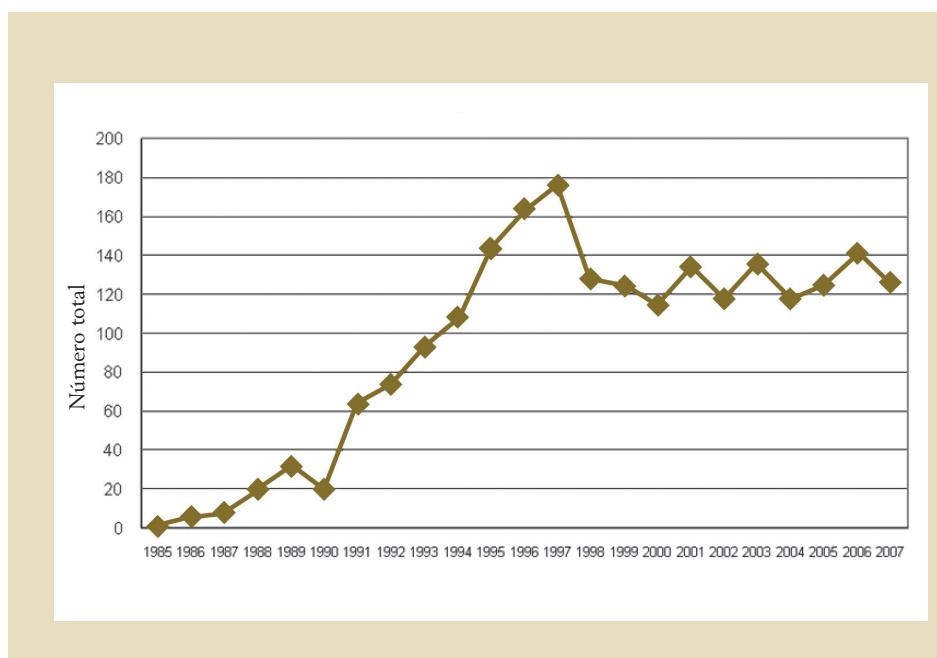
³³ Artículo 73.- "Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine."

³⁴ Solano (2007) analiza la creación del derecho a la salud.

(ARV) que habían sido negados por la Caja Costarricense de Seguro Social (organismo estatal a cargo de la salud pública, CCSS) que argumentaba que no pertenecían a la *Lista Oficial de Medicamentos* (LOM), que no había una cura para el VIH/SIDA y que eran muy caros. En esta instancia, la Corte aceptó el argumento de la CCSS y decidió en contra del demandante (Resolución 280-292).

En 1997, tres pacientes con VIH/SIDA interpusieron casos similares, la CCSS dio el mismo argumento basado en costos, pero esta vez la Sala Cuarta estuvo de lado de los pacientes (Ávalos, 1997; Resolución 5934-5997). La Corte argumentó “¿de qué sirven el resto de derechos y garantías... las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades y garantías, si una persona no puede tener asegurado el derecho a la vida y a la salud?” Este argumento se convirtió en la base de un naciente derecho a la salud basado en los tratados internacionales y en el derecho a la vida de la Constitución de Costa Rica (artículo 21) y el derecho a la seguridad social (artículo 74). Como es típico en los casos de amparo, la decisión fue originalmente *inter partes*, pero una avalancha de subsecuentes casos similares, hizo que rápidamente tuviera un efecto *erga omnes*. La CCSS respondió proporcionando medicamentos antirretrovirales a cualquier paciente con un conteo de células T bajo y una prescripción válida de un doctor de la CCSS, sin importar que hubieran presentado y ganado sus demandas ante la Corte. La gráfica 2 ilustra el impacto real de estas decisiones sobre los derechos a la salud ya que refleja una importante baja en las tasas de mortalidad de personas con VIH/SIDA, inmediatamente después de que la decisión de la Sala Cuarta en 1997 obligara a la CCSS a suministrar los medicamentos ARV a las personas que vivían con VIH/SIDA. Las lecciones aprendidas de los casos de SIDA no se perdieron, ya que otros pacientes con enfermedades crónicas se refirieron a los argumentos utilizados por la Corte en las exitosas decisiones sobre VIH/SIDA. Un par de ejemplos del alto costo en el que incurrió la CCSS, al obedecer las decisiones de la Sala Cuarta sobre medicamentos y efectos contagiosos en otros pacientes, se muestran en el cuadro 3.

Gráfica 2
Muertes por SIDA entre 1985-2007



Fuente: MINSA. 2008: 73

Cuadro 3
Costos del tratamiento de tres de los primeros casos
presentados sobre el derecho a la salud, 1999

Enfermedad	Número de pacientes	Costo anual/paciente	Costo total/año (\$ en dólares)	% del presupuesto para medicinas del CCSS	% del total de la población atendida
VIH/SIDA	680	\$7,281	\$5,013,933	11.31	0.02
Esclerosis lateral amiotrófica (enfermedad de Lou Gehrig)	19	\$960	\$18,240	0.41	0.0005
Esclerosis múltiple	32	\$11,616	\$371,712	0.83	0.0009
Total	731		\$5,568,045	12.57	0.0214

Fuente: Ávalos y Méndez 1999.

Después de la decisión sobre el VIH/SIDA, el número de amparos reivindicando el derecho a medicamentos no suministrados automáticamente por el Estado ha aumentado cada año. Y, a pesar de los bajos niveles de éxito para los recursos de amparo en general (aproximadamente el 25%), el 60% de los casos médicos son exitosos.³⁵ En la mayoría de los casos la Corte ha argumentado que la prescripción del doctor a cargo supera los criterios médicos técnicos utilizados por el Comité Central de Farmacoterapia de la CCSS para determinar qué medicinas deberían estar en la LOM (Vargas, 2007, 177).

La Sala Cuarta no ha escuchado las preocupaciones de la CCSS sobre las ramificaciones presupuestarias de sus decisiones médicas. Incluso en casos recientes, donde la Corte decidió a favor de que 22 mujeres que padecían cáncer de mama recibieran Herceptin (Trastuzumab), la Corte permaneció impasible ante las preocupaciones financieras de la CCSS.³⁶ La CCSS se quejó de que el tratamiento para esas 22 pacientes y otras 9 representaban el 1% del presupuesto total de medicinas de la CCSS. La Sala Cuarta ha sido muy clara en su rechazo a los argumentos de costo de la CCSS, afirmando que “las personas enfermas no debería tener que pagar por las consecuencias de la mala planeación por parte de la CCSS” (*La Nación*, noviembre 16 de 2006). Los Magistrados de la Sala Cuarta también contestaron las críticas respecto de un potencial problema ético en sus decisiones médicas, al señalar que a pesar de que hay límites a los recursos de la CCSS “solamente hay un dilema ético si la Caja [CCSS] ha utilizado todos sus recursos correctamente...si hay desperdicio de recursos, el argumento ético no aplica”. El Magistrado suplente continuó diciendo que “nada de lo que ha sucedido como resultado de las decisiones de la Corte (en términos de litigio sobre el derecho a la salud) ha afectado la CCSS desde un punto de vista presupuestario; como consecuencia, el dilema ético que presenta no aplica. Si puede

³⁵ Elaborado con los datos presentados por Eduardo Doryan, presidente ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguros Sociales (CCSS) en junio de 2008. Si se toman en cuenta todos los casos relacionados con la asistencia sanitaria, la tasa de éxito es de aproximadamente 50%.

³⁶ Cfr. por ejemplo, el argumento presentado en Zamora (2007).

demostrar que los costos afectarán a otros, pruébelo, y entonces lo consideraremos”.³⁷ Esta postura es apoyada por la oficina de la Defensoría de los Habitantes (*Ombudsperson*); el abogado público sobre temas relacionados con el derecho a la salud afirma que “no pensamos que los temas económicos sean razones para no defender el derecho humano a la atención médica. La CCSS sabe que no aceptamos ese tipo de explicación, ellos deben simplemente encontrar el presupuesto para eso. La Sala Cuarta sostiene la misma posición que nosotros”.³⁸

10. ¿UN CONTRAATAQUE A LA SALA CUARTA?

En los últimos 20 años, las decisiones de la Sala Cuarta han restringido los poderes de las otras ramas del gobierno y de los organismos gubernamentales mientras que de forma simultánea han protegido los derechos constitucionales de los individuos incluyendo aquellos de muchos grupos impopulares. Pero, a pesar de que en repetidas ocasiones la Corte sometiera a rendición de cuentas a las otras ramas del gobierno, sorprendentemente no ha habido una reacción política violenta. Las enérgicas críticas dirigidas en contra de la Corte no fueron transformadas en acciones concretas para castigar o limitar sus poderes.

En una entrevista del 2006, el presidente saliente de la Sala Cuarta, Luis Fernando Solano, afirmó que las acusaciones de los políticos sobre la parcialidad de la Corte eran hipócritas y formaban parte de la manipulación del desempeño de la Corte pues ignoraban el contenido de los 15 000 casos resueltos y en su lugar elegían selectivamente las decisiones con las que discrepaban. Solano señala que la resolución sobre la reelección presidencial fue una decisión utilizada para demostrar la parcialidad y para reclamar

³⁷ Entrevista realizada por el autor a un Magistrado suplente de la Sala Cuarta. San José, Costa Rica, junio de 2008.

³⁸ Entrevista realizada por el autor. San José, Costa Rica, junio 2008.

que la Corte tiene una doctrina judicial. Concluyó que “la Corte demostró sus independencia en todos los temas” y que “no es posible conocer la ideología de los Magistrados a partir de la composición de la Corte” (Vizcaíno, 2006). Solano señala que los políticos en el gobierno cuyos proyectos de ley fueran retrasados, modificados o eliminados, acusaron a la Corte de abarcar demasiado y de convertirse en un “Senado anónimo”, y de haber “abandonado los criterios constitucionales al decidir muchos casos y convertirse en un cuerpo eminentemente político” (*El País*, 2009). Sin embargo, cuando esos mismos políticos están en la oposición, utilizan el poder de la Corte para revisar los proyectos de ley, de igual forma en la que ellos se quejaron antes.

Pero incluso algunas de las principales críticas hacia la Corte no la culpaban por su impresionante toma de poder, sino más bien por la naturaleza del cambiante sistema de partidos desde 1994. “Hemos cedido un espacio político a la Sala Cuarta por estar tan divididos. Este espacio está visiblemente abierto debido a la ausencia de un poder que tome decisiones en el Congreso. La Sala Cuarta es parte de esa moda general donde existen un número de instituciones encargadas de la rendición de cuentas que aumentan sus poderes a costa de los políticos”.³⁹ Esto fue repetido por el Magistrado Cruz Castro (2007, 565), que afirmó: “en resumen, la debilidad de los partidos políticos, las limitaciones de los mecanismos de participación, la naturaleza autoritaria del sistema presidencialista, y la debilidad del gobierno local han convertido a la jurisdicción constitucional en un árbitro que equilibra y defiende aquellos valores ignorados por la élite en el poder.” En efecto, el reporte del *Estado de la Nación* para el 2005 señaló que entre el 2002 y 2006 el Congreso fue hasta ese momento lo menos productivo en los últimos quince años, aunque en los años de intervalo el personal de apoyo parlamentario había aumentado de siete a diecisiete por diputado. De acuerdo con el reporte, se trataba de la fractura del sistema de partidos y de la inestabilidad de sus miembros dentro del Congreso, lo que reducía

³⁹ Entrevista realizada por el autor en junio del 2008, en la Asamblea Legislativa de San José, Costa Rica.

significativamente la productividad de éste, con menos reuniones de la comisión y con menos leyes (PEN, 2005).

Esto puede relacionarse con los cortos periodos del Congreso (cuatro años) y la prohibición de inmediata reelección, en comparación con aquellos de los Magistrados de la Sala Cuarta que tienen carreras judiciales completas antes de convertirse en Magistrados, y por tanto gozan de reelección automática después de sus periodos de 8 años, a menos de que dos tercios del Congreso voten en contra de su nuevo nombramiento. En palabras de un diputado del PLN: “la regla institucional que prohíbe [a un diputado] la inmediata reelección ¡es terrible! ¡El trabajo de un diputado es complicado y se necesitan al menos seis meses para saber lo qué estás haciendo y luego se tienen dos años para legislar, antes de que pases los últimos seis u ocho meses buscando un nuevo trabajo!”⁴⁰

Aunque no hay certeza, el contraataque puede presentarse de una forma poco ortodoxa. En 1994, los diputados presentaron dos casos ante la Sala Cuarta impugnando la constitucionalidad de la manera en que los Magistrados de la Sala Cuarta eran reelectos, alegando que el proceso no era democrático. Esta acción fue rechazada por la Corte (Resolución 13425-04 y 13419-04). Recientemente, parece que el proceso de reelección se convirtió en la arena donde el Congreso contraataca a los Magistrados de forma individual y a la Corte como institución. Los últimos votos para reconfirmar a dos Magistrados de la Sala Cuarta en sus puestos fueron polémicos, pero no lograron ganar los dos tercios necesarios para expulsarlos de la Corte.

Fue más efectivo el rechazo de convertir la sugerencia de la Sala Cuarta en una ley para crear tribunales inferiores que resolvieran los recursos de amparo, con el objetivo de permitir a la Sala Cuarta centrarse en temas constitucionales y consultas legislativas (Venegas 2001). Tal vez el Congreso ha adoptado la estrategia no anunciada de reducir el número efectivo

⁴⁰ Entrevista realizada por el autor. San José, Costa Rica, junio de 2008.

de Magistrados de la Corte. En febrero de 2008 el Magistrado de la Sala Cuarta, Luis Fernando Solano, anunció su retiro de la Corte y en los subsiguientes 20 meses, la Asamblea no logró elegir un reemplazo. En las tres primeras votaciones ningún candidato obtuvo la mayoría necesaria de dos tercios de los votos y el intento de una cuarta votación no se consiguió a principios de septiembre debido a la ausencia de quórum y de votos. En octubre de 2009, el Presidente de la Suprema Corte visitó al Congreso para tratar de persuadir a los diputados de llegar a un acuerdo sobre un candidato y que lo votaran en la Corte. Pero incluso después de ocho horas de debate, con cincuenta y cuatro diputados presentes, las decisiones de diecisiete diputados del PAC de negar su voto a cualquiera de los candidatos hizo que ninguno obtuviera los 38 votos necesarios (Villalobos). En poco tiempo, el hueco en la Corte fue resarcido con el grupo de los 14 Magistrados suplentes, pero entre noviembre y diciembre de 2009, diez suplentes también llegaron al final del periodo en sus cargos y no contaban con los requisitos para ser electos, lo que habría dejado a la Corte incapaz de tomar cualquier decisión (Mata, 2009b). Si bien esta situación habría sido el contraataque más efectivo desde la creación de la Corte, finalmente fue resuelta con la elección de un nuevo Magistrado en diciembre de 2009, casi dos años después de que el Magistrado titular hubiera dejado el cargo.

II. CONCLUSIONES

La evidencia presentada en este capítulo muestra claramente que la Suprema Corte de Costa Rica ha experimentado una metamorfosis, desde una irrelevancia política moribunda, situada en el cuadrante inferior derecho del cuadro 1, hasta convertirse en la institución central de la vida política y constitucional del país, localizada en el cuadrante superior izquierdo. A lo largo de los años, los Magistrados de la Sala Cuarta han ampliado la protección de los derechos individuales de manera sistemática y han aplicado simultáneamente la Constitución a las leyes y decretos de las ramas electas del gobierno. La pregunta sobre por qué los políticos crearon la Corte y por

qué se le otorgaron mayores poderes que a cualquier otra Corte en el mundo (Solano, 2006) es un enigma, y no parece encajar en la explicación de la “seguridad política” de Finkel (2008) utilizada para explicar la reforma judicial en otras Cortes de América Latina. Además, no fue el resultado de un momento crucial, o de una crisis política seria, como en el caso de Colombia con su convención constitucional o con el retorno del gobierno democrático en Argentina. Tal vez el constitucionalista Alex Solís Fallas tiene razón cuando afirma que los diputados no tenían idea de lo que estaban creando. Esta explicación tiene sentido en el contexto de la política de Costa Rica. La Corte fue creada a fines del periodo del Congreso comprendido entre 1986 y 1990, cuando los diputados estaban esperando a sus candidatos para la elección de 1990 y continuar sus carreras políticas (Taylor 1992). Los diputados no podían ser reelectos, por ello cualquier limitación al poder del Congreso no los afectaba de forma personal. Asimismo, el requerimiento de los dos tercios para elegir Magistrados de la Corte aseguraba que ningún partido pudiera controlar en número la nueva Corte y utilizarla como una herramienta política.

Una vez que la Corte entró en funciones, rápidamente se convirtió en un importante actor en la política de Costa Rica, tanto a través de la protección de derechos individuales como por medio de su activismo, limitando los poderes de otras instituciones y actores gubernamentales al ámbito delineado en la Constitución. La Corte no se volvió solamente hiperactiva, sino que a través de la naturaleza de sus decisiones también ha afectado profundamente la política del país y ha reorganizado el poder político en varios niveles. Esta tendencia general no ha cambiado de forma significativa a pesar de los vuelcos ocasionales en el tribunal, aunque es obvio que en algunas decisiones importantes (*e.g.* la reelección presidencial) los distintos Jueces empleen una lectura diferente de la Constitución y de la ley relacionada. Pero los vuelcos no han cambiado el carácter hiperactivo de la Corte, ni han cambiado su tendencia general de proteger los derechos individuales ni de someter los poderes del gobierno a control. Mientras la Corte

madura y nuevos Jueces son nombrados, el papel de los Jueces individuales puede ser estudiado de forma más exhaustiva.

Aunque tal vez no sea muy sorprendente, las acciones de la Corte no han sido universalmente aplaudidas. Mientras que los políticos de la oposición a menudo han recibido con gusto la oportunidad de limitar la actividad legislativa del gobierno, los partidos en el gobierno están frecuentemente frustrados por las acciones de la Sala Cuarta. Los ciudadanos continúan teniendo a la Corte en alta estima, como lo ilustran los sondeos de opinión que sitúan a la rama judicial por encima de todos los poderes como la institución más confiable. Los recientes nombramientos de la Corte sugieren que los legisladores comienzan a entender su papel y a explorar estrategias que puedan limitar su efectividad paralizando los nuevos nombramientos.

En resumen, el desplazamiento de la Corte Superior de Costa Rica, de una institución que no protegía los derechos individuales y no ejercía su poder sobre otras oficinas gubernamentales, a una que lleva a cabo ambas funciones, ha alterado de forma fundamental los procesos y resultados políticos en el país. Incluso si los poderes de la Corte enfrentan tal vez tentativas para socavar su posición, las decisiones que ha tomado hasta ahora serán duraderas y han reorientado las expectativas del electorado para poder participar en el sistema político.

REFERENCIAS

Ávalos R. Ángela. 2006. "Sala Cuarta obliga a CCSS a dar costosos tratamientos", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2006/noviembre/19/pais883648.html

_____. 1997. "CCSS no da fármacos: 300 enfermos de SIDA carecen de medicinas", *La Nación*, Disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/1997/abril/16/sida.html

Ávalos, Ángela y William Méndez. 1999. "Caja y Sala Cuarta chocan por medicinas", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/1999/noviembre/29/pais1.html

Bermúdez, Mario. 2003. "Sala Cuarta se constituye en superpoder", *La República*, San José, Costa Rica, 8 de abril.

Corte Suprema de Justicia-Sala Constitucional. 1999. *Reseña Histórica*, disponible en <http://www.poder-judicial.go.cr/sala4/aniversa/historia.html>

Corte Suprema de Justicia-Sala Constitucional. 2000. *Jurisprudencia constitucional: Recopilación de las sentencias de constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, San José, Costa Rica: Editorial UNED.

Corte Suprema de Justicia-Sala Constitucional. (2008). *Base de datos del Centro de Documentación de la Corte Suprema de Justicia*, San José, Costa Rica.

Constitución de la República de Costa Rica, 1949.

Cruz Castro, Fernando. 2007. "Costa Rica's Constitutional Jurisprudence, its Political Importance and International Human Rights

Law: Examination of Some Decisions”, *Duquesne Law Review*, vol. 45, No. 3.

Díaz, Dóriam. 6 de abril de 2003. “Lluvia de críticas a la Sala Cuarta”, *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2003/abril/06/pais2.html#1796953. Consultado el 6 de febrero de 2008.

Diario Extra. 1989. “Sala Cuarta con Marco Jurídico”, 5 de octubre de 1989.

Echeverría Martín, Gloriana. 2000. “La consulta facultativa de constitucionalidad como instrumento de control político”, *Revista Parlamentaria*, vol. 8, No. 3, diciembre de 2000.

El País. 2009. “PAC demanda renovación completa de Sala Constitucional.” *El País*, disponible en <http://www.elpais.cr/articulos.php?id=3450>

Epp, C. R. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*, Chicago: University of Chicago Press.

Epstein, Lee, y Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*, Washington, DC: CQ Press.

Finkel, Jodi. 2008. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Gloppen, Siri, Bruce M. Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar, y Morten Kinander. 2010, *Courts and Power in Latin America and Africa*, New York: Palgrave Macmillan.

Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José. 1999. “La Constitución 50 años después”, en *Temas claves de la Constitución política*, Carlos José

Gutiérrez Gutiérrez *et al.* (eds.), Investigaciones Jurídicas, S.A.: San José, Costa Rica.

Herrera, Mauricio. 2003. "Congreso no puede cercenar derechos", *La Nación*, 17 de julio, San José, Costa Rica, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2003/julio/17/pais10.html.

Hess Araya, Christian y Ana Lorena Brenes Esquivel. 1989, *Ley Jurisdicción Constitucional*, Investigaciones Jurídicas, S.A.: San José, Costa Rica.

Hönnige, Christoph. 2009. "The Electoral Connection: How the Pivotal Judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts", *West European Politics*, 32:5.

Informe No Dfoe-sm-127-2008. 2008. "Informe sobre la planificación de sectores costeros no turísticos de Punta Achiote y turístico parcial de Playa Hermosa y la concesión otorgada por la Municipalidad de Osa al margen de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico." División de fiscalización operativa y evaluativa. Área de servicios municipales.

Jiménez Zeledón, Mariano e Ingrid Rojas Saborío. 1995. "El Poder de la Sala Constitucional de Costa Rica", *Revista Parlamentaria*, vol. 3 No 3.

Jinesta, Ernesto. 2005. "Reforma impostergable: La Jurisdicción Constitucional ha sido presa de su propio éxito", *La Nación*, http://www.nacion.com/ln_ee/2005/noviembre/06/opinion8.html.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. 1989. Ley No. 7, 135 de 11 de octubre de 1989, *La Gaceta*, No. 198, San José, Costa Rica.

- Loaiza N., Vanessa. 2009. "Sala Cuarta ordena tren gratis para adultos mayores", *La Nación*, 8 de octubre, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/08/pais2116593.html.
- Mainwaring, Scott, and Shugart, Matthew. S. (Eds.). 1997. *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York: Cambridge University Press.
- Martínez Barahona, Elena. 2009. *Seeking the Political Role of the Third Government Branch: A Comparative Approach to High Courts in Central America*, VDM Verlag.
- Mata, Esteban A. 2009a. "Sólo Congreso puede sancionar a los diputados, señala Sala Cuarta", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/mayo/16/pais1966104.html
- _____. 2009b. "Sala Cuarta advierte riesgos por atraso en nombramientos", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/10/pais2118823.html
- John Merryman. 1985. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd Ed., Stanford University Press.
- MINSA. 2008. *Memoria anual, 2007*, disponible en <http://www.ministerio-desalud.go.cr/memorias/memoria2008/completo.pdf>
- Mora Mora, Luis Paulino, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, Ernesto Jinesta Lobo y Alexander Godínez Vargas. 2006. "Especulaciones infundadas: Sala Constitucional no anuló monopolio de la Fábrica Nacional de Licores", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2006/junio/28/opinion6.html

Murillo, Álvaro. 2008. "Gobierno no dará más concesiones mineras", *La Nación*, Disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2008/diciembre/05/pais1800874.html.

Murillo V., Jaime. 1994. *La sala constitucional: Una revolución político-Jurídica en Costa Rica*, San José, Costa Rica: Editorial Guayacán.

Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, vol. 38, No. 2.

PEN. 2005. Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. (2004). *IX Informe Estado de la Nación 2004*, San José, Costa Rica: Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible-Consejo Nacional de Rectores

_____. 2003. Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. (2003). *IX Informe Estado de la Nación 2002*, San José, Costa Rica: Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible-Consejo Nacional de Rectores.

_____. 2001. "Proyecto Estado de la Nación. Auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica", San José, Costa Rica: Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible-Consejo Nacional de Rectores (CONARE). Disponible en <http://www.estadonacion.or.cr/Calidad/calidad.htm>.

_____. 1999. Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. "La Sala Constitucional: Su primera década", Sexto informe Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible resumen del anexo al capítulo 5: Diez años de la sala constitucional (1989-1999).

Ramírez A., Marina. 2007. "La consulta facultativa de constitucionalidad y la protección de las minorías parlamentarias en Costa Rica", Ponencia presentada en el Seminario Reforma de la Ley de Jurisdicción Constitucional, celebrado en la Corte Suprema de Justicia en San José, Costa Rica, del 24 al 26 de octubre de 2007.

Revista Parlamentaria. 1995. Sala constitucional ¿Defensora de la Constitución u obstáculo para el desarrollo?, 3.

Rivera, Ernesto. 2009. "Calderón Fournier condenado por recibir comisiones ilegales", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/06/pais2108210.html

Rodríguez Cordero, Juan Carlos. 2003. "Sala Constitucional y equilibrio de poderes." *IX Informe Estado de la Nación 2002*, San José, Costa Rica: Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible-Consejo Nacional de Rectores.

_____. 2002. *Entre Curules & estrados: La consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago: University Of Chicago Press.

Sala Cuarta. 2010. "La Sala Constitucional en numerosos", disponible en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm>

Sieder, Rachel, Line Schjolden, y Alan Angell (eds). 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*, London:ISA/Palgrave Macmillan.

Solano Carrera, Luis Fernando. 2007. "Derecho fundamental a la salud", *Gaceta Médica de Costa Rica*, vol. 9 (2).

Terra.com. 2009. "Sentencias de Sala Constitucional de Costa Rica serán transcritas a Braille", Terra.com., disponible en http://noticias.terra.com/articulos/act1634911/Sentencias_de_Sala_Constitucional_de_Costa_Rica_seran_transcritas_a_braille/. Consultado el 20 de febrero de 2009.

TSE. 2010. "Voto 2010." Tribunal Supremo de Elecciones, disponible en <http://www.tse.go.cr/> Recuperado el 1 de marzo.

U.S. Department of State. 2001. *Country reports on human rights practices: Costa Rica. Released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor*, Recuperado el 6 de junio de 2001, de <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2000/what/746.htm>

Unimer. 1999. "Llegada del 2000", disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/encuestas/unimer/unimer5.html

Unión Inter-parlamentaria 2009. http://www.ipu.org/english/parline/reports/2073_E.htm

Urbina, Alejandro. 1999. "Reelección contra el impasse", *La Nación*, 6 de diciembre.

Urcuyo, C. 1995. "La Sala Cuarta: Necesarios límites al poder", *Revista Parlamentaria*, 3.

Vargas L., Karen. 2007. "El derecho a la protección de la salud en el sistema de salud público costarricense - el caso de los medicamentos", Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro, Costa Rica.

Venegas Campos, Ismael. 2000. "Reelección no calentó", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2000/junio/21/pais5.html

_____. 2001. "Fracasó reforma a Sala Constitucional", 21 de abril, *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2001/abril/21/pais1.html

Villalobos, Carlos A., y Esteban A. Mata. 2008. "Fiscalía investigará a Arias por avalar mina Las Crucitas", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2008/octubre/22/pais1746475.html

Villalobos, Carlos A. 2009. "Sala Cuarta urge a diputados nombrar Magistrado vacante", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/09/pais2118611.html

Villasana, Laureano. 2009. "No al Tribunal Constitucional", *Hoy Digital*, disponible en <http://www.hoy.com.do/el-pais/2009/9/22/294785/No-al-Tribunal-Constitucional>

Vizcaíno, Irene. 2006. "Luis Fernando Solano: Hay 'fariseísmo' contra Sala Cuarta", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2006/julio/02/pais4.html.

_____. 2004. "Confianza de los ticos sofoca a la Sala Constitucional", *La Nación*, disponible en http://www.nacion.com/ln_ee/2004/septiembre/19/pais14.html.

Wilson, Bruce M., Juan Carlos Rodríguez Cordero. 2006. "Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics", *Comparative Political Studies*, 39(3).

Wilson, Bruce M. 2009. "Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia", *Journal of Politics in Latin America*, vol. 1(2).

- _____. 2007. "Claiming Individual Rights Through a Constitutional Court: The Example of Gays in Costa Rica", *I•CON, International Journal of Constitutional Law* 5: 242-257.
- _____. 2005. "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court", *The Judicialization of Politics in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell, London: ISA/Palgrave Macmillan, 47-66.
- _____. 1998. *Costa Rica: Politics, economics, and democracy*, Boulder, CO: Lynne Rienner.
- Zamora Zamora, Carlos. 2007. "Los recursos de amparo y recursos de inconstitucionalidad contra la Caja Costarricense de Seguro Social de 1989 a 2005", *Gaceta Médica de Costa Rica*. Vol. 9 (2).

Capítulo 3

L a estrategia de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia, 1992-2006*

*Juan Carlos Rodríguez-Piaga***

* Quiero agradecer a los participantes de la conferencia sobre política judicial en Latinoamérica realizada en el CIDE (México, D.F., marzo del 2009), por los comentarios extremadamente útiles que hicieron a una versión anterior de este trabajo. En especial, quisiera agradecer a Jody Finkel, Gretchen Helmke, Julio Ríos Figueroa y Rachel Sieder. Agradezco también a los dictaminadores por sus comentarios a este capítulo.

** Profesor de ciencia política en la Universidad de Los Andes en Bogotá, Colombia. Es candidato a doctor en ciencia política por la Universidad de Pittsburgh y tiene una maestría en ciencia política por la misma universidad. Sus intereses generales incluyen la operación de instituciones políticas con énfasis en las Cortes Supremas, el Poder Legislativo, partidos políticos y sistema electoral, especialmente en América Latina. Ha escrito sobre cultura política y elecciones en Colombia. En el 2003 ganó el premio al mejor artículo sobre instituciones políticas en América Latina de la Latin American Studies Association (LASA) con su artículo *The Regional Diversity of Electoral Competition in Colombia*. Su tesis doctoral es una investigación sobre los determinantes de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana.



Qué determina el nivel de independencia de las Cortes superiores en las democracias presidenciales? ¿Bajo qué circunstancias los Jueces son capaces de tomar decisiones que vayan en contra de las preferencias del Poder Ejecutivo en los poderosos presidencialismos latinoamericanos?

Este capítulo discute la interacción estratégica de las Cortes superiores con las otras ramas del gobierno en los casos de control constitucional abstracto. A partir de las implicaciones empíricas derivadas de un modelo teórico formal que desarrollo en otro ensayo (Rodríguez-Raga, 2008), compruebo bajo qué condiciones la Corte Constitucional de Colombia se somete al Ejecutivo en los casos sobre la legislación ordinaria o con los decretos Ejecutivos. El análisis proporciona evidencia empírica que apoya el comportamiento estratégico de la Corte en la interacción de separación de poderes con el Ejecutivo. De forma más concreta, el capítulo muestra que la evaluación de la Corte del contexto político en el cual toma una decisión, su anticipación de la reacción del Ejecutivo respecto de esa decisión y los costos asociados a tal reacción, determinan la probabilidad de que la Corte decida en contra de las preferencias del gobierno.

Este capítulo está dividido en cinco secciones. En primer lugar, examino brevemente los tipos de protección constitucional en los que se localiza el

caso colombiano, que a su vez forma parte de la gran variedad de modelos que existen en América Latina, basándome en si el control constitucional es concreto o abstracto, si la protección judicial se realiza antes o después de que algún tipo de legislación sea implementada, y si se lleva a cabo en una Corte central o en toda la jerarquía judicial de una nación.

En segundo lugar, sintetizo las perspectivas teóricas expuestas en la literatura de ciencia política sobre el comportamiento judicial, enfatizando los modelos legal, actitudinal y estratégico que explican las decisiones de las Cortes superiores. También justifico el uso de teorías formales y estratégicas del comportamiento judicial para analizar a la Corte Constitucional de Colombia.

En la tercera sección utilizo las implicaciones empíricas de un modelo de teoría de juegos sobre la revisión constitucional que elaboré anteriormente (Rodríguez-Raga, 2008), para derivar hipótesis comprobables acerca de las razones que llevan a la Corte a declarar inconstitucional la legislación y la interacción estratégica entre la Corte Constitucional de Colombia y el Ejecutivo.

En la cuarta sección, operacionalizo las hipótesis para los casos en los que un ciudadano, a través de una Acción Pública de Inconstitucionalidad (API), cuestiona una ley ordinaria o un decreto Ejecutivo. Esta sección termina con una discusión de la evidencia, derivada del análisis estadístico, que sugiere que la Corte Constitucional de Colombia se somete estratégicamente al Ejecutivo cuando hay indicaciones de que este último pueda reaccionar negativamente frente a una decisión que cuestione el poder gubernamental. La última sección concluye el trabajo.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS EN COLOMBIA

Tres variables principales pueden describir el modelo de protección constitucional utilizado en un país en específico (Navia y Ríos-Figueroa, 2005):

el tipo de control (concreto o abstracto), el momento en el que se realiza (un control *a priori* o *a posteriori*) y si el control constitucional es centralizado o descentralizado. Colombia es un buen ejemplo del “mosaico” de controles constitucionales que caracterizan a Latinoamérica (Navia y Ríos-Figueroa, 2005).

Por un lado, el control *a posteriori*, concreto y descentralizado, tiene lugar cuando un individuo presenta una demanda (recurso de amparo o acción de tutela), en un nivel más bajo de la jerarquía judicial, si él o ella siente que una ley, reglamento, o incluso el comportamiento de una entidad privada han resultado en una violación de sus derechos constitucionales. La Corte de Colombia tiene la posibilidad de revisar cualquier decisión de una Corte inferior, teniendo así oportunidad de conceder discrecionalmente el *certiorari* a un caso y de establecer su propia agenda.

Por otro lado, dicha ejerce el control abstracto centralizado sobre la constitucionalidad de la legislación. Un control como este puede ser *a priori* y es automáticamente (*ex-officio*) realizado por ella respecto de los tratados internacionales, los decretos Ejecutivos de emergencia y las leyes aprobadas por el parlamento. También puede ser *a posteriori* cuando las demandas (las API)¹ son presentadas en contra de leyes ordinarias, decretos ordinarios Ejecutivos (delegados) y reformas constitucionales.

El control concreto de las tutelas se ha convertido en un gran instrumento para la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. De hecho, la Corte colombiana se ha ganado la reputación, entre académicos y profesionistas, de ser un tribunal activista, altamente independiente, precisamente por algunas decisiones muy sobresalientes de este tipo. En algunos

¹ API significa Acción Pública de Inconstitucionalidad. Con muy pocas formalidades cualquier ciudadano puede presentar una API. De hecho, se considera que Colombia posee “el sistema de control constitucional más abierto y accesible del mundo Occidental” (Cepeda, 2004, 170). Antes de la Constitución de 1991, esta gran iniciativa ciudadana ya estaba en funcionamiento. De hecho, los casos deben ser presentados por ciudadanos comunes y corrientes y no pueden ser presentados por alguien que represente los intereses de algún actor institucional o económico.

casos de tutela, muy divulgados, relacionados con la asistencia sanitaria, los fondos de pensiones y la vivienda, entre otras cosas, la Corte no solamente eligió proteger los derechos individuales sino que también creó políticas públicas a pesar de las duras críticas realizadas por actores políticos, funcionarios del gobierno y académicos (especialmente en economía). Las decisiones en esos casos se volvieron un paradigma del excepcionalmente elevado nivel de activismo e independencia de la Corte.

Sin embargo, como las repercusiones del control abstracto son más amplias en el proceso Legislativo, mi estudio se concentra en este tipo de protección constitucional, ya que es un mejor ejemplo del comportamiento de la Corte como un actor político y de su interacción estratégica con otras ramas del gobierno en un enfoque de separación de los poderes.

2. PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL

Dos perspectivas diferentes y opuestas han sido desarrolladas en la literatura sobre el comportamiento de las Cortes frente a otros actores políticos. Una primera visión concibe a las Cortes superiores como actores que no están restringidos en su ejercicio por factores políticos externos. De acuerdo con esta perspectiva, cuando los Jueces deciden un asunto legal o constitucional demuestran un comportamiento sincero.

Esta visión comprende dos modelos diferentes de Cortes. Por un lado, un modelo legal propone que los Jueces basan sus decisiones exclusivamente en criterios legales.² Este modelo considera a los Jueces como actores (legales) técnicos en lugar de actores políticos.³

² Se podría argumentar que en este modelo legal los Jueces están obligados por una interpretación (limitada) de las leyes. Aun así, dentro de esta visión su comportamiento es visto como honesto en lugar de estratégico.

³ De hecho, aunque los politólogos adoptan este modelo en raras ocasiones, los Jueces generalmente justifican sus decisiones en bases estrictamente legales.

Por otro lado, algunos autores aseguran que las decisiones judiciales, en lugar de ser el resultado de reglas legales en vigor, son en realidad un reflejo de las actitudes individuales de cada Juez y de sus preferencias políticas o legales. Este modelo actitudinal sostiene que, cuando el marco institucional es apropiado (por ejemplo cuando aísla a los Jueces de influencias externas), los Jueces actúan de forma sincera basándose en sus propias posturas ideológicas. Este es el modelo que se utiliza con mayor frecuencia para explicar las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto del control de legalidad (Rhode y Spaeth, 2002).

A diferencia de este acercamiento que establece a las Cortes como actores libres, una segunda perspectiva las considera restringidas por factores políticos. De acuerdo con esta visión, dos tipos de influencias pueden causar impacto en las decisiones de los Jueces. Por un lado, puesto que los Jueces no fueron electos, deben preocuparse por la legitimidad de la Corte frente a los representantes electos por la opinión pública, es decir, los miembros del Poder Ejecutivo y Legislativo. Por otro lado, los Jueces enfrentan restricciones más directas de otros actores políticos con poder para implementar prácticas que frenen a la Corte. Estas prácticas incluyen restringir la competencia de la Corte, alterar su composición (ya sea reduciendo el número de sus miembros, acusando a un alto cargo de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones y/o llenando la Corte con Jueces más amigables), aprobar leyes o reformas que puedan revertir sus decisiones, o simplemente fallar al implementar las decisiones de la Corte. En conjunto, esta visión de las Cortes como actores obligados sugiere que los Jueces no votan necesariamente de forma sincera cuando tratan un problema sino que más bien actúan de forma estratégica, basándose no sólo en sus valores legales o ideológicos sino también tomando en cuenta los factores institucionales y políticos que los llevan a considerar de qué forma sus decisiones podrían desencadenar una represalia de los otros actores institucionales, la cual podría socavar la legitimidad de la Corte.⁴

⁴ En conjunto, la visión de las Cortes como actores libres puede describirse como un juego donde la Corte mueve al último, mientras que la hipótesis estratégica puede considerarse como un juego donde

La última perspectiva, basada en un enfoque de separación de los poderes, considera al control constitucional como el resultado de la interacción de las tres ramas gubernamentales. De forma más específica, los modelos de separación de los poderes plantean que los Jueces toman en cuenta las reacciones de la coalición que gobierna respecto de sus resoluciones, cuando toman decisiones sobre la constitucionalidad de la legislación. La independencia judicial, en este caso ejercida como la decisión de los Jueces de revocar la legislación aprobada por el Congreso y firmada por el Presidente, depende de la anticipación de los Jueces a las respuestas de los órganos Ejecutivo y Legislativo. Esta anticipación depende a su vez de factores tanto institucionales como políticos.

Hasta hace poco, los estudios acerca del rol político de las Cortes en Latinoamérica han sido poco frecuentes. Si las instituciones legislativas ganaron hace poco tiempo su lugar en el trabajo académico de la región, no se podía decir lo mismo sobre las instituciones judiciales. Entre los estudiantes de política latinoamericana las Cortes fueron percibidas en gran medida como actores irrelevantes. En la última década, numerosos académicos desarrollaron una prometedora agenda de investigación sobre la política judicial en Latinoamérica. Algunos de estos trabajos han adoptado una visión donde las Cortes latinoamericanas, restringidas por factores institucionales y políticos, actúan estratégicamente para lograr sus objetivos políticos. Este es el enfoque que ha caracterizado el estudio de las Cortes en Argentina (Helmke, 2002, 2005; Iaryczower, Spiller, y Tomáis, 2002; Chávez 2004; Chávez, Ferejohn, y Weingast, 2003), Chile (Scribner, 2003), y México (Ríos-Figueroa, 2007). Muchos de estos estudios enfatizan la debilidad institucional de las Cortes superiores latinoamericanas, especialmente en comparación con los poderosos órganos Ejecutivos que caracterizan a las democracias de la región.

Los trabajos acerca de las Cortes colombianas han sido mucho menos frecuentes. Una reseña reciente de los trabajos escritos sobre la política

hay un último movimiento del gobierno después de la decisión de la Corte (Ferejohn y Weingast, 1992).

judicial en Latinoamérica (Kapiszewski y Taylor, 2008) muestra que los estudios en Colombia han sido desarrollados por abogados desde una perspectiva legal y sociológica (Uprimny, 2004; Rodríguez, Uprimny, y García-Villegas, 2003). No se conoce ningún trabajo realizado por politólogos acerca del comportamiento judicial en Colombia.

3. A FAVOR DE UN ANÁLISIS TEÓRICO FORMAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

El estudio del comportamiento judicial desde una perspectiva estratégica conlleva varios problemas. Uno de los principales desafíos de este acercamiento yace en la dificultad de observar empíricamente evidencia concreta que lo apoye. Teóricamente, este tipo de análisis sostiene que el comportamiento judicial es el resultado de los cálculos estratégicos de los Jueces y de las Cortes, basadas en la anticipación a la reacción que tendrán los otros actores políticos ante sus decisiones. Dependiendo de la estabilidad institucional de la Corte, los Jueces pueden esperar represalias en su contra provenientes de los poderosos órganos Ejecutivos característicos de Latinoamérica, si ésta toma una decisión destinada a restringir el poder de la administración en funciones. En consecuencia, bajo ciertas condiciones, las Cortes actúan estratégicamente al replegarse ante un Presidente fuerte con el poder de emprender acciones que podrían poner en peligro el status institucional de la Corte y/o las carreras profesionales de algunos Jueces.

Este recuento teórico del comportamiento judicial enfrenta dos dificultades empíricas. Por un lado, si no es posible observar incidentes concretos del conflicto entre ramas o verdaderos ataques en contra de la Corte, entonces una teoría que explique el comportamiento judicial como una función de la anticipación de tales conflictos o represalias podría parecer inverosímil. Incluso si dicha situación “pacífica” pudiera ser pronosticada por el equilibrio derivado de un modelo de la teoría de juegos, los investigadores tendrían

que proporcionar evidencia que respalde las suposiciones del juego y en este caso el riesgo de un conflicto estaría en realidad ahí (Vanberg, 2001).

Por otro lado, es difícil concluir que los Jueces actúan estratégicamente cuando se puede constatar que han sido víctimas de ataques frecuentes. Si su comportamiento fuera realmente el resultado de la anticipación de las represalias, entonces ellos evitarían los enfrentamientos y ningún conflicto podría observarse (Helmke y Staton, 2009). Los modelos formales se ocupan de este problema al introducir grados fluctuantes de incertidumbre en las intenciones de los jugadores. Sin embargo, una vez más, establecer una conexión entre estos recursos teóricos y el mundo empírico es una tarea muy complicada para el investigador.

A pesar de estas dificultades, el estudio de la interacción estratégica entre las Cortes y otros actores políticos, concretamente el Ejecutivo, parece especialmente prometedor en Colombia. La Corte Constitucional ha gozado de notables niveles de autonomía y ha sido capaz de tomar decisiones extremadamente polémicas que frenan al Poder Ejecutivo y van en contra de sus preferencias. Algunas de los ejemplos que han dado a la Corte el prestigio de ser independiente y que fueron combatidos por el gobierno en funciones, consistieron en limitar las condiciones bajo las cuales los Presidentes podían declarar el Estado de emergencia, reformar el sistema de crédito hipotecario por completo y destruir normas que hacían ilegal el aborto en cualquier circunstancia y las normas que penalizaban la posesión de drogas en dosis personales. No obstante, ha habido varias amenazas públicas de represalia lanzadas por funcionarios públicos y por el propio Presidente desde 1992 cuando la Corte entró en funcionamiento.

Cepeda (2007) reporta que desde 1991, cada gobierno ha anunciado una reforma constitucional como respuesta a alguna resolución de la Corte. Esto incluye reformas específicas a cuestiones ya resueltas por ella (por ejemplo el presupuesto, los tribunales militares) que fueron aprobadas finalmente por el Congreso. Además, durante los últimos quince años, los diferentes

gobiernos emprendieron, o al menos anunciaron, varias tentativas de reforma a la jurisdicción de la Corte y a sus funciones específicas (Cepeda 2007, 220-223).

Por ejemplo, en 1995 algunos miembros del Congreso declararon que apoyaban la supresión de la Corte, como respuesta a una decisión que establecía condiciones más estrictas, bajo las cuales los miembros de las fuerzas armadas, involucrados en crímenes o en actos ilegales, podían disfrutar del privilegio de ser juzgados en Cortes militares (archivo en línea de *El Tiempo*, 04/16/95). En 1997, el gobierno de Samper anunció una reforma para eliminar el control constitucional de los decretos de emergencia en materia económica o en seguridad nacional (archivo en línea de *El Tiempo*, 03/16/97). En febrero de 1999, el Presidente, Vladimiro Naranjo, declaró que la Corte no permitiría ser intimidada por presiones ejercidas desde el gobierno de Pastrana, respecto del control de los decretos Ejecutivos de emergencia (archivo en línea de *El Tiempo*, 02/26/99).

En julio del 2002, justo después de tomar posesión, el gobierno de Uribe, a través del recientemente nombrado Ministro del Interior Fernando Londoño, hizo fuertes declaraciones en contra de la Constitución y especialmente contra la Corte (archivo en línea de *El Tiempo*, 07/09/02). De hecho, unos meses después, el Sr. Londoño anunció una reforma destinada a restringir algunas de las funciones de la Corte, incluyendo la supresión de las decisiones condicionales⁵ y el requerimiento de supermayorías para anular la legislación (archivo en línea de *El Tiempo*, 07/30/03). Recientemente, Fabio Valencia, Ministro del Interior y de Justicia del segundo gobierno de Uribe, anunció otra reforma al sistema judicial y al funcionamiento de las Cortes superiores.

Toda esta evidencia, más bien anecdótica, muestra cómo pueden reaccionar los funcionarios ante las decisiones de la Corte que frenan su poder.

⁵ Las decisiones condicionales son aquellas donde la Corte incluye en su opinión, formas específicas de entender y aplicar las normas legales.

El hecho de que ninguna de las propuestas más importantes de reforma fueran realmente aprobadas en el Congreso (la mayoría no fueron ni siquiera presentadas o fueron retiradas por el gobierno), o por referéndum, demuestra que, hasta la fecha, el nivel de legitimidad de la Corte ha sido suficientemente alto como para prevenir ataques mayores en contra de su jurisdicción. Sin embargo, esto también demuestra que las amenazas han sido reales, lo que sugiere a su vez que la Corte está consciente de las consecuencias de sus decisiones y cuando resuelve un caso puede anticipar el potencial de las acciones de represalia de los otros actores, particularmente del gobierno. Este comportamiento estratégico podría explicar porqué la Corte ha sido capaz de evitar la mayoría de las amenazas a su estatus institucional.

4. LA TEORÍA Y LAS HIPÓTESIS

Basándome en el análisis anterior, desarrollé en otro ensayo (Rodríguez-Raga, 2008) un modelo teórico formal de la interacción de la Corte con el Ejecutivo. El juego general especifica las funciones de costo y beneficio para los dos jugadores basándose en el marco institucional de la Corte, las preferencias de los actores respecto del caso en revisión, el grado en que ambos jugadores están dispuestos a evitar el conflicto y la fuerza política del Ejecutivo.

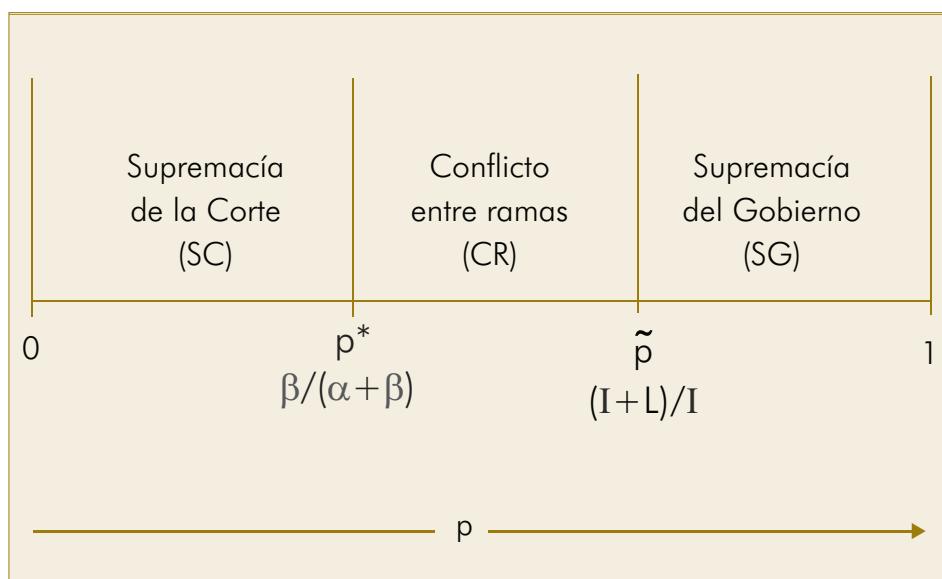
El equilibrio del juego está sintetizado en la gráfica 1, que describe las condiciones en las cuales la Corte tomaría una decisión para anular la legislación dependiendo de la fuerza del Ejecutivo para emprender represalias en contra suya, y de la anticipación que realice esta última sobre estas represalias. El parámetro clave del juego (p) representa el nivel de la fuerza política del Ejecutivo, es decir, el grado en el que es posible para el gobierno construir una coalición que emprenda una acción que frene a la Corte. En este *continuum*, el juego identifica dos umbrales. En primer lugar, un umbral de la Corte, dado por $\tilde{p} = (I-L)/I$, donde I es el costo que la Corte paga cuando ratifica una norma que no le agrada, y L es el costo que la

Corte paga cuando el gobierno intenta una represalia. Por debajo de este umbral (es decir cuando la fuerza política del gobierno es lo suficientemente baja), la Corte tomará una decisión sobre la inconstitucionalidad; de lo contrario, se replegará ante el Ejecutivo. En segundo lugar, un umbral del gobierno, dado por $p^* = \beta/(\alpha + \beta)$, donde α es el costo que el gobierno paga cuando la Corte anula la legislación que él apoya, y β es el costo que éste paga cuando un intento de represalia falla. Por encima de este umbral (es decir, cuando su fuerza es suficientemente elevada) el Ejecutivo tomará represalias en contra de la decisión adversa de la Corte.

Estos umbrales determinan los tres regímenes que se muestran en la gráfica 1. El primero, un régimen de Supremacía de la Corte (SC) en el cual ésta anula la norma y el gobierno no tiene reacción alguna. En el extremo opuesto, el segundo, un régimen de Supremacía Gubernamental (SG) en el cual la Corte ratifica la norma. En medio de estos dos, el régimen del Conflicto entre Ramas (CR) representa un equilibrio, en el cual la Corte decide en contra de la norma y el gobierno emprende represalias.

Gráfica 1

Equilibrio: tres regímenes



En cambio, el cuadro número 1 describe la estática comparativa del juego, es decir, cómo este equilibrio podría cambiar como resultado de un incremento en los parámetros del juego. Este análisis nos lleva a las siguientes hipótesis empíricas comprobables.

Cuadro 1
Estadísticas comparadas del juego

Equilibrio	Aumento en I	Aumento en L	Aumento en α	Aumento en β
SC	Sin cambio	SG	CR,SG	Sin cambio
CR	Sin cambio	SG	Sin cambio	SC
SG	CR,SC	Sin cambio	Sin cambio	SC

H1: mientras mayor sea el rechazo de la Corte por una norma (I), es *más* probable que la anule.

H2: mientras más grande sea el costo pagado por la Corte si el gobierno emprende acciones en represalia (L), es *menos* probable que la Corte anule la norma.

H3: mientras más grande sea el costo pagado por el gobierno si la Corte anula la legislación de su preferencia (α), es *menos* probable que la Corte anule la norma.

H4: mientras más grande sea el costo pagado por el gobierno, por una represalia fallida en contra de la Corte (β), es *más* probable que esta última anule la norma bajo control.

H5: mientras más poderoso sea el gobierno (p) es *menos* probable que la Corte anule la norma.

5. LOS DATOS Y EL MODELO EMPÍRICO

Para comprobar las implicaciones empíricas del modelo teórico, utilizo una base de datos de todas las decisiones de control constitucional abstracto tomadas por la Corte Constitucional de Colombia, entre 1992 y el 2006.

He cifrado un conjunto exhaustivo de variables para cada caso, basándome en el texto de la opinión mayoritaria de la Corte así como en otras fuentes necesarias respecto del contexto político y las características de la Corte.⁶

De los 4 157 casos incluidos en la base de datos utilizo aquellos casos donde las leyes ordinarias aprobadas por el Congreso y los decretos Ejecutivos fueron estudiados por la Corte entre 1992, cuando entró en funcionamiento, y agosto del 2006, cuando el primer gobierno de Uribe llegó a su fin.⁷ Durante este periodo, estos dos tipos de casos ascendieron a 3 421, es decir, al 82% de los casos de la Corte. Todos estos casos llegaron a la Corte como el resultado de las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad (API) presentadas por los ciudadanos y representan aquellos casos en donde las preferencias del Ejecutivo, y/o de su coalición legislativa, están claramente a favor de aprobar la norma cuestionada. Esta muestra contiene 1 116 (33%) casos de decretos Ejecutivos y 2,301 (67%) casos relacionados con la legislación ordinaria.⁸

La variable de dependencia en este análisis es una variable dicotómica codificada 1, si la Corte no ratifica en su totalidad una ley, es decir, si toma una decisión considerando a la norma total o parcialmente inconstitucional, o si la decisión condiciona su implementación y obligatoriedad. La variable está codificada 0 solamente si la Corte considera a la norma constitucional en su totalidad y sin condiciones. En otras palabras, aquí modelo la probabilidad de que la Corte resuelva en contra de la norma legal, y en consecuencia, en contra del Ejecutivo, incluso considerando simplemente inconstitucionales o condicionalmente constitucionales a pequeñas porciones de la norma.

⁶ Tuve discusiones muy fructíferas con Sebastián Ocampo, Mireya Camacho y Santiago Arteaga acerca de las formas de cifrar ciertas partes de las decisiones de la Corte. A su vez, María José Alzate, María Alejandra Baquero, Paula Betancourt, Nicolás Castillo, Marta Castro, Natalia Cortina, Pablo Devis, Alejandra Fernández, Natalia García, Natalia Guerrero y Emmanuel Vargas, me brindaron una valiosa ayuda en la investigación para la construcción de la base de datos.

⁷ En su totalidad, este periodo comprende la parte del gobierno de Gaviria después de la promulgación de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional, así como el gobierno de Samper (1994-98), el de Pastrana (1998-2002) y el primer gobierno de Uribe (2002-06).

⁸ La Corte no puede organizar su agenda, es decir, que no tiene un poder discrecional para seleccionar los casos que va a revisar. Si se presenta correctamente una demanda en contra de una legislación por medio de una API, la Corte debe ocuparse de ella y escribir una opinión acerca de los méritos del caso.

Esto significa que, bajo este sistema de codificación, la Corte sólo se repliega cuando deja la norma intacta,⁹ lo que sucede en el 62% de los casos analizados.

Mido I, que representa el costo para la Corte si aprueba la legislación (H1) por medio de una variable (CONVERGENCIA) que mide el porcentaje de Jueces que deciden en el caso y que fueron nombrados durante el gobierno en funciones. El Presidente, la Suprema Corte y el Consejo de Estado, nominan cada uno tres ternas de candidatos para el cargo de Juez. De cada terna, el Senado selecciona a un Juez. Cada uno de los nueve Jueces tiene un mandato de ocho años en la Corte. Sin embargo, estos términos no siempre coinciden ya que algunos Jueces han renunciado antes de que terminara su mandato. Además, ya que el mandato presidencial dura cuatro años, el número de Jueces en el tribunal durante un determinado gobierno varía considerablemente. CONVERGENCIA, que oscila entre 0 y 1, con un promedio de .24, mide el nivel de alineamiento entre la Corte y la coalición en el poder, incluyendo al Presidente. Mientras más alto sea este parámetro, menos costoso será para la Corte ratificar la legislación favorecida por el gobierno (*i.e.* menor I).

Para comprobar H2, operacionalizo a L por medio de dos variables. En primer lugar, incluyo la variable CICLO JUDICIAL, medida como el tiempo promedio (en meses) que tienen los Jueces antes de finalizar sus mandatos. Este indicador oscila entre 0 y 95, con un promedio de 51. En segundo lugar, incluyo una variable CICLO ELECTORAL medida como el número de meses que faltan para que finalice el mandato presidencial. En general, esta variable oscila entre 0 y 47. Sin embargo, en octubre del 2005, la Corte ratificó una reforma constitucional, promovida por el gobierno de Uribe, que permitía al mandatario postularse para la reelección.¹⁰ Por tanto, sumé 48 meses más a este indicador por las decisiones tomadas después de

⁹ El utilizar alternativamente un código 1 cuando la Corte anula la norma en su totalidad, y cero cuando sucede lo contrario, no da resultados sustancialmente diferentes, aunque mostraría si la Corte se repliega más a menudo.

¹⁰ La Constitución de 1991 había prohibido explícitamente la reelección.

ese momento, para reflejar el horizonte temporal actualizado enfrentado por los Jueces. En otras palabras, una vez que la reforma sobre la reelección fue aprobada y considerada constitucional por la Corte, los Jueces sabían que tendrían que coexistir con el presidente Uribe cuatro años más y, por tanto, tenían que actualizar sus expectativas.¹¹ Cuando estas dos variables (CICLO JUDICIAL y CICLO ELECTORAL) disminuyen (*i.e.*, cuando el tiempo que existe antes del final del término en el cargo del Juez principal y/o el final del término en el cargo del Presidente son más cortos), también lo hace el costo pagado por la Corte cuando el Presidente intenta llevar a cabo una represalia (L).

Para comprobar H3, operacionalizo a α con una variable que indica la RELEVANCIA del caso para el gobierno. Está codificada con 1 cuando al menos un Ministro o alguien interviene en su defensa en el caso, ya sea durante una audiencia de la Corte o enviando un *memo* con la posición del gobierno.¹² La RELEVANCIA está codificada 0 si no hay intervención gubernamental en el caso.

Para comprobar H4, operacionalizo a β a través de la opinión escrita del Inspector General (IG) con respecto al caso bajo control. De acuerdo con la Constitución colombiana, cada caso bajo control (abstracto) de la Corte debe ser estudiado por el IG, un funcionario encargado de proteger los derechos de los ciudadanos y de supervisar el comportamiento de los funcionarios públicos.¹³ El IG debe escribir una opinión acerca de los méritos del caso declarando si él o ella consideran que la ley debería ser aprobada o anulada. Aunque esta opinión no es una obligación para la Corte, actúa tanto como una guía legal sobre los méritos del caso y también como una señal del nivel de apoyo que la Corte podría tener si decide oponerse al Ejecutivo.

¹¹ La tasa de aprobación del Presidente en ese momento dejó claro para todos que, una vez aprobada y confirmada por la Corte, la reforma significaría una victoria electoral y un segundo periodo para Uribe.

¹² Cuando el gobierno interviene en los casos de control abstracto, lo hace a favor de la ley que está siendo revisada (Cepeda, 2007, 225).

¹³ El IG es elegido de la misma forma que los Jueces de la Corte (*i.e.* confirmado por el Senado, proveniente de una terna designada por el Presidente, el Consejo de Estado y la Corte Suprema).

La IG está codificada 1 si esta opinión sugiere que la Corte debería anular (total o parcialmente) la legislación, y 0 si debiera hacer lo contrario.

Finalmente, para comprobar H5, necesito un indicador del poder político del Ejecutivo (p), es decir, la habilidad del gobierno para formar una coalición que adopte medidas que frenen a la Corte. Naturalmente, para construir una coalición como ésta, el Presidente necesita suficiente apoyo del Congreso. Sin embargo, poner en funcionamiento el apoyo Legislativo en Colombia es bastante problemático. En vista de que las votaciones nominales son extremadamente raras en la Legislatura colombiana, no es posible determinar cuántos miembros del Congreso apoyan realmente las leyes patrocinadas por el Ejecutivo. El uso de la tasa de éxito del Ejecutivo en el Congreso (*i.e.* el índice de leyes promovidas por el gobierno que son realmente aprobadas) también es problemático, ya que esta medida puede estar predispuesta por el comportamiento estratégico de un Ejecutivo débil, que puede patrocinar solamente aquellas leyes cuyo éxito Legislativo es bastante seguro, evitando los costos políticos del rechazo en el Congreso (Pachón 2006; Cárdenas, Junguito, y Pachón, 2004).

Utilizar simplemente el tamaño real de la coalición gubernamental, medido por la proporción de curules en el Congreso ocupadas por miembros de los partidos políticos que apoyaron la campaña electoral del entonces candidato, nos da un indicador que varía muy poco en el tiempo (de hecho, permanecerá constante durante todo el mandato presidencial) y que por tanto no es muy útil empíricamente para comprobar mis hipótesis.

Una medida alternativa del nivel de apoyo Legislativo que tiene el Presidente puede ser calculada al observar el comportamiento de los miembros del Congreso en la sesión inicial de cada año Legislativo. Durante esta sesión, celebrada el 20 de julio de cada año, se vota para seleccionar a los presidentes de cada comité y al Presidente de la Cámara Alta y de la Baja. Un indicador del apoyo Legislativo al Ejecutivo podría ser el porcentaje de legisladores que apoyan a los candidatos para estas posiciones que a su vez están

apoyados por el gobierno. Sin embargo, esta medida presenta al menos dos problemas. Por un lado, aunque varía más que aquellas basadas en datos electorales, cada año se mantiene constante; para el periodo de tiempo analizado en este trabajo, esta variable sería medida solamente quince veces. Por otro lado, estas figuras podrían representar acuerdos específicos entre partidos para seleccionar estos cargos presidenciales en el Congreso, donde el intercambio de favores es una práctica común y podría no ser una medida confiable del verdadero nivel de apoyo Legislativo que el Ejecutivo tendrá durante un año Legislativo en particular.¹⁴

En consecuencia, utilizo la aprobación de la opinión pública hacia el Presidente como un indicador del poder político del gobierno. Los presidentes que son populares entre el electorado también tienden a tener un fuerte apoyo Legislativo, dada la posición típicamente dominante de los poderes Ejecutivos en Latinoamérica. En otras palabras, los legisladores saben que oponerse a un gobierno con apoyo popular es costoso electoralmente.¹⁵ Para medir la aprobación presidencial utilizo las encuestas de Gallup realizadas periódicamente de 1992 al 2006 (Gallup, 2006). Para cada caso en estudio registro el nivel de APOYO PRESIDENCIAL en el momento en el que la Corte tomó una decisión. Debido a la operacionalización de los parámetros, las hipótesis anteriores pueden ser reformuladas de la siguiente manera:

H₁: mientras mayor sea el alineamiento de la Corte con el Ejecutivo (*mayor* CONVERGENCIA), es *menos* probable una decisión que anule la norma.

H_{2A}: mientras mayor sea el tiempo (promedio) antes de que termine el cargo de los Jueces (*mayor* CICLO JUDICIAL), es *menos* probable que la Corte anule la norma.

¹⁴ En cualquier caso, el uso de este indicador da resultados sustancialmente similares a los que se presentan más abajo.

¹⁵ Los altos niveles de aprobación que tenía el Presidente Uribe explican al menos en parte el colapso del partido liberal, que antes era el más poderoso en Colombia. De hecho, cuando los líderes liberales anunciaron la oposición oficial del partido al gobierno, muchos de sus legisladores renunciaron y crearon o se unieron a nuevos movimientos políticos que apoyaban a Uribe en el Congreso.

H_{2B}: mientras mayor sea el tiempo antes de que termine el cargo del Presidente (*mayor* CICLO ELECTORAL), es *menos* probable que la Corte anule la norma.

H₃: es *menos* probable que la Corte anule la norma cuando el caso es importante para el gobierno (RELEVANCIA=1) que cuando el gobierno no muestra interés en el caso (RELEVANCIA=0).

H₄: es *más* probable que esta última anule la norma CUANDO El Inspector General lo recomienda (IG=1) que cuando no lo hace (IG=0).

H₅: mientras mayor sea la APROBACIÓN PRESIDENCIAL, es *menos* probable que la Corte anule la norma.

Además de modelar las implicaciones empíricas del juego, también incluyo una variable de control, destinada a captar si la Corte actúa o no de forma diferente cuando enfrenta casos en donde los derechos individuales están en juego. De acuerdo con la tipología desarrollada por Helmke y Ríos-Figueroa (*cf.* la introducción de este volumen), las Cortes se caracterizan por su desempeño en dos dimensiones: la separación de poderes (*i.e.* los conflictos entre las diferentes ramas o los diferentes niveles de los gobiernos) y la defensa de los derechos. Para poder captar este último “modo” de operar de la Corte y sus consecuencias en el comportamiento propio, incluyo una variable dicotómica: DEFENSA de los DERECHOS codificados con 1 cuando el caso se refiere a las libertades civiles y a los derechos políticos, a los derechos sociales y económicos o a los derechos colectivos y del medio ambiente. Cuando no es así, está codificado con 0.

También incluyo la posición del Juez mediano,* que oscila en una escala del 1 al 10, de izquierda a derecha. He codificado la posición ideológica de cada Juez por medio de una encuesta en línea realizada a alrededor de 50 expertos en la Corte y académicos legales en Colombia. Espero que esta variable impacte negativamente las probabilidades de una decisión que anule la legislación. Supongo que los presidentes se alinean generalmente a la de-

* N. del T. “Juez mediano” se refiere se refiere cuyo voto es crucial para formar una mayoría.

recha de la Corte (García Villegas, 2009). Además, una Corte más derechista (medida por la variable LA MEDIA IDEOLÓGICA) debería replegarse más ante el gobierno.

Finalmente, incluyo en el modelo una variable dicotómica codificada 1 si la norma revisada por la Corte es un DECRETO EJECUTIVO y 0 si es una legislación ordinaria. Ya que esos decretos son directamente introducidos por el Ejecutivo (sin la discusión o la aprobación del Congreso), espero que en estos casos la Corte se repliegue aún más.

Cuadro 2

Determinantes de la probabilidad de que una decisión de la Corte anule la legislación

Variable de dependencia: anulación (0/1)	Coefficiente (std. Error)	P≥\Z\	
Convergencia	-.325 (.215)	.131	
Ciclo judicial	.003 (.003)	.339	*
Ciclo electoral	-.008 (.004)	.032*	
Relevancia	-.381 (.086)	.000	***
IG	1.584 (.088)	.000	***
Aprobación presidencial	-.002 (.002)	.379	
Defensa de los derechos	-.196 (.080)	.014	*
Media de la ideología	-.392 (.235)	.096	
Decreto ejecutivo	-.355 (.087)	.000	***
Constante	2.000 (1.380)		
N	3,103		
Pseudo R ²	.097		

Los resultados del modelo logístico están presentados en el cuadro 2. Con respecto a las hipótesis centrales de este capítulo, la primera observación es que el análisis presentado aquí no aporta apoyo empírico para H₁.

Aunque el signo negativo de CONVERGENCIA es correcto, el coeficiente no alcanza trascendencia estadística. El número de Jueces designados durante la administración, un ejemplo del nivel de alineamiento entre el Ejecutivo y la Corte, no parece tener un impacto en la decisión de la Corte.

Respecto del efecto del costo institucional pagado por la Corte por las represalias del gobierno, una de las dos hipótesis relacionadas está empíricamente confirmada por el análisis de sus decisiones. Aunque el tiempo promedio de la duración en el cargo de los Jueces (H_{2A}), el ciclo electoral, es decir el número de meses para la siguiente elección presidencial muestra un efecto significativamente negativo sobre esta probabilidad (H_{2B}). En igualdad de condiciones, es menos probable que un caso decidido al inicio del periodo presidencial sea anulado que un caso decidido al final del término. Como lo muestro en el cuadro 3, la diferencia en la probabilidad de estos dos casos es .09.¹⁶

Cuadro 3

Probabilidades pronosticadas y cambios por predicciones significativas

Factor	Probabilidad pronosticada (para valor mínimo)	Probabilidad pronosticada (para valor máximo)	Cambios en las probabilidades	95% de intervalo de confianza para el cambio
Ciclo electoral	0.2982	0.2131	-0.0851	[-0.1615, -0.0087]
Relevancia	0.3378	0.2584	-0.0794	[-0.1156, -0.0432]
IG	0.2584	0.6294	0.3710	[0.3321, 0.4099]
Defensa de los derechos	0.2977	0.2584	-0.0393	[-0.0710, -0.0077]
Decreto ejecutivo	0.2584	0.1963	-0.0621	[-0.0912, -0.0330]

¹⁶ Todas la información sobre las estimaciones posteriores discutidas en esta sección y mostrada en el cuadro 3 fueron calculadas utilizando el paquete *Spost* desarrollado para *Stata* por J. Scott Long y Jeremy Freese (*cf.* Long y Freese, 2006). Las probabilidades pronosticadas son calculadas para valores mínimos y máximos de la variable relevante, dejando el resto de factores en sus valores centrales.

El análisis también muestra que la Corte recibe las señales enviadas por el gobierno sobre el valor de un caso particular y actúa en consecuencia (H_3). El cuadro 3 muestra que, mientras la probabilidad de que la Corte se repliegue en un caso que no es relevante para la administración es de .66; esta probabilidad aumenta a .74 en los casos donde el Ejecutivo ha mostrado un visible interés ordenando que sus Ministros interpongan escritos ante la Corte.¹⁷

Por su parte, la hipótesis H_4 tiene un fuerte apoyo empírico del modelo. Cuando las otras variables permanecen controladas, la probabilidad de que una decisión anule la norma aumenta de .26 cuando la sugerencia del IG es confirmada a .63, cuando decide que la norma es inconstitucional (*cfr.* cuadro 3).

Finalmente, no hay evidencia en el modelo respecto del efecto del poder político del Presidente en las decisiones de la Corte (H_5). A pesar del signo negativo de la APROBACIÓN PRESIDENCIAL, el coeficiente no tiene importancia estadística. Por lo tanto, el análisis parece sugerir que, aunque la Corte y el gobierno están conscientes de los costos involucrados en su interacción estratégica, el primero no toma en consideración si el último tiene el apoyo político necesario para emprender alguna represalia. Sin embargo, el análisis de las estadísticas comparadas del modelo teórico pone en evidencia una especificación más compleja para el examen de sus implicaciones empíricas, una que involucra los efectos conjuntos de los parámetros del juego (*i.e.* los costos de los jugadores) y de la fuerza política del Ejecutivo en la decisión de la Corte. Vale la pena explorar la especificación interactiva en futuras investigaciones.

Respecto de las variables de control, es decir, aquellas relacionadas con factores que no se encuentran directamente involucrados con las hipótesis

¹⁷ Naturalmente la probabilidad de que la Corte se repliegue es de uno menos la probabilidad de que anule la legislación.

derivadas del modelo teórico de juegos, el análisis muestra en primer lugar que la Corte parece replegarse con mayor frecuencia en casos que involucren la protección de los derechos individuales. Esto contradice la opinión general, que ve a la Corte principalmente como un tribunal que protege derechos. Debemos hacer dos aclaraciones para interpretar estos resultados. Como indico en la sección final, la reputación de la Corte como un defensor activo de los derechos de los ciudadanos es producto de estudios que analizan principalmente casos concretos, mientras que el análisis presentado aquí se refiere al control abstracto. Es aún más importante el hecho de que existe más desacuerdo entre el Ejecutivo y la Corte en casos que involucran arbitraje entre los actores políticos, en particular si uno de esos actores es el Ejecutivo, que en los casos sobre la protección de derechos. De cualquier forma, un código más detallado del tipo de norma bajo revisión puede ayudar a aclarar este asunto.

Por otro lado, el análisis del impacto de la ideología del Juez mediano en las decisiones de la Corte no muestra resultados significativos en el nivel establecido ($p < .05$).¹⁸ Este resultado deja abierta la pregunta sobre la plausibilidad del modelo actitudinal (Segal y Spaeth, 2002) para las Cortes con diferencias institucionales importantes en relación con la Suprema Corte de los Estados Unidos. En otras palabras, esto sugiere que tal modelo descansa en algunos supuestos sobre el escenario institucional donde opera la Corte (e.g. permanencia de por vida en el cargo), que no funcionan bien. Un análisis a nivel individual de cada una de las decisiones de los Jueces puede aportar evidencia sobre este tema.

Finalmente, el modelo descubre que las decisión de inconstitucionalidad de la Corte es menos probable en los decretos Ejecutivos que en el caso de la legislación ordinaria. De hecho, cuando el resto de factores están establecidos en los valores centrales, la probabilidad de que un decreto Ejecu-

¹⁸ Vale la pena mencionar que, en un umbral de importancia menos demandante (i.e. 10%), el modelo muestra que las Cortes más enfocadas en los derechos tienden a replegarse más a menudo que las Cortes donde el Juez mediano está ubicado más a la izquierda.

tivo sea anulado es de .20, mientras que en el caso de una ley ordinaria es de .26, como se muestra en el cuadro 3.

6. CONCLUSIÓN

El modelo empírico descrito y comprobado en este trabajo evalúa las implicaciones empíricas del modelo de la teoría de juegos, en relación con la naturaleza estratégica de la interacción de la Corte con el Ejecutivo, en el caso colombiano. Sus hallazgos apoyan una explicación de separación de poderes en la anticipación de la Corte a las reacciones de los otros actores políticos ante sus decisiones —particularmente en la rama Ejecutiva— y el comportamiento estratégico que resulta de ello.

El conjunto de datos en este trabajo nos permite emprender análisis más complejos sobre la Corte Constitucional de Colombia, incluyendo la exploración de las variaciones a través de las áreas y tópicos involucrados en los casos de control constitucional, analizando los méritos del comportamiento electoral de cada Juez, y el impacto del *amici curiae* en las decisiones de la Corte.

Además, el modelo teórico se presta para los análisis empíricos que incluyen la variación institucional, ya sea al comparar a Colombia con otros países o al comparar el control constitucional antes y después de que la Constitución fuera promulgada en 1991. De hecho, el control constitucional tiene una larga tradición en Colombia, mucho antes de 1991. Aunque las características institucionales que lo rodeaban cambiaron considerablemente en ese momento. Esto permitiría examinar empíricamente, en un marco cuasi-experimental, bajo qué condiciones ocurre el proceso de repliegarse de forma estratégica. En suma, este es sólo el comienzo de un largo y apasionante viaje para investigar tanto los fundamentos del comportamiento judicial en Latinoamérica como las lecciones indescifrables que pueden extraerse del caso colombiano.

De forma más inmediata, la evidencia empírica presentada aquí, relacionada con los casos de control abstracto, muestra una Corte que se repliega estratégicamente ante el Ejecutivo dependiendo de los costos para los jugadores, relacionados tanto con abandonar una política como con enfrentarse mutuamente. Estos hallazgos pueden resumirse de la forma siguiente:

En primer lugar, en más del 70% de los casos la Corte sigue el consejo del IG. De acuerdo con el análisis presentado anteriormente, podemos concluir que la opinión sugerida por el IG sirve como señal tanto de la dirección en la que debería de orientarse el caso, como del nivel de apoyo que tiene la Corte si decide anular una norma. Una futura investigación podría explorar más profundamente la relación entre el IG y la Corte, y tal vez examinar si hay o no algunos tipos de casos en los que ambas instituciones están en desacuerdo.

En segundo lugar, el interés explícito del Ejecutivo por un caso también opera como una señal para la Corte, en relación a qué tan costoso sería una decisión adversa para el gobierno y, por tanto, hace que la Corte se incline más a replegarse.

Finalmente, la evidencia empírica muestra que la Corte tiende a replegarse más hacia los Ejecutivos con apoyo popular al comienzo de sus mandatos que al final. Este patrón es similar a la lógica de la teoría de desertión estratégica propuesta por Helmke (2005) para la Corte Suprema de Argentina. No obstante, el análisis sugiere que la Corte Constitucional de Colombia sigue más bien un patrón para replegarse estratégicamente, ya que, como se mencionó anteriormente, tiende a aprobar la legislación con mucha más frecuencia durante los primeros meses del mandato de los presidentes con apoyo popular.

Esta discusión sobre replegarse de forma estratégica y los hallazgos presentados en este trabajo podrían oponerse a la visión, muy común en la literatura, de la Corte Constitucional de Colombia como un tribunal altamente independiente. Sin embargo, esta visión común es el resultado del estudio

específico de casos muy sobresalientes en donde la Corte tomó decisiones que defendían los derechos de los ciudadanos, y no de un análisis sistemático de todos los casos resueltos por ella. Además, estos ejemplos son casos típicos de control concreto (*tutelas*), como lo mencionamos anteriormente. Desafortunadamente, hasta donde sé, no existe un conjunto exhaustivo de datos de los casos de control concreto de esta Corte, en los que pudiéramos también comprobar si la teoría de replegarse estratégicamente se aplica o no a las *tutelas*.

En cualquier caso, la Corte Constitucional ocupa una posición fundamental en la arena política colombiana, y juega un rol vital para la protección de los derechos de los ciudadanos, debido principalmente a la apertura del sistema judicial constitucional del país. De hecho, no solamente cualquier ciudadano puede presentar un caso de control concreto (*tutela*) ante una Corte inferior, que eventualmente llegará a la Corte Constitucional,¹⁹ sino que también, con muy pocas formalidades, cualquier ciudadano puede interponer una acción constitucional a la legislación (es decir un caso de control abstracto). Hoy en día, se considera que Colombia tiene “el sistema de control constitucional más abierto y accesible de todo el mundo Occidental” (Cepeda, 2004, 170).²⁰

En general, desde una perspectiva comparativa, la Corte Constitucional de Colombia se ha ganado una bien merecida reputación por su autonomía. De hecho, a diferencia de otros países donde el enigma yace en por qué una Corte débil decide actuar de forma independiente (por ejemplo la Suprema Corte de Argentina; *cfr.* Helmke, 2005), en Colombia se espera que la Corte demuestre un comportamiento autónomo. Sin embargo, mirando más de cerca se puede constatar que esta autonomía está de algún modo restringida por los factores políticos que la Corte parece conocer bien.

¹⁹ La Corte de Colombia tiene poder discrecional para seleccionar qué casos de *tutela* revisará, a menos de que se encuentre en su modalidad de control abstracto. Una futura investigación debería examinar los factores que determinan el que la Corte conceda el *certiorari* en estos casos concretos.

²⁰ Esta gran iniciativa ciudadana ya estaba en funcionamiento para los casos de control abstracto antes de la Constitución de 1991. De hecho, estos casos *deben* de ser presentados por ciudadanos y no pueden ser presentados por alguien que represente a un actor institucional o económico.

REFERENCIAS

- Caldeira, Gregory A. y James L. Gibson. 1992. "The Etiology of Public Support for the Supreme Court", *American Journal of Political Science* 36(3): 635-691.
- Caldeira, Gregory A. 1986. "Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court", *American Political Science Review* 80(4): 1209-1226.
- Cárdenas, Mauricio, Roberto Junguito, y Mónica Pachón. 2004. "Political Institutions, Policy Making Processes and Policy Outcomes: The Case of Colombia", disponible en: <http://www.fedesarrollo.org/contenido/articulo.asp?chapter=90&article=373>.
- Cepeda, Manuel José. 2007. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- _____. 2004. "La defensa judicial de la Constitución", en *Fortalezas de Colombia*, ed. Cepeda, Fernando, Bogotá: Planeta: 145-211.
- Chávez, Rebecca B., John A. Ferejohn, y Barry R. Weingast. 2003. "A Theory of the Politically Independent Judiciary", trabajo presentado en la Conferencia Anual de la Asociación de Ciencia Política, Philadelphia (PA), agosto 27-31.
- Chávez, Rebecca B. 2004. *Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford University Press.
- Crisp, Brian F. y Scott Deposato. 2004. "Constituency Building in Multimember Districts", *The Journal of Politics* 66(1): 136-156.
- Domingo, Pilar. 2000. "Judicial Independence: The Politics of Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies* 32: 705-735.

- Ferejohn, John, Frances Rosenbluth, y Charles Shipan. 2004. "Comparative Judicial Politics", disponible en: (<http://www.uiowa.edu/~c030310/FRS%20Oxford.pdf>).
- Ferejohn, John A. y Barry R. Weingast. 1992. "A Positive Theory of Statutory Interpretation", *International Review of Law and Economics* 12 (junio): 263-279.
- Gallup. 2006. (<http://www.elcolombiano.com/debuenafuente/Encuestas\%202006/favorabilidadmayo2006.ppt>) (consultado el 02/10/09).
- García Villegas, Mauricio. 2009. "Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008)", en *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, eds. García Villegas, Mauricio y Javier E. Revelo Rebolledo, Bogotá: Colección de Justicia: 16-82.
- Helmke, Gretchen, y Jeffrey Staton. 2009. "Courting Conflict: The Logic of Risky Judicial Decisions in Latin America", presentado en la Conferencia sobre Política Judicial en América Latina, CIDE, México, D.F., marzo 4-8.
- Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy", *American Political Science Review* 96(2): 291-303.
- Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller, y Mariano Tommasi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science* 46(4): 699-716.

- Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America", *Perspectives on Politics* 6(4): 741-767.
- Long, J. Scott y Jeremy Freese. 2006. *Regression Models for Categorical Dependent Variables Using Stata* (2nd. Edition), College Station (TX): Stata Press.
- Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies* 38(2): 189-217.
- Pachón, Mónica. 2006. "Congress and Political Parties", en Cepeda, Fernando, ed., *Strengths of Colombia*, Bogotá: Planeta.
- Ríos Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society*. v. 49, no. 1.
- Rodríguez, César, Rodrigo Uprimny, y Mauricio García-Villegas. 2003. "Justice and Society in Colombia: A Sociological Analysis of Colombian Courts", en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, eds. Friedman, Lawrence y Rogelio Pérez Perdomo, Stanford: Stanford University Press.
- Rodríguez-Raga, Juan Carlos. 2008. "Strategic Constitutional Review in Latin America: The Case of Colombia, 1992-2006. Paper delivered at the 2008 Conference of the Midwest Political Science Association, Chicago (IL), abril 3-6.
- _____. 2003. "The Regional Diversity of Electoral Competition in Colombia", Trabajo presentado en la Conferencia de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Dallas (TX), marzo 27-29.

- Rohde, David W. y Harold J. Spaeth. 1976. *Supreme Court Decision Making*, San Francisco: W. H. Freeman.
- Saavedra, Myriam. 2006. *Una mirada post-Constitución de 1991: El rol Ejecutivo-Legislativo en la toma de decisiones*, Tesis de Maestría en Ciencia Política, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Scribner, Druscilla. 2003. "Sincere and Strategic Judicial Behavior on the Chilean Supreme Court", Paper deliver at the 61th Annual Conference of the Midwest Political Science Association, Chicago (IL), abril 3-5.
- Segal, Jeffrey A. y Harold J. Apaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press.
- Smithey, Shannon Ishiyima y John Ishiyima. 2000. "Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics", *Communist and Post-Communist Studies* 33: 163-182.
- Tate, C. Neal. 1995. "Why the Expansion of Judicial Power?", en Tate, C. Neal y Torbjörn Vallinder, eds. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press: 27-37.
- Uprimny, Rodrigo. 2004. "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia", en *The Accountability Functions of Courts in New Democracies*, eds. Gloppen, Siri, Roberto Gargarella, y Elin Skaar, London: Frank Cass Publishers.
- Vanberg, Georg. 2001. "Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review", *American Journal of Political Science* 45(2): 346-361.

Capítulo 4

*D*el quietismo al activismo
incipiente: las raíces
institucionales e ideoló-
gicas de la defensa de
los derechos en Chile*

*Javier Couso***

*Lisa Hilbink****

* Este capítulo se basa parcialmente en la investigación financiada por el Fondo Nacional Chileno de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT), en particular en el Proyecto No. 1085202 denominado "El Tribunal Constitucional y la judicialización de la política chilena." Los autores quieren agradecer a Alberto Coddou por su excelente trabajo de investigación para este capítulo, así como a Daniel Brinks, John Ferejohn, Verónica Michel, Miguel Schor, a los editores y revisores de este libro, y a los participantes de la conferencia del CIDE de 2009, por sus valiosos comentarios a la versión preliminar de este trabajo.

** Profesor de derecho y sociología en la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile. Es doctor en derecho por la Universidad Católica de Chile y doctor en jurisprudencia y políticas sociales por la Universidad de California en Berkeley. Es coeditor del libro *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America* (Cambridge University Press, 2010) y de diversos artículos y capítulos en libros como *Courts and Social Transformation in New Democracies* (editado por Domingo, Gargarella & Roux, Ashgate, 2006) y *The Judicialization of Politics in Latin America* (editado por Angell, Sieder y Schjolden, Palgrave-Macmillan, 2006).

*** Profesora en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Minnesota. Tiene un doctorado en ciencia política por la Universidad de California, San Diego. Se especializa en Estado de derecho, política comparada y derecho público. Fue Fulbright Senior Scholar en Madrid de 2006 a 2007. Es autora del libro *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge University Press, 2007). Su investigación ha sido también publicada en diversos libros editados y revistas como *Comparative Politics*.

I. INTRODUCCIÓN

En el panorama de las relaciones entre Jueces y política en América Latina, las Cortes chilenas se han distinguido por su conservadurismo y por su timidez en los casos sobre derechos fundamentales. Ni las Cortes ordinarias, ni la Corte Constitucional han tenido históricamente la tendencia de emprender la defensa de las garantías constitucionales. En temas de derecho público, la tradición ha sido más bien de distanciamiento, un alejamiento casi solipsista de las cuestiones “políticas” que ha dejado profundas raíces históricas, incluyendo, entre otras cosas, una reacción defensiva en contra de la intervención de la rama ejecutiva, que ha llevado al Poder Judicial a buscar un grado razonable de autonomía al restringir su trabajo a los asuntos judiciales “normales”, es decir, a la aplicación habitual de los códigos legales en los casos civiles y penales comunes.

Además, como señalamos en otros trabajos (Couso, 2002; Hilbink, 2007), las Cortes chilenas han tenido históricamente una perspectiva corporativista que ha contribuido a aislarlas del resto de la sociedad, en una forma análoga al distanciamiento que las fuerzas armadas del país han tenido respecto del

ámbito civil. Esta perspectiva corporativista ayuda a explicar la indiferencia de las Cortes chilenas en los debates públicos que tuvieron lugar en la sociedad chilena en las dos últimas décadas del siglo pasado. Además, la postura corporativista y aislada del Poder Judicial contribuyó a la formación de una cultura profesional que desalentaba a los Jueces a involucrarse en casos muy politizados, que a su vez conspiraba en contra del desarrollo de la efectividad judicial en los casos sobre derechos (*cf.* el capítulo de Scribner en este libro).

Recientemente, sin embargo, ha habido signos de un activismo incipiente en la defensa judicial de los derechos en Chile.¹ Como es bien sabido a nivel internacional, las Cortes chilenas han cambiado radicalmente de actitud sobre los pasados abusos de los derechos humanos, al investigar activamente casos archivados y al condenar a funcionarios militares (Huneus, 2010). Al hacer esto, incluso la Suprema Corte ha adoptado el derecho internacional de los derechos humanos, aunque de forma un tanto inconsistente (Marré y Carvajal 2007). Mientras tanto, algunos Jueces de las Cortes inferiores, especialmente de las Cortes penales y laborales, han comenzado a tomar posturas independientes e innovadoras en la defensa de los derechos fundamentales, incluso impugnando a veces a sus superiores institucionales y enfrentándose con funcionarios electos (Valenzuela y Muñoz, 2007). Y más recientemente, el Tribunal Constitucional ha penetrado al pantano político de una forma sin precedente, pronunciándose en numerosos temas políticos de alto impacto. Como resultado, una Corte que durante la primera década y media después de la transición democrática tuvo un papel más bien insignificante, es ahora considerada un actor crucial en el proceso político.²

¹ En este capítulo utilizamos el término “activismo” no en un sentido normativo para describir el proceso de toma de decisión judicial que parte de una interpretación “correcta” o “puramente legal”, sino más bien en un sentido empírico que se refiere al comportamiento judicial que busca activamente defender derechos protegidos por la Constitución chilena o los tratados internacionales ratificados por (y con efectos vinculantes sobre) el Estado chileno. Podemos simplemente pensar en esto como lo opuesto a la pasividad judicial en los casos sobre derechos fundamentales.

² Así, por ejemplo, el importante comité conservador de expertos *Libertad y Desarrollo* afirmó en su reporte legal anual de 2009 que en el año anterior hubo cuatro o cinco decisiones de la Corte que produjeron un “inmenso impacto público (...) que traumatizó fuertemente el debate político, legal y moral en Chile.” *Libertad y Desarrollo* (2009, 10).

En este capítulo, contextualizamos y analizamos los recientes avances en la efectividad del Poder Judicial de Chile —expresados ambos en la voluntad de involucrarse en la defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho por parte de algunos Jueces de las cortes ordinarias y en la buena disposición para invalidar la legislación y los actos administrativos por parte de la Corte Constitucional— con el objetivo de explicar los orígenes y los límites de estos cambios aparentes. Afirmamos que los cambios observados en el comportamiento judicial en Chile tienen orígenes ideológicos e institucionales. Después de las dos últimas décadas, ha habido un cambio de paradigma dentro de la comunidad legal chilena, fuera del formalismo tradicional y hacia el “neo-constitucionalismo”.³ Este cambio es evidente en el discurso legal académico y en la formación legal y judicial, que pone un nuevo énfasis en la necesidad y legitimidad de la protección constitucional de los derechos. Mientras tanto, una serie de reformas a las instituciones judiciales —algunas directamente fundadas en el neo-constitucionalismo, otras enmarcadas en términos de modernización y eficiencia— han alterado el perfil intelectual y profesional de los nuevos nombramientos de los tribunales, así como los recursos, oportunidades e incentivos que éstos enfrentan en el trabajo. En vista de que estas reformas institucionales han tenido mayores efectos en los rangos más bajos y más altos del poder judicial —es decir, la primera instancia de las Cortes y la Corte Constitucional— el cambio de comportamiento es más aparente en estos niveles. En contraste, en las Cortes de apelación y especialmente en la Suprema Corte hay una continuidad general del comportamiento judicial previo, y cualquier cambio importante ha estado motivado más por factores políticos que ideológicos.

³ La expresión “neo-constitucionalismo” es utilizada en los países de habla hispana para designar “(...) una teoría o grupo de teorías que han proporcionado una base conceptual y/o normativa a la constitucionalización del sistema legal en términos no positivistas. En el desarrollo de este tipo de constitucionalismo, hay algunos elementos implícitos de la constitucionalización de la ley que han tenido una fuerte influencia (...). Entre otros, hay aspectos materiales, estructurales, funcionales y políticos que deberían ser aclarados (...). El aspecto material de la constitucionalización del sistema legal consiste en la recepción de ciertas demandas morales en el sistema legal, impuestas como derechos fundamentales. En otras palabras, la ley ha adquirido un fuerte carácter axiológico (...) esto ha tendido a reforzar un concepto no positivista de la ley entre los juristas, uno donde el sistema legal está íntimamente ligado a la moralidad. Esto es tal vez el factor más importante que distingue las interpretaciones actuales del constitucionalismo [neoconstitucionalismo] del constitucionalismo tradicional (...).” *Cfr.* García Figueroa (2003, 164-165).

A través un análisis cualitativo, resaltamos numerosos puntos relevantes para la construcción teórica del comportamiento judicial. En primer lugar, el caso chileno sugiere que la eficacia judicial en la defensa de los derechos no parece ser solamente una función de los niveles de fragmentación política: las disposiciones personales y profesionales de los Jueces son decisivas.⁴ En segundo lugar, las disposiciones judiciales o actitudes hacia la protección de derechos no son simplemente exógenas, como sugiere la teoría actitudinal; los factores endógenos, como la socialización del entrenamiento profesional, pueden importar tanto o más que las preferencias políticas personales. Finalmente, en el proceso de decisión sobre derechos, los Jueces realizan cálculos estratégicos, pero estos cálculos no siempre o sólo se hacen alrededor del contexto político formal; las audiencias para las decisiones políticas pueden ser inmediatas (*e.g.* colegas y superiores institucionales) o bien más amplias (*e.g.* la comunidad legal o la sociedad civil) como sugieren los modelos de separación de poderes.

2. JUECES Y DERECHOS EN CHILE: RESUMEN HISTÓRICO

En trabajos anteriores hemos demostrado, de forma individual, que a pesar de su independencia formal y relativo profesionalismo (en especial cuando los comparamos con muchas contrapartes en la región) los Jueces chilenos han sido poco protectores de los derechos y renuentes a utilizar sus poderes de control constitucional (Hilbink, 1999 y 2007; Couso, 2002 y 2005). A lo largo del tiempo y a través de un cambio significativo de régimen, las Cortes han sido reticentes, de manera abrumadora, a imponerse para defender los derechos constitucionales o arbitrar conflictos constitucionales entre las ramas ejecutiva y legislativa, aunque han estado autorizados para hacerlo desde 1925. Esta renuencia a involucrarse en un ejercicio asertivo de poder judicial sucedió tanto en el Poder Judicial regular como en el Tribunal Constitu-

⁴ Este punto es desarrollado desde una perspectiva comparativa en Hilbink (2009a) y también es sugerido en la conclusión de Scribner en este libro.

cional. Esto fue particularmente evidente en el caso del último, ya que la Constitución de 1980 otorgó amplios poderes de control de constitucionalidad de los proyectos de ley (en lo que conocemos como un tipo de control abstracto y *a priori*). En efecto, como Couso ha demostrado en trabajos anteriores (2002, 2003 y 2005), la Corte Constitucional estaba muy poco interesada en ejercer sus amplios poderes de control constitucional entre 1990 y 2005, al grado que era poco conocida por la población y considerada de poca relevancia por las elites políticas. Como sucedió con las Cortes ordinarias, en las pocas ocasiones que en realidad defendió los derechos durante el siglo XX, fue casi siempre para proteger intereses conservadores (y a menudo contrarios a la ideología liberal).⁵

En trabajos individuales, ambos hemos atribuido esta pasividad judicial a factores histórico-institucionales, aunque con algunas diferencias en el énfasis y forma de enmarcar el problema. Los creadores del Estado chileno construyeron el Poder Judicial para funcionar más como un “lastre para el Ejecutivo” que como una protección en contra del abuso de los derechos de los ciudadanos (Adelman, 1999, 292), y los Jueces chilenos generalmente han sido coherentes con este papel. Desde los inicios de la historia republicana del país, los Jueces chilenos estuvieron educados para ser “esclavos de la ley”, pero en un contexto en donde la ley, en especial el derecho público, era entendida como la voluntad del Ejecutivo. En lugar de defender principios legales plasmados en la Constitución, o en la idea del constitucionalismo, se esperaba que los Jueces se autoexcluyeran en los casos de derecho público en las otras ramas (“políticas”) del gobierno. Este mensaje fue consolidado con particular fuerza en contingencias históricas clave, donde las Cortes se encontraron brutalmente intervenidas por el Poder Ejecutivo, como en 1927. cuando el Ministro del Interior, el general Carlos Ibáñez del Campo, ordenó el arresto de nada menos que del Presidente de la Suprema Corte y después destituyó a casi todos sus miembros —un evento que, incidentalmente, marcó la inauguración de su dictadura de cuatro años

⁵ Para ejemplos, y algunas rara excepciones, *cfr.* Hilbink, 2007.

(Couso, 2002; Faúndez, 2007). Posteriormente, las reformas institucionales diseñadas para aislar a los Jueces del control político (es decir, del Ejecutivo y Legislativo) convirtieron al Poder Judicial en una burocracia autónoma donde las elites conservadoras representadas en las Cortes superiores, y en particular la Suprema Corte, tuvieron el poder para reforzar y reproducir sus propios puntos de vista a través de disciplina y promociones dentro de la institución (Hilbink, 1999 y 2007). El resultado fue una dinámica institucional donde los “Jueces inferiores se sintieron comprometidos con los Jueces superiores y el Poder Judicial hizo una total reverencia al Ejecutivo” (Huneus, 2006, 149). Los acuerdos e incentivos transmitidos e impuestos dentro de la institución “eclipsaron textos legales, principios de justicia, e incluso preferencias políticas personales” como guías para el comportamiento judicial (Huneus, 2006, 128), volviendo a los Jueces generalmente indispuestos o incapaces para tomar posturas independientes o innovadoras en defensa de los derechos y de los principios del Estado de derecho (Hilbink 2007).⁶

Para plantear esto de forma un poco diferente, las características institucionales del Poder Judicial chileno, que personifica y reproduce un punto de vista esencialmente monárquico del rol judicial (Vargas, 2007, 103) y que no había sido reformado significativamente desde los años veinte, alentaron a los Jueces a ser fundamentalmente introvertidos o retrógrados. La organización jerárquica, que dio a las Cortes superiores poderes amplios y discrecionales respecto de las carreras de sus subordinados, creó y mantuvo una “cultura burocrática” (Correa, 2004, 10) que “alimentó las visiones más conservadoras, desalentó la innovación, e hizo que los funcionarios judiciales estuvieran más preocupados por sus propios intereses que por los de la ciudadanía” (Vargas, 2007, 102). Esta “cultura organizacional” ha sido

⁶ Como Fernando Atria (2007) plantea, la idea dominante del cargo judicial en Chile es de “comisario”, es decir, que en lugar de trabajar como profesionales autónomos, dedicados a la aplicación apropiada de la ley en los casos que se le presentan (o, en el caso de la Corte Superior, dedicado a clarificar y uniformizar la interpretación legal), los Jueces de las Cortes inferiores desempeñan el papel de diputados, funcionarios o soldados de la Suprema Corte, y ella misma funciona para mantener a sus subordinados en orden y (de ese modo) preservar la integridad de la institución, que a final de cuentas sirve al Ejecutivo.

transmitida y mantenida a lo largo del tiempo, “adoctrinando a los nuevos miembros y rechazando las intromisiones extranjeras” (Vargas, 2007, 102), y ya que, hasta hace poco, no había una educación judicial especializada y la capacitación, remuneración y prestigio eran relativamente bajos, los Jueces no tenían los recursos intelectuales ni la seguridad ni la postura socioeconómica para imponerse en la defensa de los derechos (Hilbink, 2007).

La renuencia tradicional de las Cortes ordinarias chilenas para involucrarse en asuntos “políticos” fue particularmente importante en la jurisprudencia de la Suprema Corte respecto de los *recursos de inaplicabilidad*, un mecanismo de control constitucional concreto (solamente con efectos *inter partes*) introducido en la Constitución de 1925. En efecto, como lo demuestra el trabajo de Brahm (1999) y Faúndez (2007), la Suprema Corte sistemáticamente evitó declarar leyes “inaplicables a causa de inconstitucionalidad” en casos interpuestos tanto por la derecha como por la izquierda política. El análisis sistemático de Enrique Brahm sobre la jurisprudencia de la Corte entre 1925 y 1973 respecto a las impugnaciones interpuestas por un gran número de propietarios e industriales a las leyes que regulaban los derechos de propiedad privada, muestra que la Corte casi nunca estuvo dispuesta a apoyarlos. Este conservador historiador del derecho lamenta este registro, argumentando que la renuencia de la Corte para defender los derechos de propiedad llevó al predominio de un régimen que denomina “propiedad sin libertad”. El análisis de Julio Faúndez sobre la manera en que la Suprema Corte se negó a otorgar protección a miles de miembros del Partido Comunista que fueron sumariamente privados de sus derechos civiles y políticos por la llamada “Ley de Protección Permanente de la Democracia” (una ley anticomunista aprobada en 1948 que era semejante a la “ley Smith”), sugiere que la negativa de la Corte de defender las libertades civiles y políticas entre 1925 y 1973 no fue resultado de la ideología política (ya sea del ala derecha o izquierda), sino que más bien fue consecuencia de una ideología judicial que era tanto formalista como contraria a impugnar a las ramas electas, aun frente a una disposición constitucional que ordenaba que la Corte se involucrara en el

tipo moderado de control judicial de la Constitución implícito en el *recurso de inaplicabilidad*. En palabras de Faúndez,

... en vista de los puntos de vista sobre la supremacía de la legislación y su enfoque de la interpretación legal, no es sorprendente que [la Corte Suprema] no cumpla con su papel de guardián de la Constitución. La Constitución de 1925 dio a la corte el poder de controlar la constitucionalidad de la legislación, pero la introducción de este procedimiento tuvo poco impacto, ya que la corte invariablemente se rehusó a utilizar su poder recién adquirido. Estadísticas recientemente recopiladas muestran que entre 1925 y 1946, casi el 90 por ciento de los casos de control constitucional interpuestos ante la corte fueron desestimados, y esta moda continuó hasta la desaparición de la constitución en 1973. (Faúndez 2007, 132).

Incluso después de la transición a la democracia, en 1990, la Suprema Corte sistemáticamente evitó la interpretación y protección constitucional, fallando a favor del demandante en sólo quince de los quinientos treinta casos de *inaplicabilidad* (o 2.83 por ciento) interpuestos entre 1990 y 1996 (Gómez, 1999, 10).

En resumen, tanto a nivel de la Suprema Corte como a nivel de las Cortes inferiores, factores histórico-institucionales e ideológicos contribuyeron a la consolidación de un Poder Judicial renuente a enfrentar a las ramas electas del gobierno en defensa de la Constitución y los derechos individuales. En el caso de las Cortes inferiores, esto se expresa principalmente como la sumisión a las preferencias de sus superiores (Hilbink, 1999 y 2007; Huneus, 2006; Correa, 1993), mientras que la subordinación de la Suprema Corte a las ramas “políticas” estaba arraigada en el miedo de involucrarse en el turbio —y peligroso— mundo de la política (Couso, 2005).

En la Corte Constitucional la historia no era muy diferente. En efecto, durante las primeras dos décadas y media después de que se le otorgó el poder para involucrarse en el control de constitucionalidad de la legislación (de 1980 al 2005),⁷ estuvo poco dispuesta a proteger de forma efectiva los

⁷ La Corte constitucional fue originalmente introducida en 1970. Basada en el *conseil constitutionnel* francés, su papel estaba restringido a arbitrar los conflictos de separación de poderes. Fue suspendido por

derechos fundamentales, limitándose a tratar temas procedimentales menores (Couso, 2002 y 2003). Además, antes del 2005 la Corte realizó una interpretación formalista y restrictiva de sus poderes constitucionales.⁸ Durante todo este periodo, tres de los siete miembros de la Corte Constitucional provenían de la rama judicial regular —desempeñándose simultáneamente en la Corte Suprema y en la constitucional, y llevaron a esta última la ideología legal y la forma de aproximarse al terreno político típica de Poder Judicial ordinario. Aunque hubo algunas ocasiones donde los miembros no judiciales de la Corte intentaron forjar más decisiones activistas y orientadas hacia los derechos (como la decisión de 1985 que forzó al régimen militar a realizar un plebiscito abierto e imparcial en 1988),⁹ éstas fueron raras excepciones. En la gran mayoría de los casos, la Corte Constitucional permaneció fiel a la misión asignada por sus creadores, decidir “como Jueces, desde un punto de vista jurídico, no político” (Barros, 2002, 237).

3. CAMBIOS IDEOLÓGICOS Y REFORMAS INSTITUCIONALES

Después de una larga dictadura militar de 1973 a 1990, las Cortes enfrentaron las duras críticas de las elites políticas democráticas y del público en

el gobierno militar después del golpe de 1973, y vuelto a crear, con nuevos poderes, bajo la Constitución de 1980.

⁸ Un ejemplo de la comprensión restrictiva de sus propios poderes, que fue tan característica de la Corte constitucional de Chile antes del 2006, puede encontrarse en la Decisión No.43 (24 de febrero de 1987), donde la propia Corte anula un texto legislativo que en realidad le otorgaba más poderes. La ley, dijo la Corte, estaba violando la Constitución: “El proyecto de ley, en los términos en que fue concebido (otorga a) la corte constitucional un nuevo poder, de mayor relevancia judicial (...) que, sin embargo, no está incluido entre aquellos otorgados por el artículo 82 de la constitución, que taxativamente proclama los poderes de la corte. Tomando en consideración que los poderes otorgados por la constitución a los órganos que crea son de estricto derecho, estamos en la obligación de concluir que el proyecto de ley es inconstitucional porque viola el artículo 82 de la constitución”. Otro ejemplo de ese ejercicio de autolimitación fue la decisión de la Corte de negarse a participar en lo que llamó el control del “mérito” de la legislación. *Cfr.* la Decisión No. 43 (febrero 24, 1987) donde solemnemente se afirma que “la corte constitucional solamente puede controlar la constitucionalidad de la legislación, y por lo tanto, no puede emitir juicios de valor sobre ella. Si hiciera esto último, iría más allá de sus prerrogativas, transformándose en un cuerpo co-legislativo y por lo tanto, violando gravemente la constitución (...)” Esta filosofía fue reiterada a lo largo de la década de los noventa (*cfr.*, *e.g.* Decisión No. 141 (12 de febrero 1992) y Decisión No. 231 (18 de marzo de 1996)).

⁹ Como Couso ha desarrollado en otro trabajo (2002), los dos Jueces que encabezaron esta crucial decisión (Eugenio Valenzuela y Julio Philippi) se desempeñaban antes como juristas y académicos, no como miembros de la Suprema Corte.

general por rehusarse a defender los derechos humanos bajo la dictadura (*cfr.*, *e.g.*, Informe Retting, 1991). Esta fuerte crítica hacia el desempeño judicial bajo el régimen militar, combinado y aumentado por un punto de vista nuevo y más general de la posición central de los derechos humanos y del constitucionalismo en un sistema legal democrático, llevó a las nuevas autoridades a elaborar un plan de reforma de las Cortes que, a pesar de la fuerte resistencia inicial, el Poder Judicial no fue capaz de detener (Correa, 1999). Para finales de la primera década del milenio, esta combinación de cambios ideológicos e institucionales ha abierto la puerta a algunos cambios en el comportamiento judicial en Chile, en especial en los niveles bajos del Poder Judicial ordinario y en el Tribunal Constitucional.

a. Cambio en el contexto ideológico

La ola de democratización que azotó América Latina en los años ochenta estuvo dirigida a proteger los derechos humanos y a restaurar las elecciones y el proceso democrático (Jelin y Hershberg, 1996, 3), y en ningún lugar esto fue más cierto que en Chile, donde “durante los años de resistencia contra la dictadura, los conceptos de democracia y derechos humanos fueron forjados en un único e indivisible ideal” (Otano, 1995, 161). Habiendo sufrido en las manos de una brutal dictadura que pisoteó los derechos y pervirtió la ley, los partidos (la mayoría con tendencia de izquierda) que formaban la *Concertación por la Democracia* revaloraron el papel que la ley y las Cortes podían jugar en la democracia (Couso, 2006). Desde el momento en que Pinochet transfirió la banda presidencial a Patricio Aylwyn en marzo de 1990, el Poder Judicial se convirtió en el foco central de atención y crítica de los abogados y activistas de los derechos humanos, y sus sucesivas administraciones contrataron expertos en derechos humanos para diseñar reformas dirigidas a modernizar y liberalizar el desempeño judicial. Además, los medios, que durante mucho tiempo habían pasado por alto al Poder Judicial, comenzaron a dar casi constante cobertura a las investigaciones y decisiones en los casos sobre derechos humanos, así como una atención sin

precedente a los problemas institucionales dentro del Poder Judicial, incluyendo el proceso de evaluación y promoción (Hilbink, 2007, cap.5).

Mientras tanto, y de acuerdo con la gran transformación de la cultura legal en América Latina, el discurso constitucional de Chile comenzó a sufrir un profundo cambio (Couso, 2010). En tanto que en el pasado el derecho privado dominaba los debates en la esfera legal, la doctrina constitucional se ha convertido hoy en día en el tema legal más importante y vibrante en la región. Esto ha significado alejarse del formalismo y encaminarse hacia un nuevo entendimiento tanto del contenido del derecho constitucional (muy inspirado en el derecho internacional de los derechos humanos) como del papel que las Cortes deberían jugar en las organizaciones políticas democráticas (defensa activa de los derechos constitucionales a través del control constitucional). El positivismo legal tradicional de Hans Kelsen ha sido desplazado gradualmente por el llamado “neoconstitucionalismo”. La doctrina del neoconstitucionalismo, que combina la teoría constitucional de Ronald Dworkin con la del teórico alemán del derecho Robert Alexy y del jurista italiano Luigi Ferrajoli, enfatiza el papel de los principios en la defensa constitucional y pronostica un rol más activista para los Jueces al servicio de los derechos humanos.

Esta nueva ortodoxia constitucional ha penetrado cada vez más la academia legal chilena en los últimos años. Un claro ejemplo de lo anterior es el trabajo de un notable académico, Humberto Nogueira, que ha escrito extensamente defendiendo la noción del llamado “bloque de constitucionalidad”, un concepto neoconstitucionalista que sostiene que el derecho constitucional incluye no sólo el texto de la Constitución sino también el derecho internacional de los derechos humanos, *ius cogens* y los principios y valores morales implícitos en todas las fuentes antes mencionadas (Nogueira, 2006). Otro ejemplo son los escritos de José Luis Cea —uno de los más prominentes constitucionalistas chilenos y actual miembro de la Corte Constitucional— que en un reciente trabajo señala que el “bloque de constitucionalidad” ha permitido a la Corte “dar un impulso decisivo a los dere-

chos sociales y económicos sin cambiar la letra o el espíritu del texto y contexto de la Constitución, es decir, a través de un proceso de mutación constitucional” (Cea, 2009).¹⁰

De forma paralela a la penetración del neoconstitucionalismo, a través de la academia legal en Chile, el campo del derecho constitucional ha prosperado en los últimos años. Ha habido un sustancial aumento en la publicación de libros y periódicos centrados en el derecho constitucional, un dramático aumento en los proyectos de investigación sobre temas constitucionales financiados con fondos públicos y una presencia en aumento de los constitucionalistas en puestos administrativos clave en las escuelas de derecho del país.¹¹ Todo esto ha aumentado significativamente el prestigio del derecho constitucional como un tema legal, tanto que después de tener un estatus más bien marginal durante casi toda la historia legal de Chile, ahora está atrayendo a los mejores y más brillantes estudiantes de derecho (Couso, 2010).

El cambio que acabamos de describir no es tan sorprendente cuando uno toma en consideración que el discurso constitucional de los países que han servido históricamente como modelos para la enseñanza del derecho constitucional en Chile (a saber España, Alemania y Francia) han sido completamente transformados por la nueva ortodoxia del constitucionalismo basado en los derechos humanos (Stone Sweet, 2000). Además, como Couso señala (2007), a finales de los años setenta un importante número de juristas comenzó a obtener grados académicos de posgrado en derecho constitucional y público en los Estados Unidos, Inglaterra y Canadá, y volvieron a Chile muy familiarizados, y en algunos casos fuertemente influidos por las ideas del derecho consuetudinario sobre el papel del Poder Judicial. Con seguridad, los juristas educados en el extranjero han jugado un papel importante en la transmisión de ideas a los estudiantes de las mejores escuelas del

¹⁰ Hay que señalar que Nogueira forma parte del ala izquierda política en Chile, mientras que Cea forma parte de la derecha. En otras palabras, el neoconstitucionalismo cruza todo el espectro político.

¹¹ Para números precisos, *cfr.* Couso, 2010.

país y de la Academia Judicial; y un número en aumento de Jueces (de las Cortes inferiores y la Corte Constitucional) ha realizado estudios en Europa y/o los Estados Unidos.¹²

b. Reformas institucionales de las cortes ordinarias

Como señalamos arriba, el cambio ideológico respecto del papel que las Cortes deberían jugar en una organización moderna, liberal-democrática, no ha estado limitada al discurso académico sino que también ha permeado los debates políticos convirtiendo al Poder Judicial chileno en el objeto de miles de propuestas de reforma en las dos últimas décadas. Esto no implica (de forma enfática) que los académicos de derechos humanos y constitucionalismo hayan sido capaces de remodelar el Poder Judicial a su antojo. En un país donde el neoliberalismo económico es hegemónico, y donde la derecha mantiene una voz institucionalmente garantizada en la mayor parte de la creación de políticas públicas (a través del sistema electoral binominal), las reformas requieren necesariamente la aprobación y el acuerdo de partidos con ideas e intereses muy diferentes. Además, incluso los políticos más liberales, tienen incentivos para limitar la cantidad de autoridad que delegan a la rama judicial una vez que sostienen las riendas de los poderes Ejecutivo y Legislativo (Helmke y Rosenbluth, 2009). Sin embargo, los esfuerzos persistentes e importantes que los sucesivos gobiernos chilenos han dedicado a la reforma judicial durante las dos últimas décadas no pueden entenderse sin una referencia al paradigma neoconstitucionalista.¹³

El primer Presidente posterior a la transición democrática, Patricio Aylwin, hizo de la reforma judicial una prioridad fundamental. No buscó

¹² La consolidación de esta nueva ortodoxia aún no se ha completado y hay importantes académicos, como Fernando Atria y Rodrigo Correa, que están en su contra (debido a su adherencia a las doctrinas neopositivistas), pero como el mismo Atria reconoce que “el paradigma de nuestro tiempo es ese pensamiento activista neoconstitucional que tiene a la corte Warren como su modelo” (conversación personal con Couso).

¹³ Una explicación exhaustiva de los orígenes de las variadas reformas judiciales en Chile se encuentra más allá del ámbito de este capítulo. Sin embargo, para una explicación respecto de la relación entre ideas e intereses a principios del proceso de toma del Poder Judicial en Chile y en España, *cfr.* Hilbink (2009b).

un simple cambio en el personal de las Cortes sino una reestructura fundamental del Poder Judicial diseñada para aumentar la responsabilidad y legitimidad democrática de los Jueces. No obstante, sus propuestas encontraron mucha resistencia de la derecha y de la élite judicial. En consecuencia, Aylwin tuvo que retirar sus propuestas y en su lugar creó un Consejo de la Judicatura Nacional, pluralista y con múltiples ramas para asumir la administración del Poder Judicial, aunque las promociones y disciplina del mismo permanecieron en manos de la Suprema Corte de tendencia política conservadora. Sin embargo, el Presidente consiguió la aprobación legislativa para el establecimiento de la academia judicial con el fin de mejorar la calidad de los Jueces recién llegados, promover la continuidad de la educación para avanzar en la jerarquía judicial, y mejorar de forma general el prestigio de la profesión judicial. La academia comenzó a funcionar en abril de 1996.

La administración de Eduardo Frei asumió un enfoque sutil y más gradual de la reforma judicial. Con el apoyo de las organizaciones no gubernamentales asociadas tanto con la *Concentración* como con la oposición,¹⁴ el Ministro de Justicia de Frei centró sus esfuerzos en otro aspecto del paquete de propuestas que Aylwin había presentado: la reforma del procedimiento penal. Esta reforma, que finalmente fue aprobada por el Congreso en 1997, exigió una transformación del sistema de justicia penal, de un sistema escrito e inquisitorio a uno oral y acusatorio. En otras palabras, los Jueces en los casos penales ya no tendrían las funciones acusadora (investigación) y judicial, sino que llegarían a una decisión basándose en la evidencia y los argumentos legales presentados por los abogados acusadores y defensores públicos. Además, los juicios penales deberían realizarse oral y públicamente, introduciendo nuevas garantías procedimentales para los acusados que estaban ausentes bajo un sistema escrito más cerrado (Duce y Riego, 2007).

Más tarde, ese año, después de un escándalo de corrupción que involucraba al Presidente de la Suprema Corte, el gobierno de Frei aprovechó el

¹⁴ La oposición del ala derecha apoyó la reforma debido a su interés en una mayor eficiencia en el sistema de justicia penal.

momento para proponer cambios fundamentales en la estructura de la Suprema Corte. Además de expandir la Corte de diecisiete a veintiún miembros y estipular para la (cómoda) jubilación de todos los Jueces la edad de setenta y cinco años “una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales” (Huneus, 2010, 103), la reforma introdujo un nuevo sistema de nominación para los Jueces de la Suprema Corte. A partir de ese momento, cinco lugares en la Corte estuvieron reservados para abogados que no pertenecieran al Poder Judicial, y todos los designados debían ser ratificados por dos tercios del Senado. Aunque algunos esperaron que este cambio en las reglas de designación trajera caras frescas, más abiertas y progresistas para diversificar y reestructurar radicalmente la Corte Superior, el hecho de que los candidatos de entrada lateral a la Corte tuvieran que ser nominados por el propio tribunal¹⁵ y que la regla de aprobación supermayoritaria en el Senado diera poder de veto a la oposición de derecha sobre los nuevos nominados, provocó que este efecto se viera bastante diluido (R. Correa, 2004; Fruhling y Martínez, 2008, 23). Sin duda, la reforma produjo un cambio en la composición de la Sala penal de la Corte,¹⁶ que a su vez permitió un cambio en el tratamiento de los casos de derechos humanos de la era de Pinochet (*cfr.* Hilbink, 2007, ch5), pero no tuvo éxito en traer mayor apertura y pluralismo a la Corte. El Juez José Benquis afirmó en una entrevista sobre su jubilación de la Corte, en el 2005, que el sistema de designación continuaba produciendo un tribunal repleto de “cerebros clonados” que eran tan introvertidos y retrógrados como siempre (Molina, 2005).

Pero, mientras tanto, la combinación de reformas diseñadas para modernizar el Poder Judicial —es decir para mejorar la calidad y aptitudes del personal, y la eficiencia y efectividad de los procedimientos judiciales— comenzó a surtir efectos en la base de la pirámide judicial (*cfr.* Vargas, 2007). Esto incluye un aumento sustancial en los salarios judiciales, especialmente al nivel de la entrada; un incremento masivo en el número de Jueces nueva-

¹⁵ La propia Corte llevó a cabo el concurso de las nominaciones de los “externos”, lo que aumentó la probabilidad de que eligiera abogados que conocía y en los que confiaba (*i.e.*, que eran similares a ellos).

¹⁶ La reforma trajo 11 nuevos miembros a la Corte en el primer año.

mente a nivel de la primera instancia;¹⁷ la creación de la academia judicial (señalada arriba) para aportar capacitación inicial y continuada a los Jueces;¹⁸ y una serie de reformas procedimentales, incluyendo principalmente la reforma del procedimiento penal discutido arriba, que colocó un nuevo énfasis en las garantías constitucionales.¹⁹ Estas reformas tuvieron tres efectos principales. En primer lugar, mejoraron dramáticamente el perfil académico y la preparación profesional de los Jueces de recién ingreso y dieron mayor peso al desarrollo profesional formal en el proceso de promoción.²⁰ En segundo lugar, y en relación con lo anterior, redujeron bastante el incentivo que tenían los Jueces de las Cortes inferiores de adecuar sus decisiones a las perspectivas de sus superiores institucionales. No sólo mitigaron el papel de la elite judicial al determinar los estándares de designación y promoción, sino que también disminuyeron la probabilidad de que los Jueces de las Cortes inferiores se centraran demasiado en subir de rango dentro del Poder Judicial. Y en tercer lugar, establecieron nuevas oportunidades para que los Jueces de las Cortes inferiores fueran más activos, proactivos y responsables en su papel como guardianes de los principios e integridad del sistema (Vargas, 2007, 112). En resumen, una serie de reformas más mundanas o técnicas, no directamente dirigidas a la estructura o composición del Poder Judicial, se han combinado para dar a los Jueces de las Cortes inferiores mayor independencia, mejores recursos intelectuales y materiales, y más oportunidades para imponerse como defensores de los derechos fundamentales. Esto no ha producido de ninguna manera un cambio global en la perspectiva y comportamiento de todos los Jueces de las Cortes inferiores —mucho menos en los Jueces de rango superior—, pero ha hecho posible la expresión

¹⁷ Mientras que en 1999, solo había 376 Jueces de primera instancia en Chile, para el 2007 había 1290. En el mismo periodo, el número de Jueces de las Cortes de apelación aumentó de 140 a 155. Esto significó que en 1997 había 2.7 Jueces de primera instancia por cada Juez de las Cortes de apelación, mientras que hoy son 8.3 (y contando) (Vargas, 2007, 112).

¹⁸ En enero del 2008, 1028 personas se “graduaron” del programa de capacitación de la academia judicial, de las cuales el 80% (824 empleados) hacían carrera en el Poder Judicial.

¹⁹ Además de la reforma al proceso penal también hubo una mayor revisión de los procedimientos de las Cortes laboral y familiar, y actualmente está en marcha una reforma al procedimiento civil. Las reformas al procedimiento constitucional son analizadas abajo.

²⁰ Hay que señalar que el acceso a la academia judicial es a través de concurso, y los cursos de desarrollo profesional en la academia son ahora criterios de mérito en las consideraciones de promoción dentro del Poder Judicial.

del (neo)constitucionalismo en los Jueces ordinarios de formas que antes eran inimaginables en Chile. Un Juez afirmó que, como resultado de la reforma, los Jueces de las Cortes inferiores tienen “un espacio [para actuar] que antes no existía”.²¹

c. Reformas institucionales de la corte constitucional

La reforma institucional también ha sido un factor crucial facilitando un cambio en el comportamiento judicial en la Corte Constitucional. En un proceso dirigido a eliminar el último de los “enclaves autoritarios” (Garretón, 1993) que habían caracterizado la Constitución de 1980 (en especial, la existencia de senadores no electos y el hecho de que el Presidente no pudiera remover del cargo a los líderes de las fuerzas armadas), algunas reformas más importantes a la Corte Constitucional fueron aprobadas en el 2005. Estas reformas fueron realizadas por expertos en derecho constitucional interesados en promover los ideales neoconstitucionales, en un proceso que pasó bastante desapercibido por las elites políticas cuya atención estaba centrada en las reformas más abiertamente “políticas” que acabamos de mencionar (Couso y Coddou, 2009).

Las reformas más importantes a la Corte Constitucional fueron: a) la eliminación de Jueces de la misma que pertenecían también a la Suprema Corte, y su reemplazo por Jueces provenientes del mundo académico y político, y b) la transferencia del *recurso de inaplicabilidad* de la Suprema Corte al Tribunal Constitucional, que además daba a los Jueces de las Cortes inferiores y a los ciudadanos comunes el acceso a este último por primera vez.

En relación con el primer factor, hay que recordar que hasta la reforma del 2005 casi la mitad de la Corte Constitucional (tres de siete Jueces) estaba compuesta por miembros en funciones de la Suprema Corte que dividían su tiempo en ambas Cortes. Como consecuencia, una importante porción

²¹ Entrevista de Lisa Hilbink con el Juez Álvaro Flores de la Corte Laboral de Santiago, el 11 de enero del 2009, 14:30.

de la Corte Constitucional eran Jueces profundamente involucrados en la cultura tradicional del Poder Judicial regular, propensa al quietismo y adversa a los conflictos políticos (como Hilbink, 2007, y J. Correa, 1993, lo han demostrado). En este contexto, la eliminación de los Jueces provenientes del Poder Judicial regular y su reemplazo por individuos procedentes de los mundos académicos y políticos representó un factor decisivo en las nuevas —más activistas— actitudes mostradas por la Corte Constitucional en toda su jurisprudencia después del 2006.²² La actitud más asertiva de los nuevos Jueces constitucionales está reflejada en la valoración de un observador privilegiado de la Corte Constitucional que argumenta que “los nuevos miembros de la Corte están acostumbrados a ejercer el poder político”.²³

La segunda reforma crucial de la Corte Constitucional —es decir, la transferencia del *recurso de inaplicabilidad* de la Suprema Corte a aquélla— significó que por primera vez en su historia ésta última se involucrara en el control constitucional concreto, es decir, el poder de decidir casos reales y controversias (mientras que antes de la reforma, sólo podía involucrarse en el control de constitucionalidad “abstracto” de los proyectos de ley legislativos y de los decretos ejecutivos). La importancia de ese elemento de la reforma constitucional no puede ser subestimada. Para empezar, provocó un dramático aumento en el número de casos que llegaron a la Corte Constitucional. Mientras que antes de la reforma la Corte emitía de treinta a treinta y cinco decisiones por año (todas de control abstracto), durante el periodo 2006-2008 ese número aumentó diez veces más promediando casi trescientas decisiones por año, la mayoría de éstas en casos concretos de *inaplicabilidad*. Una importante consecuencia de este cambio es que ahora la Corte es un trabajo de tiempo completo para sus miembros, mientras que hasta el 2005 la mayoría de Jueces trabajaban ahí medio tiempo. Además, la

²² Esto incluye tanto el control constitucional abstracto y *a priori* de la legislación y de los decretos ejecutivos en los que se ha involucrado desde su creación (en 1980) así como la jurisdicción de control “concreto” representado por los casos de “inaplicabilidad” que ha decidido desde la implementación de la reforma del 2005.

²³ Esta declaración fue hecha por un antiguo miembro de la Corte Constitucional y un observador respetado de la política judicial de Chile, Jorge Correa Sutil, entrevistado por Javier Couso (viernes 21 de agosto a las 16:30, Santiago, Chile).

transferencia del *recurso de inaplicabilidad* a la Corte Constitucional ha invitado y alentado a más activistas a estar del lado de estos Jueces de tiempo completo.

Por otro lado, la reforma dio a la Corte una “acción popular” que hasta el momento había estado abierta sólo a las elites (el Presidente de la República, el Parlamento, el Contralor General). Esto ayudó a que la Corte fuera mucho más visible para la población, por el drama normalmente asociado a los casos reales en oposición a los controles abstractos de las propuestas legislativas. El hecho de que se volviera más accesible y el aumento de su visibilidad fortalecieron el vínculo entre la ciudadanía y la Corte, mientras que al mismo tiempo disminuyeron los reclamos políticos por las decisiones de los Jueces. La Corte Constitucional ahora puede ejercer poder político e influenciar en el proceso de creación de políticas públicas sin tener que confrontar constantemente al gobierno de manera directa. Dicho esto, la “nueva” Corte Constitucional también ha estado más dispuesta a confrontar directamente al gobierno en su jurisdicción abstracta *a priori*, como veremos abajo.

Debería señalarse que la transferencia del *recurso de inaplicabilidad* a la Corte Constitucional y el cambio en las reglas del proceso, también representaron una nueva oportunidad para los Jueces ordinarios de cualquier nivel para impugnar la constitucionalidad de una ley que afecte un caso que estén decidiendo. Mientras que en el pasado sólo las partes involucradas en el caso o la Suprema Corte podían interponer de oficio un *recurso de inaplicabilidad*, ahora cualquier Juez ordinario que piense que una ley que debe aplicar es inconstitucional puede enviar esa demanda directamente a la Corte Constitucional, cuyos miembros ya no incluyen a ninguno de sus superiores de la Suprema Corte. Esta nueva facultad de los Jueces de las Cortes inferiores para sortear a la Suprema Corte y apelar ante un cuerpo externo (y uno que en realidad se encuentra por encima de la Suprema Corte cuando se trata de interpretación constitucional) significa que un único Juez hasta abajo de la jerarquía judicial puede ahora (en teoría) ser crucial para lograr

que una ley sea declarada inconstitucional sin necesidad de persuadir a sus superiores en la Suprema Corte.²⁴

d. Conclusión

Para resumir, desde la transición a la democracia en 1990 los Jueces chilenos han operado en un contexto donde el campo académico, las interpretaciones públicas y las expectativas respecto del papel que deberían jugar en la organización política han cambiado. Desde un punto de vista tradicional sobre el derecho privado y el formalismo judicial, el discurso legal ha cambiado para enfatizar la primacía de los derechos y principios constitucionales (y en algún grado, internacionales), y una activa defensa judicial de los mismos. Este paradigma neoconstitucionalista ha estimulado y fundado un importante número de reformas institucionales en el Poder Judicial. Las reformas, a su vez, han servido para limitar o sortear el control de la Suprema Corte y llevar al Tribunal Constitucional y a las Cortes inferiores individuos más seguros, sofisticados intelectualmente y creativos, lo que ha abierto la puerta a un incipiente activismo. Sin embargo, para el Poder Judicial ordinario en su conjunto, las actitudes y prácticas tradicionales (quietismo) continúan muy afianzadas, y por tanto, una “revolución de los derechos” chilena sigue siendo solamente una posibilidad remota. A continuación examinaremos la continuidad empírica y los cambios que nos llevaron a esa conclusión.

4. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS EN LAS CORTES ORDINARIAS

En esta sección ofrecemos un retrato del comportamiento reciente de los Jueces de la Corte ordinaria en los casos sobre derechos fundamentales. Idealmente ofreceríamos un análisis global de las decisiones judiciales en un universo completo de casos sobre derechos, o una muestra aleatoria del mismo, para un periodo antes y después de las reformas. Debido a las limitaciones

²⁴ Sobre la importancia de esta característica en perspectiva comparada, *cf.* Stone Sweet, 2000.

de tiempo, dinero e información disponible, establecimos en su lugar una combinación de análisis secundarios y de información preliminar de un proyecto²⁵ más grande en curso para demostrar tanto la continuidad (general) como los cambios (interesantes pero limitados) en la forma en que las Cortes ordinarias chilenas abordan los casos sobre derechos gracias a los cambios ideológicos e institucionales discutidos arriba.

Comenzamos con una breve discusión del tratamiento de los casos de abuso de derechos humanos durante el periodo autoritario, que han recibido mucha atención por parte del sector académico en los últimos años (Pion-Berlin, 2004; Collins, 2010; Huneeus, 2006 y 2010). Durante la década pasada, los Jueces chilenos han “sentenciado a más funcionarios del régimen militar que los Jueces de ningún otro país en América Latina” (Huneeus, 2010, 100). De acuerdo con las estadísticas publicadas en agosto de 2009, los Jueces han abierto más de 2500 investigaciones y han castigado y sentenciado a 276 antiguos agentes de seguridad (Huneeus, 2010, 100; nota al pie 1). Un gran número de estas condenas se han basado en razonamientos que rechazan la infame ley de (auto) amnistía (emitida por la dictadura en 1978), alegando que las desapariciones forzadas clasificadas como “secuestro agravado” son crímenes que persisten más allá del periodo cubierto por la ley de amnistía, y/o invocando las convenciones de Ginebra para declarar la ley de amnistía ilegítima.²⁶

Algunos afirman que este dramático cambio en la forma de tratar los casos sobre derechos de la era de Pinochet fue resultado directo de la detención de Pinochet y de los juicios en Londres (Lutz y Sikkink, 2001; R. Garretón, 2008). Sin duda, estos eventos y el escrutinio internacional que trajeron consigo sacudieron a toda la sociedad política chilena, y ayudaron a envalentonar, desafiar e impeler a los Jueces para dejar atrás su patrón previo donde aplicaban la ley de amnistía para cerrar estos casos (Hilbink, 2008).

²⁵ Lisa Hilbink está actualmente investigando los orígenes e impacto del movimiento de derechos orientado a los Jueces de las Cortes inferiores en Chile, llamado *Nueva Justicia*.

²⁶ En los casos donde un cuerpo fue encontrado, los Jueces algunas veces afirman que el reloj del estatuto de limitaciones no comenzó a sonar hasta el descubrimiento del mismo.

Sin embargo, numerosos académicos muy familiarizados con el caso chileno sostienen que los factores domésticos, incluyendo la reforma institucional, fueron igual de importantes para hacer posible un cambio en el comportamiento judicial (Pion-Berlin, 2004; Collins, 2010; Hilbink, 2007 y 2008). Huneus (2006 y 2010), que ha llevado a cabo el análisis institucional más intenso sobre cambio jurisprudencial, argumenta con convicción que éste refleja un cambio parcial en la manera en que (algunos) Jueces chilenos entienden la relación de su papel con la sociedad. Específicamente, sostiene que muchos de aquellos que han intentado castigar los crímenes de la era de Pinochet estaban centrados en “compensar un 'exagerado formalismo' del pasado” (Huneus, 2006, 124), y buscaban principalmente redimirse y a sus instituciones ante los ojos del público. Huneus enfatiza, sin embargo, la naturaleza “obligada” del activismo judicial en estos casos, señalando que el cambio en la forma de tratar los casos de la era autoritaria no es parte de un cambio más global orientado a los derechos entre los Jueces en cuestión (2009, 52). En efecto, esta autora explica la dinámica causal como una circunstancia donde los Jueces con un marco de trabajo ideológico (el “motivo redentor”) toman una oportunidad creada por el intenso escrutinio público (o “atención constante de los medios”) “para llevar los casos más allá de la zona de confort de sus superiores o del Ejecutivo” (2009, 21). Esta dinámica, afirma, “se basa en un estrecho conjunto de circunstancias que suspenden las imposiciones verticales del apolitismo judicial” sugiriendo que “los Jueces chilenos tendrán la oportunidad de desplegar un enfoque judicial más receptivo sólo en el caso inusual de la atención sostenida de los medios hacia un tipo específico de casos, o en algunas otras circunstancias que atenuan las órdenes verticales de la Suprema Corte” (Huneus, 2010, 127).

El desempeño global de las cortes ordinarias en los casos de derechos contemporáneos (es decir, los casos posteriores a la transición a la democracia) confirma que el paradigma neoconstitucionalista no ha sido adoptado por los miembros de rango más alto del Poder Judicial chileno. Como señalamos arriba, la Suprema Corte perdió recientemente su jurisdicción sobre los casos de *inaplicabilidad* (con la reforma del 2005 que transfirió este recurso

a la Corte Constitucional); sin embargo, tanto las Cortes de apelaciones como la Corte Suprema siguen teniendo muchas oportunidades para interpretar y defender los derechos constitucionales a través del *recurso de protección* (un mecanismo de control similar al *amparo* español o a la *tutela* colombiana), así como los otros tipos de casos donde los derechos constitucionales están implicados y son invocados por los demandantes o sus abogados. Los análisis de las decisiones judiciales en tales casos, durante la era de postransición, están de acuerdo en que las Cortes han abdicado en gran parte su deber de controlar la constitucionalidad de acciones impugnadas (Correa y Gómez, 2000; Couso, 2002), y cuando emitieron resoluciones para proteger los derechos, no fue de una forma que ignorara o distorsionara los principios constitucionales (Hilbink, 2007).

En un libro reciente que reúne investigaciones sobre 5000 decisiones de *protección* (del periodo 1990-2003), Gastón Gómez subraya la debilidad del mecanismo como un remedio de protección de los derechos (2005, 17), enfatizando que las Cortes rara vez emprenden un análisis de la constitucionalidad de la acción impugnada, sino que solamente tienden a decidir sobre su legalidad (2005, 59-61). Al nivel de las Cortes de apelación y de la Suprema Corte, los Jueces se esfuerzan poco para definir o establecer el alcance y los límites de los derechos constitucionales, y en la minoría de los casos donde realizan un análisis constitucional su razonamiento no es “consistente ni coherente” (2005, 17). Otros trabajos que se centran en el tratamiento judicial de derechos específicos hacen críticas semejantes. En un trabajo sobre el acceso a la información, Contesse (2006, 195) cataloga al Poder Judicial como “indulgente” con la administración, señalando que en tales casos las Cortes se han replegado en el formalismo, “dando la espalda a las peticiones de los actores sociales”, y descuidando “asumir su obligación constitucional de otorgar la protección del debido proceso a los ciudadanos que enfrentan los abusos e ilegalidades cometidas por el Ejecutivo”. En un artículo que discute la forma en que el Poder Judicial trata los casos que involucran el acceso a la asistencia sanitaria de pacientes con VIH/SIDA, Lovera (2007, 37) afirma que el análisis de las decisiones “apoya la per-

cepción de las Cortes como enemigas, en lugar de aliados de los derechos humanos”.

Para los casos relacionados con la seguridad pública, que podría decirse incluyen a los derechos más fundamentales de todos (*e.g.*, integridad física, libertad y debido proceso), esas duras críticas parecen muy válidas. Gómez documenta que en los *recursos de protección* presentados en contra de la policía y de las agencias de investigación en el periodo 1990-2000, la Corte de apelaciones de Santiago y la Suprema Corte decidieron en favor de los demandantes solamente en el 3% de los casos, una tasa de menos de la mitad de la ya de por sí baja tasa en los otros casos de *protección*. Dicho autor caracteriza el tratamiento judicial de las fuerzas de seguridad como “una forma de 'deferencia'... que 'apoya' su trabajo sin controlarlos casi” (Gómez, 2005, 529). En los casos presentados en contra de los guardias de prisión, las Cortes mostraron algo de disposición para apoyar las demandas respecto del insuficiente tratamiento médico, pero se negaron a apoyar reivindicaciones en contra del tratamiento general o de la transferencia de prisioneros (Gómez, 2005, 530 y 559). Otro estudio que analiza los resultados de los *recursos de amparo (habeas corpus)* y *recursos de protección* presentados por reclusos durante el periodo 2000-2002, también revela una falta de voluntad de parte de las Cortes de apelación chilenas para investigar e impugnar legalmente los supuestos abusos hacia los prisioneros (Stippel, 2006). De 459 peticiones presentadas en este periodo, un tercio fue desestimado por aspectos procedimentales, basados en las regulaciones internas diseñadas por la Suprema Corte pero no establecidas en la Constitución ni en la ley. De 279 peticiones que fueron resueltas entrando al fondo del asunto, solamente el 8.6 % fueron decididas en favor de los demandantes y la tasa cayó a 3% para las decisiones sin representación legal formal (un total de 75% de todas las peticiones) (Stippel, 2006, 212-219). Por tanto, Stippel concluye que los Jueces chilenos parecen estar “más preocupados de las reglas procedimentales que de resolver el conflicto” y no tienen “idea de su descuidado desempeño respecto del sistema penitenciario”, dejando a los internos con “una absoluta falta de protección legal” (Stippel, 2006, 227 y 220). En una serie de

casos recientes donde los abogados de derechos humanos interpusieron recursos de *amparo* y de *protección* en favor de jóvenes internos que sufrían una gran variedad de tratos ilegales, las Cortes de apelación de cuatro diferentes ciudades rechazaron las peticiones y la Suprema Corte confirmó sus decisiones (*Informe Anual 2008*, 128-133). En estos casos, los abogados tuvieron que presentar el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Además, como sucedía en el pasado, cuando las Cortes se han impuesto en casos de derechos, generalmente ha sido de manera que demuestran ignorancia o perversión del neoconstitucionalismo. Por ejemplo, en casos relacionados con el derecho a la vida garantizado constitucionalmente, las Cortes chilenas han mantenido un enfoque mucho más apartado del neoconstitucionalismo. La parte central de este enfoque ha sido el tratamiento del derecho a la vida como un derecho “absoluto”, del cual depende el disfrute de todos los otros derechos (Bascuñán, 2004 y 2006; Figueroa, 2008). Por tanto, se encuentra necesariamente por encima de todos los derechos, haciendo fácil para las Cortes desestimar las demandas en competencia con él basadas en la libertad de conciencia, religión, expresión, o elecciones reproductivas. Esto va en contra de los estándares interpretativos neoconstitucionalistas, que dejan claro que los derechos fundamentales son interdependientes y no jerárquicos y que incluso el derecho a la vida debe ser sopesado con otros derechos (Figueroa, 2008, 278). Sin embargo, tanto los Tribunales de Apelación como la Suprema Corte han impuesto repetidamente tal razonamiento para proteger el “derecho a la vida” de personas en huelga de hambre, de los Testigos de Jehová que se niegan a utilizar transfusiones de sangre porque violan sus convicciones religiosas y hasta de los embriones que podrían estar siendo asesinados a través de una contracepción de emergencia (Gómez, 2005; Bascuñán, 2004 y 2006; Figueroa, 2008).²⁷ Los casos que involucran “la píldora del día siguiente” son ilustrativos, ya que las Cortes

²⁷ En los casos donde los demandantes de bajos ingresos que padecen VIH/SIDA han solicitado tratamiento que no pueden pagar sobre la base de que su negativa implicaría una violación a su derecho a la vida, las Cortes han argumentado sin embargo que no tienen la autoridad para ordenar al Estado que dedique sus recursos de esa forma (Lovera, 2007).

han evitado sistemáticamente tratar de lidiar con los asuntos constitucionales (sensibles políticamente) en juego, tales como el balance apropiado entre el derecho a la vida de un nonato y el derecho de la mujer a la libertad y salud reproductivas, o la relación entre el Poder Judicial y la Legislatura en tales casos. En su lugar, se han limitado a cuestiones más técnicas sobre reglas de procedimiento y evidencia. En otras palabras, sin importar el resultado de la decisión (prohibir o autorizar la venta de la píldora del día siguiente),²⁸ las Cortes ordinarias nunca han participado seriamente en las cuestiones constitucionales fundamentales involucradas (Bascuñán, 2006).

Sin embargo, en fuerte contraste y cuestionando abiertamente este modo de defensa de los derechos abrumadoramente pasivo, sumiso y parroquial, un grupo de jóvenes Jueces de Cortes inferiores, educados en el nuevo paradigma y libres, gracias a las reformas institucionales, de las “órdenes verticales de la Suprema Corte” (Huneus, 2010, 127), recientemente comenzaron a promocionar activa y públicamente una jurisprudencia basada en los derechos. En los últimos años, esos Jueces han ganado notoriedad pública y, en algunos casos condena, por acciones tales como desafiar la legitimidad legal de la jurisdicción militar (Narváez y Rebolledo, 2007; Carvajal, 2007; “Justicia Militar...”, 2008), debatir públicamente con políticos que buscaban limitar las garantías del debido proceso (Pérez, 2007a), y exponer y demandar acciones para corregir las condiciones inhumanas de las prisiones cada vez más hacinadas del país (Cuevas, 2006; Pérez, 2007b). Todos estos Jueces tienen diplomas de la academia judicial, y muchos de ellos han estudiado fuera del país. Aquellos que han tomado posturas más públicas son *Jueces de garantía*, que están encargados explícitamente de asegurar que los derechos del debido proceso sean respetados en el nuevo sistema de justicia penal (Valenzuela y Muñoz, 2007). Un indicador de su efectividad al respecto es la tasa dramáticamente reducida de detención preventiva en Chile (Baytelman y Duce, 2003, 187-201; Duce y Riego, 2009, 18-23).²⁹ Tal vez más sorprendente, sin

²⁸ La Suprema Corte, por ejemplo, decidió en el 2001 prohibir la autorización de la píldora del día siguiente, y en el 2005 invirtió esa posición para permitirla. *Cfr.* Bascuñán, 2006.

²⁹ Mientras que en el antiguo sistema, una mayoría de la población de la prisión era provisional (*i.e.*, estaba esperando ser acusada o bien aguardaba la sentencia de su juicio), para el 2007, tres cuartos de

embargo, es la defensa activa que montaron de los principios básicos (neo-constitucionales) del sistema, escribiendo editoriales en los periódicos y revistas más importantes (Flores, Muñoz, y Zapata, 2007; Guzmán, 2008; Zapata, 2009), apareciendo en las noticias de la televisión y en programas de entrevistas (*e.g.*, Zapata, 2008), presentando conferencias y debates públicos (Pérez, 2007a),³⁰ e interponiendo cuestionamientos constitucionales a leyes viejas y nuevas que, desde su punto de vista, contravenían los principios consagrados en la Constitución y en la idea del Estado de derecho democrático (Ayala Castro, 2008). En efecto, de los 88 *recursos de inaplicabilidad* presentados por los Jueces ordinarios ante el Tribunal Constitucional durante los primeros tres años después de la reforma de 2005, solamente trece lidiaron con cuestiones de derechos fundamentales (el resto fueron cuestiones respecto del Código Fiscal), y de esos trece, once fueron interpuestos por Jueces de Cortes inferiores del nuevo sistema penal. Todos fueron desestimados por la Corte Constitucional, pero el sólo hecho de que fueran interpuestos sugiere una nueva confianza y efectividad de parte de los Jueces de las Cortes inferiores, así como una conciencia de su parte del potencial de este nuevo mecanismo para promover los derechos.

En resumen, los años recientes han presenciado algunos cambios en la defensa de los derechos por parte del Poder Judicial chileno, pero éstos han sido limitados tanto en términos del tema como del nivel de la Corte. Ha habido cambios dramáticos a todos los niveles en la forma de tratar los abusos en contra de los derechos humanos durante la era autoritaria, atribuíbles a una confluencia de factores que incluyen la presión política directa de los gobiernos de la *Concertación* y de otros actores sociales. Pero sin importar lo trascendente que haya sido este cambio, no ha implicado una transformación más global en la defensa de derechos por parte de los Jueces ordinarios chilenos, que han permanecido poco equipados y/o renuentes a desarrollar

los prisioneros fueron sentenciados y cumplían sentencias formales. Además, el número de individuos en prisión pero sin cargos cayó de casi el 10% del total de la población de la prisión antes y durante mediados de los años noventa a menos del 1% en el 2006 y a menos del 0.2% en el 2008 (Duce y Riego, 2009, 22 y 32).

³⁰ *Cfr.* también el boletín *No Hay Derecho*, publicado por la Asociación Regional de Magistrados de Santiago.

una jurisprudencia basada en los derechos. Solamente en una nueva generación de Jueces de Cortes inferiores, educados en el paradigma del neoconstitucionalismo y posibilitados por las reformas institucionales que han relajado el control de la elite judicial sobre sus carreras, observamos una mayor adopción y ejercicio del neoconstitucionalismo. A la fecha, sin embargo, aún son una pequeña pero activa minoría incluso entre los Jueces de las Cortes inferiores y sigue siendo poco claro saber si tendrán éxito o no en forjar una “revolución de los derechos” desde abajo.

5. EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En contraste con el Poder Judicial ordinario, en los últimos años la Corte Constitucional del país ha pasado de forma más clara del quietismo al activismo. De hecho, el cambio en el comportamiento de la Corte Constitucional está transformando rápidamente el rol que esta institución juega en el sistema político del país: de ser un cuerpo pasivo y poco conocido a convertirse en un actor político crucial. Este impresionante cambio de la Corte Constitucional, de la sumisión al activismo, se remonta a un momento específico, a saber la reforma constitucional de 2005 que, como analizamos antes en este capítulo, logró un importante cambio en la composición de la Corte, así como en su jurisdicción y número de casos. Estos cambios institucionales, asociados a la influencia de la ortodoxia del nuevo constitucionalismo 'basada en los derechos humanos', que es cada vez más dominante en el discurso constitucional chileno, han creado una Corte Constitucional más activista y políticamente influyente. Como veremos más adelante, la nueva marca de ésta puede ser apreciada en su defensa efectiva e interpretación expansiva de sus propios poderes; su disposición para realizar una interpretación de la ley constitucional útil y basada en los derechos; su buena disposición sin precedentes para invocar el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia comparada; y su disposición para decidir en contra de las políticas favorecidas por el gobierno, incluso en casos donde éste tenga mucho apoyo de la opinión pública. En efecto, en el periodo

2006-2009 la Corte abandonó sus maneras formalistas y exegéticas previas de interpretar la Constitución y emitió una impresionante serie de decisiones visibles y activistas que han hecho valer los derechos fundamentales aun con el costo de alterar la política pública emitida por las ramas electas del gobierno, una nueva postura que en ocasiones ha colocado a la Corte en el centro de las controversias públicas.

La postura más activista mostrada por la “nueva” Corte Constitucional fue evidente poco después de la reforma del 2005. El primer y crucial movimiento tuvo lugar en mayo de 2006, cuando la Corte decidió que comenzaría a examinar las demandas de *inaplicabilidad* aunque la legislación que la habilitaba aún estaba pendiente.³¹ Argumentando que su papel como el garante máximo de la Constitución no podía depender de la aprobación de las reformas a la leyes que regulan su propia organización y procedimiento (La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), los Jueces decidieron que comenzarían inmediatamente a examinar las demandas de *inaplicabilidad*. Es difícil exagerar la relevancia de esta medida sin precedente en un país donde tanto los Jueces ordinarios como los constitucionales han entendido tradicionalmente sus poderes y prerrogativas en un sentido muy restrictivo y formalista. Además, esta decisión terminó siendo crucial ya que en los tres años que transcurrieron entre la reforma constitucional y la promulgación de la legislación habilitante (mediados del 2009), el recurso de *inaplicabilidad* se volvió el principal asunto de la Corte.

La disposición de la Corte Constitucional para expandir (o proteger) sus propios poderes también es evidente en una decisión reciente que anuló un importante aspecto de la ley que evitaba que la Corte controlara la constitucionalidad de los tratados internacionales ya ratificados. Al anular la sección de dicha ley, la Corte afirmó que:

³¹ La necesidad de habilitar la legislación provenía del hecho de que el *recurso de inaplicabilidad* justo había sido asignado a la Corte Constitucional, después de casi un siglo dentro de la jurisdicción de la Suprema Corte. Esto significa que no había reglas que indicaran cómo la Corte Constitucional manejaría las demandas de *inaplicabilidad*. En todo caso, en ese tiempo se esperaba que le tomara al Congreso un par de años elaborar la legislación necesaria. Y este era de hecho el caso, ya que no fue sino hasta mediados del 2009 que finalmente se aprobó dicha legislación.

Esta ley (...) no puede limitar o restringir de ninguna forma los poderes otorgados por la constitución a esta corte. Dado que así lo hace, estamos forzados a declarar la inconstitucionalidad de este fragmento de la legislación que –bajo pretexto de que solamente regula la organización o procedimientos de la corte constitucional– de hecho restringe los poderes que le otorga la constitución.³²

Como podemos ver, la Corte no se arrepintió de defender de sus propios poderes algo que contrasta con la forma en que se comportaba antes de la reforma constitucional de 2005.³³

La nueva efectividad mostrada por la Corte Constitucional también ha sido evidente en su mayor voluntad de proteger los derechos, incluyendo los derechos sociales, económicos y culturales por mucho tiempo ignorados. Esto ha sido más obvio en los casos que involucran la inconstitucionalidad de algunos aspectos de las leyes que regulan la asistencia sanitaria privada introducidas por el régimen autoritario de agosto Pinochet. En efecto, en una serie de demandas de *inaplicabilidad* interpuestas por los clientes de las organizaciones de asistencia sanitaria de régimen privado del país (llamadas “Isapres” en Chile), la Corte declaró que una disposición legal que les permitía aumentar las primas de los clientes que envejecían era inconstitucional porque el derecho a la asistencia sanitaria tenía prioridad por encima de la libertad contractual. Además, en esos casos, por primera vez la Corte aprobó la noción de que los derechos reconocidos por la Convención Internacional sobre Derechos Sociales, Culturales y Económicos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos eran una parte integral del sistema constitucional chileno. En palabras de la Corte:

La amplia mayoría de académicos chilenos y en derecho constitucional comparado reconocen que los derechos sociales y económicos (también conocidos como “derechos de segunda generación” o “derechos positivos”) son en efecto derechos fundamentales, no sólo aspiraciones o afirmaciones

³² Decisión No.1.288 (25 de agosto de 2009).

³³ Cfr. sección II y nota al pie de página 7 de ese capítulo.

teóricas cuya realización ha sido pospuesta hasta que haya suficiente presupuesto para ponerlas en práctica.³⁴

Esta promoción sin precedente de los derechos sociales y económicos es sorprendente porque abre la puerta a un amplio y complejo cuerpo de leyes internacionales de los derechos humanos que a su vez llevan a la “importación” de algunos derechos reconocidos por estas últimas pero que no habían sido incluidos en la Constitución de Chile de 1980.

Un ejemplo reciente es una decisión de *inaplicabilidad* donde la Corte declaró inconstitucional un precepto del reverenciado Código Civil chileno,³⁵ sobre la base de que no respetaba el “derecho a la identidad” de los niños nacidos fuera del matrimonio. Citando la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la Corte decidió que el “derecho a la identidad” aunque no reconocido explícitamente en el texto de la Constitución chilena es, sin embargo, una parte del sistema constitucional del país. En palabras de la Corte:

Debemos aceptar que numerosos instrumentos legales internacionales, ratificados por Chile (...) reconocen el derecho a la identidad personal, y por lo tanto generan el deber de todos los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos (...) el hecho de que el texto constitucional chileno no reconozca el derecho a la identidad personal no puede ser un obstáculo que impida que un juez constitucional le dé adecuada protección, especialmente tomando en consideración su cercana relación con el principio de dignidad humana y con el hecho de que el derecho a la identidad personal está expresamente garantizado en numerosos tratados internacionales ratificados por Chile (...)³⁶

Como podemos apreciar en esta decisión, la Corte Constitucional ha aceptado la noción neoconstitucionalista que el cuerpo de normas que la Corte

³⁴ Cfr. Decisión No. 976 (26 de junio de 2008).

³⁵ La cláusula objetada fue el artículo 206 del Código Civil chileno.

³⁶ Cfr. Decisión No. 1.340 (29 de septiembre de 2009).

debería aplicar en su desempeño como el garante de la Constitución incluye no sólo el texto sino también el variado cuerpo de legislación internacional de los derechos humanos que Chile ha firmado.³⁷ La ampliación de lo que constituye la “ley constitucional” en la visión de la “nueva” Corte Constitucional chilena es evidente en un trabajo académico de José Luis Cea, el primer Presidente de la Corte en la era posterior al 2006. En sus propias palabras:

El nuevo constitucionalismo reconoce la supremacía no sólo del texto de la constitución sino también del “bloque de constitucionalidad” que está compuesto: del texto de la constitución; los valores y principios implícitos en los estatutos constitucionales, los tratados internacionales sobre derechos humanos y, finalmente, por el *ius cogens*, que ayudan a interpretar y aplicar aquellos tratados (Cea, 2009).

Esta declaración del Juez Cea es impresionante no sólo porque representa una afirmación bastante audaz de la nueva ideología del neoconstitucionalismo, sino en particular porque en ese momento Cea era el Presidente de la Corte Constitucional, justo cuando estaba comenzando su nueva era. Por si esta expansión de las fuentes normativas no fuera suficiente, la Corte también empezó a citar la jurisprudencia de las Cortes extranjeras orientada a proteger los derechos como la de Colombia y España.

Como mencionamos antes, la postura más activa de la Corte Constitucional en ocasiones la ha llevado a chocar abiertamente con el gobierno. Tal vez el ejemplo más dramático no tuvo lugar en una decisión de *inaplicabilidad*, sino en un caso de control abstracto. El caso involucraba un decreto ejecutivo que ordenaba la libre distribución de la llamada “píldora del día siguiente” a mujeres pobres, una política pública que fue enérgicamente implementada por el gobierno de la Presidenta Bachelet. Este tema había estado en litigio en la Corte Constitucional anteriormente, pero en esos casos

³⁷ “Nosotros (establecemos) que de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución todos los valores, principios y normas expresadas alrededor de la constitución disfrutan de supremacía (...)”. *Cfr.* Decisión No. 976.

la Corte se abstuvo de decidir el difícil tema moral sobre el estatus abortivo o no abortivo de la droga, centrándose en su lugar en el tema más bien técnico del tipo de acto administrativo que era requerido para aprobar la libre distribución de la píldora. Sin embargo, esta vez la Corte confrontó el tema de fondo y decidió prohibir la droga sobre la base de que era abortiva, y que el aborto es inconstitucional de acuerdo con la Constitución de 1980.

La decisión es representativa de un profundo cambio en el comportamiento de la Corte en diversos aspectos. En primer lugar, marca la primera vez, desde el regreso a la democracia, en que la Corte se adentró en un candente debate nacional con una decisión que llegó a la médula de un tema muy controvertido (*i.e.* la naturaleza abortiva de la droga). En segundo lugar, fue la primera vez que la Corte estuvo dispuesta a poner abiertamente en duda al gobierno en un caso donde la opinión pública lo apoyaba abrumadoramente. En tercer lugar, al emitir su veredicto, la Corte explícitamente invocó el derecho internacional de los derechos humanos (en particular la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos). Además de su relevancia constitucional, el fallo fue notable porque desencadenó la mayor demostración pública que jamás se realizara en contra de una decisión judicial en la historia del país.³⁸ El impacto de la decisión fue en efecto tan fuerte que, como resultado, muchos legisladores que de hecho habían estado involucrados en la reforma del 2005 expandiendo los poderes de control de la Corte Constitucional, expresaron su sorpresa respecto de la decisión, e incluso algunos admitieron que era inconcebible que unos pocos individuos pudieran decidir asuntos cruciales en lugar de la propia gente.³⁹

Otro caso donde la Corte mostró un mayor grado de activismo sobre su jurisdicción abstracta involucra otro decreto administrativo que autorizaba

³⁸ En efecto, más de diez mil personas indignadas —principalmente mujeres— tomaron las calles de Santiago para protestar por la decisión.

³⁹ El impacto público de esta decisión pronto fue seguida por un llamado sin precedente de algunos parlamentarios para introducir una reforma constitucional que hiciera a los Jueces de la Corte Constitucional sujetos de juicio de responsabilidad y que permitiera al 1,5% de los ciudadanos registrados promover un referéndum nacional para revertir las decisiones de la Corte. Estas propuestas no han hecho ningún progreso en los dos últimos años pero son la muestra de la gran controversia que produjo esta decisión.

un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para financiar el sistema de transporte público de Santiago (el “Transantiago”). En una decisión muy polémica, la Corte estableció que el decreto ejecutivo que autorizaba el préstamo del BID era inconstitucional porque debía haber sido aprobado por ley. La decisión, adoptada en medio de la peor crisis de transporte público en la historia de Chile, representó una confrontación directa entre la Corte y el gobierno, una que habría sido impensable pocos años atrás.

Para resumir esta sección, la Corte Constitucional de Chile, que en el pasado tendía a “decidir no decidir” en casos donde el riesgo político era muy elevado, ahora muestra una disposición sin precedente para intervenir y decidir casos que están a menudo en desacuerdo con la opinión pública o en contra de las preferencias políticas del gobierno. Además, desde la reforma constitucional del 2005 la Corte ha mostrado una nueva disposición para hacer valer los derechos fundamentales, a menudo invocando el derecho internacional de los derechos humanos.

6. CONCLUSIONES

Como hemos visto en este capítulo, después de veinte años en el proceso de consolidación democrática, la política judicial en Chile está experimentando un cambio sin precedente. Un país que ha sido el ejemplo por excelencia de la renuencia judicial para impugnar a las ramas “políticas”, ha experimentado recientemente un importante cambio en algunos Jueces hacia un rol activo, y en ocasiones proactivo, en la protección y defensa de derechos y en el arbitraje de conflictos entre las ramas del gobierno. Como hemos demostrado, este cambio es más dramático al nivel de la Corte Constitucional y respecto de las Cortes de rangos inferiores del Poder Judicial regular, pero es casi imperceptible en los escalones más altos del Poder Judicial, como en las Cortes de apelaciones y la Suprema Corte.

Mientras reconozcamos que la tendencia hacia el activismo judicial en la Corte Constitucional y en partes de los rangos inferiores del Poder Judicial ordinario sigue en desarrollo, y seamos conscientes de que aún es muy pronto para establecer el grado en que la nueva acción dirigida a hacer valer los derechos perdurará, en este capítulo hemos proporcionado evidencia del cambio en el comportamiento judicial en algunas Cortes de Chile e intentamos dar una explicación de la extraordinaria transformación que detectamos. Nuestra opinión es que los cambios observados en el comportamiento judicial fueron posibles por el cambio en el contexto ideológico combinado con las reformas institucionales que, juntos, han traído Jueces con una nueva concepción del papel que deben desempeñar en el tribunal y alteraron los incentivos que enfrentan en el cargo. La creciente influencia del llamado paradigma neoconstitucional dentro de la academia legal y de los sectores de la elite política ha animado reformas institucionales tanto en el Poder Judicial ordinario como en la Corte Constitucional. Al nivel de la primera instancia y al nivel de la Corte Constitucional, estas reformas han alterado el perfil intelectual y profesional de las nuevas llegadas al tribunal, relajaron la fuerte influencia que la Suprema Corte históricamente tuvo sobre el funcionamiento de esas Cortes, y ofrecieron a los Jueces nuevas herramientas procedimentales y oportunidades para imponerse. El eficaz comportamiento protector de derechos posibilitado por estas reformas ha sido, a su vez, reafirmado por el cambio ideológico que inspiró las reformas. En resumen, resaltamos que los notables cambios en el comportamiento de algunos Jueces chilenos en los últimos años *no habría ocurrido en ausencia* de los cambios ideológicos e institucionales que hemos resaltado en este capítulo; y, en efecto, en aquellas Cortes menos afectadas por las reformas (a saber las de alto rango del Poder Judicial ordinario), no observamos el mismo tipo de cambio en el comportamiento.

En el caso de los Jueces ordinarios, el neoconstitucionalismo, preocupado por los derechos humanos y la protección judicial de los mismos, ha provocado una serie de esfuerzos de reforma desde la transición a la democracia. Sin embargo, solamente en las Cortes inferiores, donde las reformas

trajeron al tribunal una “nueva generación” de Jueces profesionalmente capacitados en el nuevo paradigma y dotados con un mayor nivel de independencia interna y oportunidades procedimentales del que tenían sus predecesores, es evidente un activismo basado en el neoconstitucionalismo. En las Cortes de apelación y la Suprema Corte, en contraste, los valores institucionales y rutinas tradicionales de “comisariado” continúan bien instaladas, y los Jueces demuestran poco conocimiento o interés en el neoconstitucionalismo.

Respecto de la Corte Constitucional, la creciente influencia de las ideas “neoconstitucionalistas” dentro de la academia legal del país estimularon reformas institucionales y proporcionaron nuevos Jueces a la Corte, dotados con el respaldo intelectual y la legitimidad doctrinal para alejarse del enfoque formalista y sumiso que caracterizó su trabajo antes de la reforma constitucional del 2005. Debido al hecho de que el pensamiento neoconstitucionalista ha penetrado en la academia legal pero no en los altos rangos del Poder Judicial ordinario, la eliminación de los miembros de la Suprema Corte del Tribunal Constitucional y su reemplazo con académicos legales y antiguos políticos contribuyó a la consolidación de esta ideología legal. Además, la transferencia del recurso concreto *de inaplicabilidad* a la Corte Constitucional amplió dramáticamente su expediente al mismo tiempo que lo hizo accesible a toda la población, elementos que le proporcionaron más oportunidades de emitir decisiones orientadas hacia los derechos.

El argumento que hemos presentado en este capítulo sugiere que algunas de las afirmaciones que existen en la literatura sobre el comportamiento judicial pueden necesitar modificaciones. Para empezar, nuestro análisis del caso chileno sugiere que algo más que los niveles de fragmentación política pueden explicar los patrones de la protección judicial de los derechos. Las teorías de la fragmentación política (*e.g.* Chávez, Ferejohn, y Weingast, 2003; Ginsburg, 2003; Helmke, 2005; Ríos-Figueroa, 2007) asumen que los Jueces desean imponer su autoridad cuando es posible y solamente se retienen de hacerlo por consideraciones estratégicas respecto de cómo responderán los

actores políticos de las otras ramas del gobierno. Si el contexto político es suficientemente competitivo para hacer costosas las represalias en contra de los Jueces, entonces esperaríamos observar afirmaciones sistemáticas de la autoridad judicial en contra de las autoridades políticas (Hilbink, 2009a, 4-5). Esta predicción no abarca, sin embargo, el caso chileno, donde los Jueces no han defendido históricamente los derechos y se han negado a utilizar sus facultades de control judicial de la Constitución, independientemente del tipo de administración, régimen político y nivel de fragmentación (Hilbink, 2009a.; *cfr.* también Scribner, en este libro, ofreciendo evidencia estadística que apoya este punto). La fragmentación o competencia política no puede explicar el repentino y dramático cambio en la efectividad judicial en los niveles de primera instancia y de Corte Constitucional que documentamos aquí. En asuntos de defensa judicial de los derechos, los Jueces chilenos no han actuado simple o fundamentalmente sobre la base de los cálculos estratégicos sobre el contexto político formal. Y si esto es cierto en Chile, también puede serlo en otros casos.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, nuestro análisis del caso chileno afirma que las disposiciones o actitudes de los Jueces importan mucho en su comportamiento en los casos de derechos (Segal y Spaeth, 2002; Scribner, en este libro) pero, en contraste con las teorías actitudinales, nuestro trabajo indica que las actitudes no son determinadas de forma estrictamente privada, individual o exógena. Las teorías actitudinales no distinguen entre la “ideología política” de los Jueces y su “ideología constitucional”. De hecho, al intentar probar que el comportamiento judicial es una función extralegal de preferencias políticas personales, tales teorías tienden a reducir la ideología a “la separación ideológica de izquierda y derecha.” Esta situación provoca que olviden el tipo de cambio ideológico (constitucional) que ha recorrido América Latina en la última década (*cfr.* Couso, 2010), y que es crucial para entender la nueva disposición de los Jueces en Chile para emprender una defensa más activista de los derechos. La ideología constitucional es esencial para entender la auténtica naturaleza del derecho constitucional y en el papel que los Jueces deben desempeñar en

una democracia constitucional y, como señalamos en este capítulo y como otros especialistas en política judicial han argumentado (*cfr.* Baum, 2006 y Woods, 2008), la capacitación profesional y la socialización pueden afectar la manera en que los Jueces entienden su papel y se acercan a su trabajo, independientemente de sus preferencias políticas personales.

Habiendo dicho esto, no negamos que a menudo hay un elemento estratégico en el razonamiento judicial (Epstein y Knight, 1998; Helmeke y Rosenblunth, 2009). Pero nuestro estudio demostró que tanto las estructuras de incentivos como las actitudes ideológicas no siempre o no sólo son constituidas de forma exógena o derivada. En particular respecto de los Jueces de las Cortes inferiores, y especialmente en un escenario institucional burocrático como sucede en Chile, es muy importante entender qué incentivos dentro del Poder Judicial moldean las posibilidades y restricciones de la efectividad judicial, y cómo éstos cambian con la reforma institucional (*cfr.* Brinks, 2008, 28). Al mismo tiempo, las audiencias de los Jueces pueden extenderse más allá de su institución y de la esfera política formal para incluir la amplia comunidad legal (*e.g.* académicos o la Barra de Abogados), ONGs, los medios, y/o el público en general (Venberg, 2005; Staton, 2006; Brinks, 2008; Huneus, 2010). Entender la naturaleza y extensión de estas amplias presiones políticas, de la misma forma como los factores institucionales exponen a los Jueces o los aíslan de ellos, son también importantes para explicar el comportamiento judicial en distintos casos.

REFERENCIAS

- Adelman, Jeremy. 1999. *The Republic of Capital*, Stanford, CA: Stanford University Press.
- Atria, Fernando. 2007. "La Improbabilidad de la Jurisdicción", Documento de trabajo 114, en Foco Series, Expansiva.
- Ayala Castro, Leslie. 2008. "Justicia Militar en la Mira del Tribunal Constitucional", *La Nación*, 10 de octubre.
- Barros, Robert. 2002. *Constitutionalism and Dictatorship*, New York: Cambridge University Press.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio. 2006. "Después de la Píldora", *Anuario de Derechos Humanos 2006* (Universidad de Chile):235-244.
- . 2004. "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", *Estudios Públicos* 95(invierno):43-89.
- Baum, Lawrence. 2006. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton: Princeton University Press.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. 2003. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Brahm, Enrique. 1999. *Propiedad sin libertad. Chile 1925-1973*, Santiago: Universidad de los Andes.
- Carvajal, Cinthya. 2007. "Suprema: Fiscal Militar Verá el Homicidio del Cabo Moyano", *El Mercurio*, 12 de diciembre.

- Brinks, Daniel. 2008. *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press.
- Cea, José Luis. 2009. "Influence of Chilean Constitutional Jurisprudence on Society and on Developing Human Rights". Trabajo presentado en la Primera Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) del 22 al 24 de enero de 2009, organizado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Comisión de Venecia.
- Chavez, Rebecca, John Ferejohn, y Barry Weingast. 2003. "A Theory of the Politically Independent Judiciary". Trabajo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Ciencia Política, Filadelfia, PA.
- Collins, Cath. 2010. "Human Rights Trials in Chile during and after the Pinochet years", *International Journal of Transitional Justice* 4(1):67-86.
- Contesse Singh, Jorge. 2006. "La Opacidad del Administrador y la Indulgencia Judicial", en *Libertad de Expresión en Chile*, ed. Felipe González, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.
- Correa G., Rodrigo. 2004. "Poder Judicial y Democracia: A Rescatar el Espíritu del *Espíritu*". Trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, Oaxaca, México, 10-13 de junio de 2004, disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>.
- Correa S, Jorge. 1999. "Cenicienta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial Chileno en la Década de los 90", en *El Modelo Chileno*, eds. Paul Drake e Iván Jaksic, Santiago: LOM.

- _____. 1993. "The Judiciary and the Political System in Chile", en *Transition to Democracy in Latin America*, ed. Irwin P. Stotsky, Boulder, CO: Westview Press.
- Couso, Javier, y Alberto Coddou. 2009. "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena", en Documentos de trabajo ICSO-UDP No. 2-2009.
- Couso, Javier. 2010. "The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America", en Couso, Huneeus y Sieder, eds., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, New York: Cambridge University Press.
- _____. 2007. "The Seduction of Judicially Triggered Social Transformation: The Impact of the Warren Court in Latin America", en Harry N. Scheiber, ed. *Earl Warren and the Warren Court*, Lanham: Lexington Books.
- _____. 2006. "The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity", en *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, eds. Gargarella, Domingo y Roux, Aldershot, Ashgate.
- _____. 2005. "The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution that Never Was", en *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Angell, Sieder y Schjolden, New York: Palgrave-Macmillan.
- _____. 2003. "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, vol. 10, No. 4, pp: 70-91.

- _____. 2002. *The Politics of Judicial review in Latin America: Chile in Comparative Perspective*, Ph.D. Dissertation, UC Berkeley.
- Correa S., Jorge, y Gastón Gómez. 2000. "Informe de Investigación del Recurso de Protección", Manuscrito sin publicar registrado con Gastón Gómez en la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
- Cuevas P., Jacmel. 2006. "Al Menos 80 Presos de la ex Penitenciaría Duermen a la Intemperie", *El Mostrador.cl*, 29 de junio, disponible en línea en: http://200.27.6.250/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=191473
- Duce, Mauricio, y Cristian Riego. 2009. "La Prisión Preventiva en Chile: El Impacto de la Reforma Procesal Penal y de Sus Cambios Posteriores", Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- _____. 2007. *Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Epstein, Lee, y Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*, Washington, DC: Congressional Quarterly.
- Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. 2008. "Justicia Militar en Chile y Derechos Humanos", *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- Faúndez, Julio. 2007. *Democratization, Development, and Legality: Chile, 1831-1973*, New York: Palgrave Macmillan.
- Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. 2008. "Concepto de Derecho a la Vida", *Revista Ius et Praxis* 14(1):261-300.
- Flores, Álvaro, Juan Ángel Muñoz, y María Francisca Zapata. 2007. "Acusación contra Jueces", Editorial, *El Mercurio*, 12 de Junio, disponible

en línea: <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={34d6e42f-0d66-4894-9811-5438f4816560}>

Frühling, Hugo y Fernando Martínez. 2008. "Judicial Reform in Chile: Progress and Pending Challenges", Santiago: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile.

García Figueroa, Alfonso. 2003. "La Teoría del Derecho en Tiempos del Constitucionalismo". en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, ed. México: UNAM y Editorial Trotta.

Garretón, Manuel. 1995. *Hacia una nueva era política. Estudio sobre las democratizaciones*, Santiago: Fondo de Cultura Económica.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gómez, Gastón. 2005. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Santiago: Universidad Diego Portales.

_____. 1999. "El Recurso de Inaplicabilidad". Informes de Investigación No. 4 (noviembre), Santiago: Universidad Diego Portales.

Guzmán, Fernando. 2008. "A Veces Parecemos Esclavos de la Opinión Pública", *The Clinic*, DATE, 41.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, New York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Frances Rosenbluth. 2009. "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review of Political Science* 12:345-366.

- Hilbink, Lisa. 2009a. "The Origins of Positive Judicial Independence". Trabajo presentado en el Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Rio de Janeiro, Brasil, junio 11-14.
- . 2009b. "The Constituted Nature of Constituents' Interests: Historical and Ideational Factors in Judicial Empowerment", *Political Research Quarterly* 62: 781-797.
- . 2008. "Change and Continuity in the Judicial Role in Chile: What *Londres* Did and Did Not Do". Trabajo presentado en la Conferencia Internacional "El Efecto Pinochet," Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, octubre 8-10.
- . 2007. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*, New York: Cambridge University Press.
- . 1999. "Legalism against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-1994", Ph.D. Dissertation, University of California, San Diego.
- Huneus, Alexandria Valeria. 2010. "Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn", *Law and Social Inquiry* 35:1(invierno):99-135.
- . 2006. "The Dynamics of Judicial Stasis: Judges, Pinochet-Era Claims, and the Question of Judicial Legitimacy in Chile (1998-2005)", University of California, Berkeley.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, 2008, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
- Informe Rettig (*Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*), 1991, Santiago: Ministerio Secretaria General del Gobierno de Chile.

- Jaramillo, Betzie. 2006. "Penas Comunes", *La Nación*, 11 de junio.
- Jelin, Elizabeth, y Eric Hershberg. 1996. "Introduction: Human Rights and the Construction of Democracy", en *Constructing Democracy*, eds. Elizabeth Jelin y Eric Hershberg. Boulder, CO: Westview Press.
- Libertad y Desarrollo. 2009. *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Santiago.
- Lovera Parmo, Domingo. 2007. "Implosive Courts, Law, and Social Transformation: The Chilean Case", *Cambridge Student Law Review* 3: 30-43.
- Lutz, Ellen, y Kathryn Sikkink. 2001. "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2:1-33.
- Marré, Ximena y Cinthya Carvajal. 2007. "Fallos en DD.HH. remecen a la Sala Penal", *El Mercurio*, 17 de noviembre.
- Molina Sanhueza, Jorge. 2005. "Ministro José Benquis: 'La Corte Suprema no es creíble'", *El Mercurio*, 11 de septiembre, disponible en línea en: <http://jorgemolina.blogspot.com/2005/09/ministro-jos-benquis-la-corte-suprema.html>.
- Narváez, Luis y Javier Rebolledo. 2007. "Lautaristas: Justicias en Pugna", *La Nación*, 11 de noviembre.
- Nogueira, Humberto. 2007. "Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La Sentencia Rol No. 786-2007 del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales* 5 (2): 457-466.

- Otano, Rafael. 1995. *Crónica de la Transición*, Santiago: Editorial Planeta.
- Pérez G., Ximena. 2007a. "Los Mejores 'Rounds' del Inédito Debate de Jueces vs. Parlamentarios", *El Mercurio*, 6 de julio, disponible en línea en: http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detalle_noticias.asp?idnoticia=261726.
- _____. 2007b. "Jueces y Colapso Carcelario: "El Ministro de Justicia No Se Hace Cargo del Problema", *El Mercurio*, 20 de noviembre, disponible en línea en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=282518>
- Pion-Berlin, David. "The Pinochet Case and Human Rights Progress in Chile: Was Europe a Catalyst, Cause, or Inconsequential?", *Journal of Latin American Studies* 36 (3):479-505.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society* 49(1): 31-57.
- Segal, Jeffrey, y Harold Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Account Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Staton, Jeffrey K. 2006. "Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results", *American Journal of Political Science* 50: 98-112.
- Stippel, Jorg Alfred. 2006. *Las Cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*, Santiago: LOM.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing with Judges*, Oxford University Press.
- Vanberg, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*, New York: Cambridge University Press.

Vargas, Juan Enrique. 2007. "Alternativas para Estructurar el Gobierno Judicial respetando la Independencia de los Jueces", 97-123.

Valenzuela, Carolina y David Muñoz. 2007. "Jueces de Garantía, los 'Niños Terribles' del Nuevo Sistema", *El Mercurio*, noviembre 26, disponible en línea en: <http://blogs.elmercurio.com/cronica/2007/11/26/jueces-de-garantia-los-ninos-t.asp>

Woods, Patricia. 2008. *Judicial Power and National Politics*, Albany: SUNY Press.

Zapata, María Francisca. 2008. Aparición en Televisión en RED TV, disponible en: <http://justiciapenaladolescente.blogspot.com/2008/09/jueza-maria-francisca-zapata.html>

_____. 2009. Letter to the editor, *Revista Caras*, enero, p. 94.

Capítulo 5

*F*ieles servidores
del regimen.
El papel de la Corte
Constitucional de Brasil
bajo la Constitución
de 1988

*Daniel M. Brinks**

* Profesor en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Notre Dame. Es doctor en ciencia política por la Universidad de Notre Dame y doctor en derecho por la Universidad de Michigan. Es autor del libro *The Judicial Response to Police Violence in Latin America: Inequality and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2008) y de diversos artículos que han sido publicados en revistas como *Comparative Politics*, *Studies in Comparative International Development*, *Comparative Political Studies* y el *Texas International Law Journal*.

*A*mérica Latina ha presenciado un aumento innegable en la importancia de las Cortes en los debates sobre política, discusiones relativas a los derechos ciudadanos y los deberes de los Estados, así como en las controversias a través (y dentro) de las ramas del gobierno. Esto plantea una serie de preguntas: ¿Qué impulsa el cambio? ¿De quién son los derechos e intereses que esas Cortes protegen? ¿Acaso les han otorgado nuevas facultades por la necesidad de mantener una separación de poderes más democrática? ¿Quién se beneficia de la intervención en aumento de las Cortes en la política? ¿Las Cortes actúan de forma autónoma, o como agentes del Ejecutivo, el Legislativo o de alguien más? En este capítulo propongo un esquema teórico y conceptual para responder a algunas de estas preguntas. El marco de trabajo toma en cuenta el diseño institucional de las Cortes así como su contexto político y trata de explicar qué asuntos y qué intereses serán protegidos por las Cortes con especial deferencia. Para ilustrar su utilidad, aplico el esquema al Supremo Tribunal Federal (el STF), el tribunal de nivel más alto en Brasil.

El capítulo de Kapiszewski en este libro analiza la misma Corte, tratando de explicar la mezcla de casos que son presentados ante la Corte como una

función de la estructura de oportunidad constitucional y socioeconómica. Este capítulo se centra fundamentalmente en cómo responderá la Corte ante los casos que se le presentan. Nuestras conclusiones sobre cómo se comporta la Corte son en gran medida pero no totalmente congruentes; nuestras explicaciones tienen algunos puntos de contacto pero abordan fenómenos ligeramente diferentes. Kapiszewski está interesada principalmente en los factores que moldean la combinación de casos que llegan a ella, mientras que yo examino qué hace con esos casos que sobresalen en su historial. Ambos factores son cruciales para entender el rol político de la Corte.

Como se señala en la introducción de este libro, este capítulo es parte de un importante proyecto que busca dar respuesta a la pregunta de si existen efectivamente Cortes en América Latina que protegen los derechos de los individuos y arbitran los conflictos de separación de poderes. Este capítulo explora algunas de las condiciones previas institucionales y políticas para las consecuentes intervenciones judiciales. Mi punto de partida para responder a esta pregunta es la siguiente: para que las Cortes puedan proteger los derechos o bien arbitrar los conflictos de separación de poderes, deben tener algún grado de poder, en el sentido weberiano del término: “'poder' es la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun en contra de toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, 1978 [1921], 53). Tal vez de forma evidente, si las Cortes no tienen el poder, entonces no tendrán la capacidad o disposición para intervenir en absoluto en los conflictos, y cuando intervienen es muy probable que sean ignoradas.

Esta definición sugiere que para evaluar el poder de las Cortes deben ser consideradas dos dimensiones. En la primera dimensión, las Cortes deben ser capaces de desarrollar y perseguir “su propia voluntad” —que para los propósitos de este proyecto debe incluir una inclinación a proteger los derechos fundamentales y vigilar los límites entre las distintas ramas. Esto tiene conexiones evidentes con el modelo actitudinal, que enfatiza las preferencias sinceras de los Jueces, así como con el modelo estratégico explora

las condiciones bajo las cuales los Jueces pueden atenuar sus preferencias reales para evitar desagradables consecuencias. Me referiré a esta habilidad para formar y perseguir los distintos objetivos políticos como la dimensión autónoma de las Cortes. La segunda dimensión se refiere al ámbito de la “relación social” donde las Cortes perseguirán esas metas, e involucra la posibilidad de las Cortes para lograr los resultados que prefieren respecto de una extensa variedad de conflictos y en nombre de una amplia gama de solicitantes. Me referiré a esta habilidad como la dimensión de autoridad (utilizando también la terminología weberiana).

Las Cortes necesitarán autonomía si están protegiendo los derechos en contra de una incursión gubernamental o vigilando la separación de poderes. Tal vez resulta evidente que necesitan autonomía respecto de los actores políticos para ser árbitros imparciales en conflictos entre estos actores políticos. Como lo señala Shapiro (1981) para que la función de resolver conflictos de las Cortes sea creíble, al menos deben ser neutrales en apariencia (*cfr.* también Brinks [2005] para un análisis sobre neutralidad e independencia). Pero también necesitan autonomía para intervenir de forma creíble y consistente en los conflictos sobre derechos. Los conflictos constitucionales sobre derechos son típicamente (aunque no siempre) conflictos verticales entre los ciudadanos y los burócratas del Estado, o bien entre los ciudadanos y los encargados de crear las políticas del gobierno. Si las Cortes actúan como simples agentes del Ejecutivo o del Legislativo, entonces no esperaríamos que defiendan enérgicamente los derechos ante la invasión de esos actores, y cuando lo hicieren, atribuiríamos su comportamiento a los intereses de alguien distinto de las propias Cortes.

Además, para cumplir con su tarea las Cortes deben tener la autoridad para resolver los conflictos que surjan en esa área. Haciendo referencia a Weber, una vez más, la autoridad implica el derecho formal a decidir asuntos específicos así como el reconocimiento de ese derecho por terceros. En términos más concretos, utilizaré el concepto autoridad para denotar tanto el derecho formal a decidir conflictos particulares en nombre de demandantes

específicos como la probabilidad de que esas decisiones sean aceptadas —es decir, que sean reconocidas como resoluciones de autoridad sobre un asunto en particular—. Mientras mayor sea el ámbito de autoridad de la Corte —mayor sea la diversidad de los tipos de conflictos que pueda resolver y más actores puedan recurrir a ella sobre esos temas— más probable será que juegue el rol que resulte, resolviendo demandas sobre derechos o los conflictos sobre separación de poderes. Sin autonomía ni autoridad es poco probable que las Cortes sean actores interesantes que por sí mismos resuelvan temas cruciales relacionados con la separación de poderes o defiendan los límites y extensión de los derechos acordados a los ciudadanos.

Los términos poder y autoridad tienen una larga historia (aunque tal vez un pobre historial de precisión y claridad) y no necesitan mucha más defensa que decir que son comúnmente usados y que, en su acepción weberiana, parecen ser útiles. Sin embargo, algunas aclaraciones adicionales sobre el término autonomía son pertinentes. Evitaré utilizar, en general, el término común “independencia”, ya que su significado es refutado y confuso (*cfr.* Ríos-Figueroa y Staton, 2009, para una análisis sobre este tema). En otro lugar (Brinks, 2005) argumenté que, cuando la mayoría de personas hablan de independencia, (a) se refieren a una noción de imparcialidad, de discreción no desenfrenada, y (b) hablan de un atributo de comportamiento, pero no el atributo formal/institucional que puede o no producir realmente un comportamiento independiente. A pesar de esto, la mayoría de medidas empíricas de independencia incluyen tanto poder *como* autonomía (Larkins, 1996), o evalúan los indicadores de poder para medir la independencia, o como señalan Ríos-Figueroa y Staton (2008) utilizan simplemente los factores *de iure* para inferir la independencia del comportamiento. Ya que en este trabajo intento examinar la relación entre factores institucionales y comportamiento real y separar las cuestiones de poder de las cuestiones de autonomía, y ya que me gustaría evitar confusión terminológica y debates, simplemente evitaré el término independencia y hablaré de autoridad y autonomía como las dimensiones subyacentes del Poder Judicial.

Entonces ¿bajo qué condiciones pueden las Cortes obtener autoridad y autonomía? Ya sabemos bastante de las condiciones bajo las cuales pueden conseguir lo que llamaré autonomía: la libertad para decidir de forma sincera, de acuerdo con las preferencias legales y políticas de los Jueces. Para la gran mayoría de las explicaciones, la autonomía es, ante todo, un producto de las condiciones políticas contextuales que puede ser caracterizadas como la fragmentación de la arena política (*cfr.*, *e.g.*, Bill Chávez, 2004), típicamente medidas, ya sea por el número y tamaño relativo de los partidos (Ginsburg, 2003) o bien por el grado de control del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo (Bill Chávez, 2004; Iaryczower *et al.*, 2002).

La fragmentación política puede tener dos consecuencias distintas que dan mayor espacio a la autonomía judicial. La primera es la incertidumbre sobre los resultados políticos futuros y, por tanto, una motivación para los actores políticos actuales de imponer algunas restricciones (judiciales) sobre futuros ganadores electorales (Ginsburg, 2003; Finkel, 2004, 2005; Hirschl, 2004). Este mecanismo opera más en la etapa de diseño/reforma que después, pero también puede afectar las nominaciones judiciales y el respeto hacia las Cortes una vez que entran en funcionamiento. La segunda es el argumento de la separación de poderes en donde un ambiente menos monolítico simplemente hace más difícil castigar a los Jueces que deciden de forma contraria a los titulares del poder (Epstein *et al.*, 2001; Iaryczower *et al.*, 2002). El capítulo de Chávez, Ferejohn y Weingast perteneciente a este libro es un ejemplo de este tipo de análisis. Los factores del diseño institucional han recibido menos atención recientemente, pero algunas características, como la permanencia en el cargo asegurada, son comúnmente consideradas como condiciones previas esenciales para que los Jueces no se sientan obligados por actores políticos importantes (Helmke, 2002; Herron y Randazzo, 2003). En el argumento de la “fragmentación” está implícita la creación o presencia de acuerdos institucionales que facilitan o dificultan ejercer presión sobre los Jueces (Epstein *et al.*, 2002 hace esto explícito).

La mayor parte de la literatura toma en serio la idea de los Jueces como actores estratégicos, y por eso el interés se dirige a la posibilidad de actuar,

después de la designación, para castigar o premiar a los Jueces por sus decisiones. Observen, por ejemplo, que a pesar del título que eligieron (“Seleccionando Sistemas de Selección”), Epstein *et al.*, utilizan en realidad una medida de independencia que está basada en “los costos en que incurrirán los Jueces si siempre actúan de manera sincera”, y se centra en “la retención, en lugar de la selección” (2002, 207). Entonces, el énfasis en esta literatura recae sobre lo que llamaré mecanismos de control *ex post*.

Existe otro camino para que los políticos aseguren resultados judiciales favorables, por supuesto, y es a través del proceso de nombramiento —que llamaré control *ex ante*. En lugar de designar jugadores neutrales y contar con incentivos *ex post*, los políticos pueden nombrar Jueces que compartan sus preferencias políticas y dejarlos esencialmente libres para actuar de manera sincera (Brinks, 2005; Dahl, 1957). El control *ex ante* es menos preciso, ya que nadie nunca puede predecir completamente cómo un Juez específico actuará o qué asuntos llegarán ante la Corte; una larga duración en el cargo lo hace aún más incierto, por supuesto, ya que tanto los Jueces como los asuntos importantes tienen más probabilidad de cambiar entre más tiempo transcurra. Una larga duración en el cargo también concede un mayor lapso de tiempo para que las lealtades institucionales evolucionen hasta reemplazar las lealtades previas a la designación. Sin embargo, este tipo de control puede ser más efectivo y menos costoso ya que genera cooperación voluntaria en lugar de reticente, no depende de confrontaciones costosas entre las ramas de gobierno, se ejerce en un momento donde la atención pública puede no estar dirigida hacia el tema específico en juego, y normalmente no es tan visiblemente inconsistente con las nociones populares de independencia judicial y de Estado de derecho.¹ En muchos casos podríamos esperar que los actores políticos cambien un tipo de control por otro (Brinks, 2005; Brinks and Blass, 2009).

¹ Sin embargo, las frecuentes discusiones y polémicas alrededor de las batallas de nombramientos sugieren que esto tampoco es un mecanismo sin costo.

Los mecanismos de designación varían en función del grado de control político sobre las preferencias judiciales, y sobre el número y cohesión de los actores con veto involucrados en el proceso. Algunos mecanismos dan a los poderes Legislativos y Ejecutivos mucha libertad para seleccionar a los nominados, mientras que otros exigen que ellos los elijan de listas presentadas por agentes con veto que no fueron elegidos mediante votación, como la Suprema Corte, la Barra de Abogados, o el Consejo de la Judicatura. Algunos procesos requieren la cooperación de dos o más actores, como el Presidente y una mayoría del Senado en el caso de los Estados Unidos, mientras que otros permiten que una diversidad de actores designen a una parte de los Jueces, como en Colombia, donde el Presidente, la Suprema Corte y el Consejo de Estado, respectivamente, nominan cada uno a un tercio de los Jueces de la Corte Constitucional. Algunos sistemas de nombramiento intentan purgar las influencias políticas del proceso en general, como sucede en el proceso profesionalizado, meritocrático y de examen abierto utilizado para seleccionar a las Cortes inferiores en Brasil; otros, a su vez, intentan arrebatar el poder de las elites políticas o profesionales, utilizando las elecciones populares para elegir a los Jueces, como ocurre en muchos poderes judiciales estatales en los Estados Unidos.

Ya sea *ex ante* o *ex post*, y poniendo a un lado por el momento el costo electoral potencial de entrometerse con las Cortes, la habilidad para ejercer institucionalmente determinadas palancas de control es una función de los puntos de veto definida por las reglas formales e informales, los umbrales requeridos para su acción y la fragmentación de la arena política. De esta manera, por ejemplo, un sistema en donde el Presidente puede nombrar a los Jueces sin la intervención de ningún otro actor, da al Ejecutivo el máximo de libertad posible para seleccionar a los Jueces. Un sistema que permite al Presidente elegir a los Jueces con nada más la aprobación de una simple mayoría en el Senado, da ligeramente menos libertad al Ejecutivo cuando su propio partido controla también al Senado y se convierte entonces en el único jugador con veto. Esta libertad disminuye aún más si el Presidente tiene solamente coaliciones mayoritarias en el Senado y se desvanece

más adelante si un partido de oposición o coalición controla en realidad la Legislatura. Finalmente, un sistema que utiliza las nominaciones presidenciales con la aprobación de una supermayoría del Senado, permite aún menos que los actores parlamentarios mayoritarios bloqueen la aprobación, pero otorgaría un control continuo al Ejecutivo si pudiera contar con una importante mayoría en el Senado.

Lo mismo es cierto de las reglas —formales o informales— que permiten al Ejecutivo reemplazar a los Jueces, nombrar un bloque de Jueces leales en la Corte, o bien castigar a los Jueces desobedientes. El punto es que el contexto institucional formal o informal define los puntos de veto relevantes y los umbrales requeridos para ejercer el veto, mientras el contexto político determina si un único interés o partido controla todos los mecanismos de control o si cualquier acción debe satisfacer a múltiples actores con veto y con objetivos políticos opuestos (*cf.* Tsebelis, 2002 para una discusión análoga sobre los actores con veto, partidarios e institucionales).

Otro factor que probablemente induce a los Jueces a consideraciones estratégicas es la probabilidad de implementación. Con frecuencia los Jueces están muy conscientes de que, como escribió el Juez Goldstone, ex Magistrado de la Corte Constitucional de Sudáfrica, “si las órdenes decretadas por las Cortes no son respetadas e implementadas a conciencia por el Poder Ejecutivo, la credibilidad judicial se verá invariablemente perjudicada, con consecuencias posiblemente críticas para el Estado de derecho” (Goldstone, 2008). Hay mucha evidencia de que la probabilidad de implementación a menudo entra en los cálculos estratégicos de los Jueces y por tanto puede afectar su autonomía, como está definida aquí. Pero esta observación complica considerablemente la distinción entre autonomía y autoridad, ya que la implementación es vista de forma más natural como una contribución a la autoridad real de la Corte. En consecuencia, reservaré esta discusión para la sección sobre autoridad, en la cual me centraré ahora.

La autoridad judicial es una función de la interacción entre el ámbito formal de autoridad dado a la Corte en su diseño institucional y la capaci-

dad de sus probables bases de apoyo para imponer costos en las decisiones adversas. El ámbito de autoridad de una Corte específica es otorgado por (a) las categorías de conflictos que la Corte tiene y el poder legal para resolver, (b) la naturaleza y rango de los actores con poder para llevar los conflictos ante ella, (c) el grado de control sobre su propio sumario de causas pendientes, y (d) el efecto legal formal de sus decisiones. El ámbito de autoridad se vuelve real cuando se encuentra junto con la capacidad de lograr que las decisiones se mantengan en el tiempo, es decir, la habilidad de producir aceptación real.

Cada uno de estos parámetros tiene un efecto separado sobre el poder que la Corte puede ejercer potencialmente. Por tanto, las Cortes que pueden resolver conflictos constitucionales son más poderosas que las que están limitadas al control de la legalidad; las que pueden resolver demandas abstractas y concretas son más poderosas que aquellas que sólo hacen una u otra, y las que sólo pueden resolver demandas abstractas dentro de los primeros 60 días después de que la ley en cuestión fue aprobada, tienen menos poder que las que pueden recibir demandas abstractas en cualquier momento. De forma similar, las que sólo pueden recibir demandas interpuestas por un número limitado de funcionarios electos tienen menos poder que las que conceden un apoyo más amplio a cualquier ciudadano (por no hablar de cualquier residente, como sucede con la Corte Constitucional de Hungría) ante una demanda constitucional. Por ejemplo, el *Conseil Constitutionnel* francés se volvió más poderoso en 1974, cuando el rango de actores que podían presentar acciones abstractas fue expandido y pasó de una lista que contenía solamente al Presidente, el Primer Ministro y los líderes de las dos cámaras legislativas, a incluir a los 60 miembros (alrededor del 60%) de la Asamblea Nacional o del Senado; y se volvió aún más poderoso en el 2008, cuando adquirió la capacidad de juzgar conflictos constitucionales concretos sobre la base de informes judiciales. Estos cambios no solamente expandieron el papel del Consejo como árbitro entre actores igualmente mayoritarios (que rara vez utilizaban la Corte) sino que lo llevaron a resolver conflictos entre minorías y mayorías, las cuales también pueden ser aliadas potenciales del

Consejo —la izquierda, cuando la derecha está en el poder, y viceversa, en casos abstractos; y ciudadanos o grupos de interés, en casos de control concreto.

Además, las Cortes cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes* y pueden establecer precedente vinculante —*de jure* o *de facto*— tienen más poder que las limitadas a decidir un caso a la vez. Sus decisiones, al menos en potencia, vinculan a más gente y producen mayores consecuencias políticas con menor esfuerzo. Y finalmente, las que pueden elegir sus propias agendas a través de su facultad discrecional, tienen más capacidad para centrar y dirigir sus decisiones, para elegir a sus aliados y enemigos, y para evitar casos que pueden ser peligrosos para su bienestar. La combinación de estos diversos factores determina la influencia que las Cortes pueden potencialmente ejercer sobre los resultados políticos sustantivos.

Finalmente, llegamos a la implementación. Teóricamente podemos reducir el problema de la implementación a una simple desigualdad: otras ramas (o actores de forma más general) cumplirán cuando el costo de aceptar sea menor al de desafiar una orden de la Corte. La pregunta se dirige entonces a qué afecta el costo de la implementación y el de la resistencia. Vanberg (2001) y Staton (2004) muestran que la atención pública hacia las decisiones judiciales, supuestamente junto con la disposición y habilidad del público para imponer costos a los políticos que desacatan la ley, puede generar la implementación de las decisiones adversas. Epstein *et al.*, (2001) señalan que la tolerancia de los políticos a las decisiones adversas depende de factores como la importancia del asunto, la claridad de la jurisprudencia en el tema, el apoyo público hacia el resultado en cuestión y para la Corte como institución. Rosenberg (1991) muestra que en muchos casos el apoyo del Ejecutivo y del Legislativo es esencial para la implementación. Aunque aún quedan muchos detalles por resolver, el factor crucial parece ser la presencia de un tercer actor que puede imponer suficientes costos sobre un funcionario político inconforme, ya sea apoyando una solución particular de la Corte o a la Corte *tout Court*. En resumen, una condición previa adicional para el Poder Judicial es la presencia de un aliado efectivo, que podría

ser, dependiendo del asunto, el Ejecutivo, el Legislativo, o el público en general (Gauri y Brinks, 2008, 25-28). La naturaleza de ese aliado influirá los tipos de asuntos que la Corte puede asumir exitosamente “aun enfrentando resistencia”.

La autoridad y autonomía trabajan juntas de la siguiente forma: ya que una Corte tiene autoridad en un área específica ¿cómo ejercerá esa autoridad?, ¿qué intereses favorecerá? Para responder a esas preguntas, me dirijo en primer lugar a la literatura sobre los efectos de los agentes con veto en el proceso de toma de decisión (Tsebelis, 2002). Dicho de manera simple, más agentes con veto en los mecanismos de control *ex post* darán a los Jueces mayor libertad de acción, permitiéndoles seguir sus preferencias reales y por tanto expandiendo el rango de posibles resultados. Esto producirá Jueces más autónomos, en el sentido clásico de que son libres de seguir sus preferencias sinceras. En cambio, un mayor número de actores con veto efectivo en los mecanismos de control *ex ante* tenderá a estrechar el rango de preferencias que los Jueces pueden mantener y aun ganar la nominación y a aumentar las calificaciones técnicas necesarias para ganar aprobación. Esto propiciará producir mayor centrismo, más Jueces de la corriente dominante, que probablemente mantengan posiciones legales y políticas bien establecidas, no controversiales. En resumen, producirá, *ceteris paribus*, Jueces respetados pero cautos, incluso conservadores, que probablemente sean árbitros neutrales pero improbablemente cruzados judiciales.² El resultado, para decirlo de otra forma, es probablemente una Corte más autónoma, en el sentido de que los Jueces mantienen sus puntos de vista principales y consensuales, vinculados a una ortodoxia legal, en lugar de puntos de vista que estén identificados de cerca con una u otra posición partidista. En pocas palabras, sus puntos de vista probablemente sirvan menos a los intereses de cualquier facción.

² Debería señalar que es teóricamente posible que bajo ciertas circunstancias los actores con veto llegaran a un arreglo para hacer aprobar sus proyectos de ley, en donde cada uno designe a sus propios partidarios, y por tanto produciendo una Corte dividida (aunque el teorema del Juez mediano sugiere que los rendimientos de tal Corte permanecerían muy centristas). Como una cuestión empírica parece que la tendencia es producir Jueces centristas (*cf. e.g.*, el capítulo de Magaloni, *et al.* sobre la Suprema Corte de México en este libro, y Brinks, 2008: 196-97, sobre la Suprema Corte de Uruguay). Futuras investigaciones permitirán especificar las condiciones bajo las cuales una o las otras consecuencias podrían resultar.

Estas dos dimensiones del control judicial funcionan juntas, dado que las decisiones reales de una Corte no restringida están, por supuesto, al menos parcialmente condicionadas por el proceso inicial de designación de los Jueces. Cuando una facción controla los nombramientos, los resultados reflejarán probablemente más los intereses de esa facción, como en la Argentina de Menem, al menos hasta que sus designados tengan fuertes razones *ex post* para subordinar sus preferencias sinceras. Cuando los nombramientos deben satisfacer a un rango de actores, ya sea de la coalición del Presidente o bien de un cuerpo de oposición controlado, es más probable que los Jueces no sean controversiales, es decir muy calificados, centristas y cautos. Bajo estas circunstancias, la Corte tomará de forma sincera decisiones bien fundadas, basadas en principios morales, centristas, cautas, incluso o especialmente cuando se encuentre libre para decidir de acuerdo a sus propias ideas.

Aunque hay una gran diversidad de arreglos judiciales en el mundo, deberíamos ser capaces de utilizar los parámetros descritos arriba para ubicar a cualquier Corte dentro de un espacio bidimensional definido por la extensión de la autonomía y poder que produzca su diseño institucional, manteniendo el contexto constante (*vid., e.g.,* Brinks y Blass, 2009 para las etapas iniciales de tal intento, en las Cortes de América Latina). Entonces podemos identificar los agentes relevantes con veto y examinar su identidad partidista para determinar cuáles podrían ser activados y bajo qué circunstancias. Por ejemplo, un mecanismo que requiera una mayoría del 60% para la aprobación de los nominados judiciales producirá un mayor grado de autonomía en un sistema de numerosos partidos, altamente fragmentado, que en un sistema bipartita con un partido dominante. Un sistema que otorgue a los grupos de la sociedad civil organizada el derecho de interponer recursos abstractos en contra de la legislación producirá una Corte más poderosa en una democracia muy funcional, con una sociedad civil fuerte. La interacción entre las variables institucionales y contextuales debería explicar mucha de la variación en la inclinación y habilidad de las Cortes para actuar ya sea como árbitros de los conflictos entre ramas o como activistas protectores de

los derechos, produciendo circunscripciones judiciales diferentes y en consecuencia diferentes áreas de compromiso judicial.

A continuación analizaré la Corte Constitucional de Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF), utilizando este enfoque. Primero me centraré en el ámbito de la autoridad de la Corte, después en el problema de la autonomía, y finalmente examinaré los resultados de ésta, utilizando la literatura secundaria como una fuente de información.

I. EL ÁMBITO DE AUTORIDAD DEL STF

Entre las Cortes latinoamericanas, el STF de Brasil tiene los poderes más amplios. Como lo explica Kapiszewski con detalle en este libro, es tanto un mecanismo de control constitucional centralizado como una Corte Superior de Apelación en un sistema descentralizado de protección constitucional, con una variedad de mecanismos procedimentales para hacer valer las demandas constitucionales. Debido al amplio rango de derechos y al expansivo lenguaje de la Constitución de 1988, el STF puede intervenir en casi cualquier conflicto de cualquier importancia (al respecto, *cfr.* el análisis de Kapiszewski sobre la estructura constitucional de oportunidades). De hecho, el tribunal interviene en casi cualquier conflicto, incluyendo muchos sin importancia, decidiendo casi 160000 casos al año (Taylor, 2008, 41).

Además, una amplia gama de actores puede presentar demandas —desde individuos buscando un *mandado de segurança* (una forma de reparación de emergencia por mandato judicial) hasta varios actores políticos y colectivos interponiendo recursos abstractos de constitucionalidad de las leyes bajo el sistema de ADIn (*cfr.* el capítulo de Kapiszewski en este libro para un análisis más detallado de varios de los mecanismos para recurrir a la Corte Superior). Dentro de los demandantes potenciales se encuentran los partidos políticos minoritarios, actores estatales y actores sociales como los sindicatos y asociaciones profesionales. Taylor (2008) describe a los distintos

actores legalmente beneficiados, y cómo han utilizado las Cortes para influenciar los resultados políticos en Brasil en las últimas dos décadas. En consecuencia, el STF tiene muchos aliados potenciales, desde la Barra de Abogados y los partidos de oposición hasta los miembros de la coalición mayoritaria y muchos de ellos tienen suficiente influencia para proteger a la Corte de un ataque flagrante, si es necesario.

El STF está un poco debilitado debido a su incapacidad tradicional para establecer precedentes vinculantes y por la imposibilidad de elegir los casos que va a decidir. La ausencia de la facultad discrecional, como lo mencionamos arriba, implica que la Corte está continuamente inundada de demandas triviales y repetitivas. Esto es agravado por la postura oficial en contra de los precedentes vinculantes. Aunque en la práctica es muy común que los precedentes no sean “vinculantes” en el sentido estricto del término, incluso en los sistemas de derecho consuetudinario, podría decirse que esta práctica es aún más débil en los sistemas de derecho escrito como Brasil. En Brasil los Jueces del tribunal tienen una justificación normativa preparada para hacer caso omiso de los precedentes con los cuales no están de acuerdo —un llamado a las tradiciones del derecho escrito y al positivismo estatal (Merryman 1985). Desde luego, la naturaleza jerárquica de la carrera judicial en Brasil supone que existen poderosos incentivos dirigidos a los Jueces para que se ajusten al sistema, de modo que a la larga los resultados judiciales serán normalizados, si no en el nivel del juicio entonces en el nivel de apelación. Pero la falta de precedentes que vinculen formalmente significa que, por lo menos, los litigantes deben abandonar las mismas posiciones argumentativas que en repetidas ocasiones han sido rechazadas por el STF (Taylor, 2008, 87). El resultado es que el STF tiene que gastar mucha más energía en establecer una nueva regla que, por ejemplo, la Suprema Corte de Estados Unidos.

Las reformas constitucionales de 2004 han cambiado este aspecto de la Corte en algún sentido, debido a la facultad para establecer precedentes a través de un procedimiento especial y en consecuencia aumentar su poder

(Brinks, 2005 ; Nunes, en imprenta, 2010). Esa autoridad está ligeramente limitada porque se requiere que dos tercios de los Jueces declaren que la decisión es vinculante, después de repetidas decisiones sobre el mismo tema (Constitución de Brasil, art. 103-A); no obstante otorga a la Corte una herramienta que no tenía anteriormente. Es aún muy pronto para medir los efectos de la reforma, pero el propósito parece incrementar la habilidad del STF para tomar decisiones ampliamente vinculantes, limitando la libertad para disentir de las Cortes inferiores. Probablemente el requerimiento de dos tercios es para aumentar aún más la naturaleza centrista y cauta de las decisiones con mayor influencia de la Corte, ya que precisará un mayor grado de consenso para las resoluciones vinculantes. En resumen, la Corte tiene un extenso ámbito de autoridad que le permite sopesar muchos asuntos centrales de la política de Brasil, pero debe ejercerla reiteradamente a fin de producir un cambio legal mayor y efectivo. Esto cambiará un poco bajo las nuevas reglas sobre precedentes vinculantes, aunque en mi opinión es poco probable que produzcan una diferencia dramática, al menos en el corto plazo, ya que los partidos, abogados y Cortes inferiores continúan exteriorizando actitudes y prácticas antiguas.

Sin embargo, más allá del contexto institucional la Corte tiene suficiente apoyo, en parte debido a sus amplias facultades para afirmar su autoridad con bastante seguridad. No hay información sistemática sobre la naturaleza y fuerza de los grupos de apoyo de la Corte, pero hay algunas indicaciones de que el propio STF obtuvo un apoyo sustancial del Ejecutivo. Nunes (en imprenta, 2010), por ejemplo, muestra que primero el ex Presidente Cardoso y luego el actual presidente Lula da Silva impulsaron las reformas para fortalecer el STF, a expensas de las Cortes inferiores. Por otra parte, los partidos de oposición, como el Partido del Trabajo (PT), bajo Cardoso, protegieron con fervor a las Cortes de reformas que pudieran someterlas a un mayor control de vigilancia. Su principal objetivo era proteger a las Cortes inferiores, ya que es ahí donde encontraba mayor apoyo (Nunes, en imprenta, 2010). Las propias Cortes inferiores protegieron de forma activa sus prerrogativas a través del apoyo de grupos como *Juizes para a Democracia* (Jueces para la

Democracia).³ El STF fue capaz de proteger sus intereses institucionales aun en medio de la Asamblea Constituyente que creó la Constitución de 1988. La Barra de Abogados fue también un importante actor en los debates de reforma judicial, protegiendo sus propios intereses así como los intereses de las Cortes. Además, el STF tiene apoyo público sustancial —más apoyo que ninguna otra institución política— aunque los brasileños tienen una mala opinión de su sistema judicial en general. En un sondeo reciente, encargado por la Asociación de Jueces, alrededor del 53% de los encuestados expresaron confianza en el STF, comparado con el 45% para los “Jueces” y el 42% para el “Poder Judicial” en general. Entre los actores judiciales, solamente las pequeñas Cortes de apelación ocupan un mejor lugar que el STF, con un sorprendente 72% de los encuestados que expresó su confianza en estos miembros más humildes del Poder Judicial.⁴

El principal impedimento del Poder Judicial sería la implementación. Cualquier orden de la Corte que requiera una acción positiva para enfrentar la resistencia de parte de la Legislatura o de la burocracia puede fácilmente ser vetada en el fragmentado contexto político brasileño, especialmente a la luz de su históricamente débil control sobre los burócratas. Del mismo modo, cualquier veto judicial que requiera del esfuerzo coordinado, será probablemente apoyado por las mismas razones. Por tanto, la implementación se ve favorecida al actuar como un agente con veto en lugar de hacerlo como un creador de políticas afirmativas frente a la oposición.

Entonces, claramente, la Corte tiene el ámbito de autoridad y el respaldo para intervenir en nombre de los derechos, y arbitrar con autoridad los conflictos entre poderes si elige hacerlo, aunque tiene que gastar una gran cantidad de energía para producir un cambio significativo en la ley. En otras palabras, es una Corte poderosa, un poco limitada en su capacidad para estimular el cambio, pero con una gran autoridad para proteger las reglas

³ *Cfr.*, e.g., <http://www.ajd.org.br/> para una muestra de sus esfuerzos ante la opinión pública.

⁴ Resultados de un sondeo, “A Imagem das Instituições Públicas Brasileiras,” encargado por la Associação dos Magistrados Brasileiros, llevado a cabo por Opinião Consultoria en agosto de 2007. *Cfr.* también la discusión sobre el apoyo público al STF en el capítulo de Kapiszewski en este libro.

establecidas y populares, especialmente si esto sólo requiere un veto a la acción del gobierno. El cuadro 1 resume este análisis:

Cuadro 1

Fuerza esperada de la autoridad de la Corte Constitucional de Brasil (STF)

Parámetros	Características del STF	Impacto esperado en la autoridad del STF
(a) Variables institucionales		
Amplitud jurisdiccional	Control centralizado abstracto y la máxima instancia de apelación para el control difuso concreto. Derechos detallados más lenguaje expansivo en la Constitución de 1988 crearon un ambiente político “hiper-constitucionalizado”.	Otorga voz al STF en todos los conflictos políticos relevantes del día, cuando elige tomar una postura.
Actores capaces de interponer una demanda	Amplia gama de actores, incluyendo los actores colectivos como los sindicatos, las asociaciones profesionales, las ONGs y los partidos políticos, en el lado abstracto, y capacidad para interponer una demanda bastante ilimitada en el lado concreto.	Casi cualquiera, incluyendo partidos de oposición y actores colectivos organizados, puede intentar utilizar a la Corte para favorecer su agenda política, y se espera que proteja a la Corte de cualquier ataque.
facultad discrecional	Ningún control del sumario y un amplio mandato llevó a una impresionante cantidad de trabajo de más de 160000 casos por año.	Una debilidad importante, que diluye la voz de la Corte y la abruma con conflictos triviales.
Efecto de la decisión de la Corte	Tradicionalmente, solamente <i>inter partes</i> sin precedente vinculante (en casos concretos). Ahora existen algunas disposiciones para crear precedentes vinculantes, pero tienen requerimientos especiales.	Una debilidad que afecta especialmente su habilidad para imponer nuevas reglas sobre Cortes inferiores poco dispuestas a colaborar.
(b) El efecto del contexto político en la aceptación		
Legislatura	Agente colectivo con veto. Su fragmentación sugiere dificultades en la aceptación de las órdenes de la Corte y, a la inversa, invalidando vetos judiciales a la legislación.	Es fácil para la Corte proteger el statu quo y vetar las iniciativas legislativas y ejecutivas, pero es mucho más difícil asegurar los cambios afirmativos en el comportamiento o elaborar nuevas políticas.
Apoyo social	Partidos de oposición y otros actores políticos colectivos hacen uso extensivo de la Corte; niveles relativamente altos de aprobación pública; sociedad civil movilizada alrededor de ciertos asuntos (e.g. asistencia sanitaria) pero no de otro tipo (e.g. violencia policial).	El apoyo de la oposición en conflictos políticos lo protege de ataques. Presencia intermitente en grupos de apoyo sugiere una intervención selectiva en asuntos que tienen mucha resonancia pública.

Esto nos lleva al segundo paso de la investigación —¿qué podemos esperar que haga la Corte con su poder? Para dar respuesta a lo anterior, debemos examinar su grado de autonomía y sus probables preferencias.

2. AUTONOMÍA JUDICIAL

Como señalamos anteriormente, la autonomía es una función del grado del control *ex ante* y *ex post*, ejercida por otros actores. El control *ex post* determina el grado en que los Jueces deben actuar de forma estratégica, mientras que el control *ex ante* influencia las preferencias sinceras que probablemente encontramos en la Corte. Comienzo examinando los factores institucionales y políticos que afectan el grado de control *ex post*, al que está sujeto el STF, y luego analizo los mecanismos de control *ex ante*. El análisis está resumido en el cuadro 2, abajo. El control *ex post* sobre los Jueces es probablemente débil. Los Jueces están aislados de presiones mientras están en el Tribunal, llegan a la Corte en el apogeo de sus carreras y la duración en el cargo es de por vida, no son muy susceptibles a la posibilidad de recompensas/castigos después de retirarse de la Corte y disfrutan moderadamente del apoyo popular. Dado este contexto político e institucional, y centrándonos únicamente en el control *ex post*, esperaríamos una Corte que actuara de forma sincera, especialmente cuando emite resoluciones que son auto-cumplidas, como las resoluciones sobre la constitucionalidad de las leyes o sobre el comportamiento regulador dentro de las Cortes (*e.g.*, derecho de debido proceso para los acusados). También podemos esperar que cualquier decreto que requiera una acción afirmativa se centre en burócratas o niveles inferiores del gobierno, y tenga al menos el apoyo tácito de los creadores de políticas influyentes del país.

Pero, ¿qué contenido esperaríamos que tuvieran estas resoluciones sinceras? Es poco probable, sin duda, que una vez libres para decidir de acuerdo a sus preferencias sinceras, todos los Jueces emitan decisiones que vayan directamente en contra de las preferencias de los actores políticos dominantes. El persuasivo análisis de Hilbink (2007) pone de manifiesto que los Jueces

chilenos buscan sinceramente una trayectoria deferencial respecto del Ejecutivo. Dahl (1957) creía en un Poder Judicial bastante libre, y aun así argumentó que las Cortes rara vez, sino es que nunca, cuestionan a la coalición nacional dominante encargada de la creación de leyes. Segal y Spaeth (2002) plantean un argumento similar. ¿Qué podemos decir de las preferencias de los Jueces en el STF? En el cuadro 2, también resumo los efectos esperados de los mecanismos *ex ante* de control preferencial.

Los arreglos institucionales que rigen los nombramientos dan a los presidentes brasileños la iniciativa para seleccionar a los nominados judiciales que sean favorables a sus principales iniciativas políticas y que no restringirán excesivamente la autoridad del Ejecutivo. La única limitación en la elección presidencial es la aprobación del Senado. La política brasileña se encuentra notoriamente fragmentada (Ames, 2001), pero también está marcada por la reiterada creación de coaliciones presidenciales que permiten al gobierno promover sus principales objetivos políticos, algunas veces a cambio de concesiones particulares o locales (Hunter, 2007, 448; Figueiredo y Limongi, 2000). Un requerimiento de mayoría simple significa que no es difícil para un Presidente que ya está construyendo una coalición para promover iniciativas políticas, conseguir la aprobación de los Jueces designados que serán favorables a estos mismos objetivos. Es decir que ni Cardoso ni Lula estuvieron forzados a comprometerse con importantes posiciones políticas para asegurar el apoyo de sus Jueces. Como resultado, esperaríamos que sus nominados fueran generalmente favorables con su intento, en gran parte orientado al mercado, de promover un mayor desarrollo e integrar a Brasil en los mercados mundiales. No podían ser forzados a designar Jueces que fueran hostiles a un entendimiento cada vez expansivo de los poderes presidenciales.

Al mismo tiempo, el hecho de que no pudieran confiar en la aprobación cuasiautomática de las filas del partido (como Menem, por ejemplo, pudo en Argentina durante su primer mandato) sino que tuvieran que construir coaliciones de apoyo para los nominados, significa que los presidentes tuvieron que ser moderados en sus elecciones, y que algún intercambio de favores

políticos entró sigilosamente en el proceso. Los nominados tenían casi garantizada la aprobación mientras fueran congruentes con toda la agenda política de la Legislatura, exhibieran señales tradicionales de competencia e imparcialidad, no fueran abiertamente amigos del Presidente o defendieran un estilo de política hiperpresidencialista.⁵ Los miembros de la coalición tenían que ser aplacados de vez en cuando con concesiones relacionadas con la diversidad y origen regional de los nominados. Se podía esperar que los miembros de las coaliciones más pequeñas presionaran por el nombramiento de Jueces que fueran percibidos como árbitros verdaderamente neutrales en la mayoría de los conflictos, y que por tanto, pudieran efectivamente protegerlos de la opresión. En resumen, esperaríamos Jueces que salieran de ese sistema para mantener puntos de vista legales bien establecidos, que tuvieran una formación profesional irrecusable, y que mostraran alguna variedad que reflejara la diversidad de la coalición legislativa del Presidente. Al mismo tiempo, esperaríamos que fueran tolerantes con la autoridad del Presidente y que estuvieran políticamente conscientes y generalmente a favor de las preferencias políticas de la “coalición nacional creadora de las leyes” (Dahl, 1957) —en este caso, reformas de mercado y retiro moderado del Estado.

Cuadro 2

Bases de la autonomía de la Corte Constitucional de Brasil (STF)

Parámetro	Consecuencias predichas para el proceso	Impacto esperado en el comportamiento judicial
(a)Control <i>ex post</i>		
Definitividad en el cargo, retiro forzoso a los 70	Nombramientos en la cumbre de la carrera más la definitividad en el cargo con retiro a una edad avanzada sugieren pocas ambiciones de carrera después del cargo que podrían ser manipuladas por medio de premios/castigos. Cero puntos de veto	Muy bajos incentivos para actuar de forma estratégica para avanzar en la carrera

⁵ Como una restricción a la autoridad de designación del Ejecutivo, propongo la necesidad de asegurar la aprobación con una coalición de la Legislatura. El análisis más histórico de Kapiszewski (2007) podría explicar, entre otras cosas, por qué el Poder Legislativo insistiría en Jueces altamente calificados en lugar de intercambiar la aprobación de los designados por bienes para personas o regiones específicas.

Inamovilidad: El Senado debe interponer un juicio político de responsabilidad. No hay instancias en el juicio político de responsabilidad en Brasil	El agente con veto colectivo, no cohesivo; ningún precedente para juicio de responsabilidad; dificultad para actuar en asuntos contenciosos debida a la fragmentación interna	Bajos incentivos para actuar de forma estratégica por la seguridad laboral
Salario irreducible interpretado ampliamente por ajustes necesarios al ritmo de la inflación	Protege de forma efectiva el ingreso judicial. Cero agentes con veto	Ningún incentivo para actuar de forma estratégica para proteger el ingreso
(b) Control <i>ex ante</i>		
Nominación presidencial; sin cuerpo de investigación	Selección presidencial no restringida significa que el Presidente establece la agenda	Da al Presidente la iniciativa para identificar a los nominados que mantienen puntos de vista congruentes con los principales objetivos políticos, y que probablemente no mantienen puntos de vista parlamentarios fuertes.
Aprobación del Senado con mayoría simple	Mayoría simple, Legislatura muy fragmentada marcada por una organización rutinaria de coaliciones presidencialistas. Los presidentes deben organizar una coalición de apoyo para los nominados judiciales pero la mayoría simple hace que un veto de la coalición de oposición dificulte las elecciones del Presidente.	La combinación excluye solamente a candidatos extremos o controversiales, prácticamente asegura la aprobación de los candidatos por la corriente legal y política mayoritaria; obliga a concesiones ocasionales sobre temas secundarios, importantes para los miembros de la coalición.

En resumen, los Jueces del STF deberían apoyar las iniciativas mayoritarias pero con la debida consideración a las formalidades y reglas de legalidad, y con la debida preocupación por mantener la apariencia de imparcialidad de la Corte. Deberían ser centristas, desde el punto de vista legal, y por tanto defender la ortodoxia legal, mientras permanecen recelosos de la innovación jurídica. Deberían ser libres para decidir en forma sincera de acuerdo con esas preferencias y libres para seguir sus propias preferencias cuando estén en desacuerdo con el Poder Legislativo o el Ejecutivo. La principal limitación a su capacidad para decidir de forma sincera es la implementación, discutida en la sección previa. Como resultado, deberían ser más renuentes a emitir resoluciones contramayoritarias que requieren de pasos afirmativos de parte del gobierno, pero no renuentes a vetar la legislación con la que están en

desacuerdo. Deberían encontrar más fácil decidir en contra de las legislaturas estatales (con el apoyo nacional para hacer políticas) que decidir en contra de los creadores nacionales de políticas.

Sería difícil distinguir entre una renuencia a decidir de forma creativa y audaz en los casos de derechos afirmativos, resultado de las preferencias sinceras, para tener una visión más restringida de esos derechos, y una renuencia estratégica por el miedo a que las ordenes de la Corte sean ignoradas. Estas dos limitaciones deben ser observadas reforzándose mutuamente en este caso, con la última empezando donde termina la primera. En general, deberíamos observar decisiones limitadas en áreas que son centrales para la agenda del Ejecutivo, y decisiones audaces en áreas que son una preocupación inmediata para las Cortes. En el último caso, sin embargo, las resoluciones deberían vetar las propuestas legislativas en su mayoría, en lugar de crear política. En otras palabras, pronosticaríamos: (1) prácticamente ninguna decisión que cree nuevos derechos o nuevos programas —nada similar a las acciones de algunas de sus instituciones hermanas respecto de las disposiciones sobre el tratamiento del VIH/SIDA⁶; (2) decisiones fuertes pero negativas, parecidas al veto, que derriben las iniciativas del gobierno que infringen áreas donde el STF tiene un largo historial o que son centrales para los intereses corporativos del poder judicial, y (3) pocas resoluciones si cualquiera es adversa a los programas políticos centrales de las administraciones posteriores a 1988 o al uso del Ejecutivo de sus prerrogativas.

¿Es esto lo que observamos? ¿cómo ha actuado la Corte Constitucional de Brasil, desde el retorno a la democracia y la creación de una nueva Cons-

⁶ Para darnos una idea de lo que es posible hacer, en *Cruz del Valle Bermúdez vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social* (1999) la Suprema Corte de Venezuela ordenó al gobierno proporcionar a los demandantes del tratamiento de VIH/SIDA lo que solicitaban. Pero no paró ahí. Además, la Corte dio instrucciones al Ministerio para asegurar fondos adicionales para este programa, y solicitó una reforma del presupuesto nacional, ordenó al gobierno instituir un programa de prevención nacional siguiendo pautas específicas, y exigió al Ministerio de sanidad llevar a cabo un estudio sobre las necesidades de la población del país con VIH y presentar los resultados al Presidente con tiempo suficiente para diseñar el presupuesto del año siguiente, todo bajo la amenaza de desacato a la Corte en caso de incumplimiento. La Sala Constitucional de Costa Rica también ordenó al gobierno desarrollar las medidas administrativas y organizativas necesarias para proporcionar de forma efectiva los servicios médicos para la población de ese país con VIH positivo (Resolución 8633, 2004, Sala IV, Suprema Corte de Costa Rica).

titución? ¿qué intereses ha protegido y a quién pertenecen? En la siguiente sección respondo estas preguntas, presentando otros análisis de la intervención de la Corte en casos de derechos, así como explicaciones de sus reacciones ante el poder presidencial de promulgar decretos.

3. EL HISTORIAL DEL STF PROTEGIENDO LOS DERECHOS Y HACIENDO CUMPLIR LA SEPARACIÓN DE PODERES

El grupo de derechos de segunda generación fue acogida de forma muy cauta por la Corte Constitucional de Brasil. De forma entusiasta, las Cortes inferiores admiten todo tipo de demandas fundadas en el derecho a la vida, el derecho a la salud (asistencia), el derecho a la educación y más, pero la sabiduría convencional dice que el entusiasmo decae conforme uno avanza en la jerarquía judicial, especialmente en el STF (Hoffmann y Bentes, 2008, 118-19). Las resoluciones del STF en favor de la expansión de los derechos pueden ser descritas como la protección de la clase media, de las demandas de la corriente dominante, a menudo otorgando poderes al gobierno para emprender acción, en lugar de solicitar acción gubernamental adicional. El STF decidió, por ejemplo, que el gobierno puede imponer controles de precios en las escuelas privadas en nombre del derecho a la educación,⁷ y que las instalaciones de salud privadas están sujetas a obligaciones constitucionales provenientes del derecho a la salud (Hoffmann y Bentes, 2008, 122-26). Sin embargo, no ha seguido adelante con la expansión del acceso a la asistencia sanitaria o a la educación, imponiendo obligaciones adicionales al gobierno nacional.

Kapiszweski (2009, 2007) describe a una Corte que es normalmente cauta, ya sea apoyando u oponiéndose a las iniciativas políticas, pero que también encontró o creó el espacio constitucional necesario para políticas fiscales moderadas y en favor del mercado, de los años noventa. En las veinte controversias más importantes que involucran las iniciativas en política

⁷ CONFENEN *vs.* presidente da república e congresso nacional, ADIn No.319-4 (1992).

económica del gobierno, la Corte apoyó enérgicamente seis de esas iniciativas, y apoyó débilmente otras cinco, confirmando a más de la mitad a pesar de las tendencias estatistas de la Constitución de 1988 y de la larga historia de políticas sociales estatistas en Brasil. De las nueve restantes, la Corte solamente impugnó débilmente cinco (de las cuales cuatro estaban relacionadas con los salarios y prestaciones de los funcionarios públicos, y por tanto afectaban directamente los intereses de las Cortes), e impugnó enérgicamente sólo a cuatro (de nuevo, tres de las cuales afectaban directamente los salarios y prestaciones de los empleados). En resumen, la Corte confirmó más de la mitad de las iniciativas cuestionadas, sólo impugnó enérgicamente al 20% de ellas, y siete de las nueve iniciativas que impugnó fueron políticas que afectaban de forma específica a los empleados públicos—incluyendo a los Jueces— y por tanto, afectaban los asuntos corporativos de la Corte.

En términos de protección del Estado de Bienestar, como lo resume Nunes (en imprenta, 2010) el “STF se abstuvo de vetar los cambios económicos y estructurales aunque la Constitución de 1988 protegía elementos del modelo de desarrollo conducido por el Estado”. En este libro, Kapiszewski llega a una conclusión muy similar, aunque presenta una evaluación más matizada de la reacción de la Corte ante las políticas del gobierno. Con limitadas excepciones, como la decisión de 1999 de combatir la reforma de pensiones, la interpretación del STF de la muy estatista Constitución de 1988 ha permanecido dentro de las preferencias de las administraciones de Cardoso y Da Silva en este tema central de políticas públicas, como lo pronosticaría el ámbito institucional de la Corte.

Además, los observadores locales, como lo muestra Kapiszewski, atribuyen motivaciones a la Corte que son consistentes con las implicaciones del análisis institucional contextual diseñado aquí. “La consideración mencionada más a menudo por los expertos como importante para las resoluciones de la Corte Superior era el contexto económico y político—las repercusiones potenciales de las decisiones de la Corte Superior” para el bienestar económico y político del país (Kapiszewski, 2009, 30; 2007). Las siguientes

más importantes fueron simplemente de observancia de la ley (45% de las decisiones respondieron a este imperativo). En el 30% de los casos, fundamentalmente cuando impugnó la actuación del Ejecutivo, la Corte estaba protegiendo sus propios intereses (*id.*, 30-31). Finalmente “parecía que la Corte Superior necesitaba múltiples motivaciones para impugnar el ejercicio del poder gubernamental” (*id.*, 32). Pero este cuidado por las políticas gubernamentales y la ley fueron conducidas casi en su totalidad por las propias preferencias de la Corte: solamente en dos de los veinte casos los expertos locales consideran que las preferencias de los poderes electos fueron una consideración importante en la decisión de la Corte. Este comportamiento coincide bastante con la predicción del modelo de una Corte que es centrista, cauta, desde la corriente dominante legal y política, y favorable al papel del Ejecutivo, pero muy aislada de las presiones políticas una vez en el tribunal.

Al mismo tiempo, es claro que el STF es capaz, cuando está motivado, de intervenir de forma decidida en la política de Brasil. Ya he mencionado un ejemplo semejante; Taylor (2008, 2-3) describe el gran caos ocasionado por la decisión del STF en 1999 sobre la reforma de pensiones. Los variados casos de débiles o fuertes impugnaciones que describe Kapiszewski son todos casos importantes donde la Corte vetó la política gubernamental. Lo que es interesante sobre esos casos para los propósitos de este análisis, es que están marcados por la protección de los intereses de los empleados estatales, y son perfectamente congruentes con los intereses corporativistas del STF y con su grupos de apoyo. Cumplen con las condiciones expuestas en las primeras predicciones para los casos en los cuales el STF impugnaría la política del gobierno. Adicionalmente, hay que señalar que todas son en gran parte instancias autoejecutables de creación negativa de políticas públicas. Esto concuerda con la primera y segunda predicciones presentadas antes, según las cuales cuando el STF actúa, es más probable que anule leyes a que cree programas.

Además, de acuerdo con una larga historia de justicia, el STF ha actuado enérgicamente para proteger algunos derechos de primera generación centrales, donde las Cortes pueden fácilmente cumplir con dicha acción sin

ninguna cooperación del exterior. Mark Osiel (1995), argumenta que las Cortes de Brasil resistieron el régimen autoritario, y Anthony Pereira (2005) muestra que las Cortes impusieron límites a la represión y mantuvieron su compromiso con el debido proceso a pesar de que también fueron instrumentos de la represión política; tienen una mirada ligeramente diferente de la historia de las Cortes en Brasil bajo la dictadura. Pero, en ambas explicaciones, es claro que las Cortes siguieron las propiedades del debido proceso, incluso cuando no impugnaron el derecho del gobierno de tratar y finalmente de encarcelar a sus oponentes. Los juicios duraron hasta dos años, los acusados algunas veces estuvieron libres en espera de la decisión, y las resoluciones podían ser y fueron apeladas en las Cortes superiores (Pereira, 2005, 22). Siguiendo con la idea de que las Cortes de Brasil no podían confiar de forma sistemática en los actores externos para acatar las resoluciones, vemos que entonces (Pereira, 2007, 76) como ahora (Brinks, 2008) las Cortes son capaces de prevenir muertes y torturas extrajudiciales. Pero antes, como ahora, eran relativamente puntillosos sobre lo que ocurría en los juzgados. Como señala Pereira: “una sorprendente característica de los juicios políticos en Brasil es su relativamente alta tasa de absolución [hasta del 54%]” (p.77).

Esta preocupación por el debido proceso se mantuvo dentro del periodo democrático. Al menos durante la última década, las Cortes Superiores en Brasil han tomado los principales derechos civiles de primera generación muy en serio, mientras que experimentaban algunas dificultades para imponer sus preferencias a través de la jerarquía judicial. Por tanto, el STF ha decidido en reiteradas ocasiones a favor de los acusados, ordenando, por ejemplo, su liberación en espera de juicio —la Corte “está cansada de encerrar”, a pesar de la gran escala de preocupaciones sociales sobre el crimen, ya que la severidad del crimen por sí sólo no justifica la detención preventiva.⁸ Pero de hecho ha fallado en frenar la flagrante mala conducta de la policía

⁸ Cfr., por ejemplo, la discusión sobre este tema en JusBrasil (<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/4320/gravidade-do-crime-nao-justifica-prisao-preventiva-reafirma-stf>, última consulta 10-08-09). Como dato interesante, el STF está consciente y dispuesto a persistir frente a la indignación social sobre este punto. (<http://poemaseconflictos.blogspot.com/2009/02/ministro-gilmar-mendes-prisao.html>, última consulta 10-08-09).

y abusos similares, una acción que requeriría una mucho mayor cooperación del Estado y de las autoridades federales, y de las jerarquías policiales en cada Estado. En esta área, los Jueces del STF pertenecen claramente, como se pronosticó, a una corriente de pensamiento legal y política de la democracia de Brasil, seria pero no especialmente innovadora, y con algunas dificultades por la falta de atención de la jerarquía judicial y el débil control burocrático en el Estado descentralizado brasileño.

El análisis de Taylor (2008, 79-87) del registro del STF sobre ADIns es muy instructivo, ya que muestra una Corte que actúa para proteger el poder y las iniciativas presidenciales, pero no al grado de perder su credibilidad como un árbitro imparcial. De forma sistemática, la Corte ha declarado inconstitucionales un porcentaje significativo de leyes (20% de todas las leyes impugnadas son invalidadas) (p.79). Pero ¿qué reclamos reconoce? El descubrimiento más impactante, para fines de este capítulo, es que la Corte tiene una clara pero genérica parcialidad presidencial: “las leyes ordinarias... tienen aproximadamente el doble de probabilidad de enfrentar exitosamente los requerimientos judiciales como decretos ejecutivos” (p.84), y ningún Presidente es más o menos exitoso que otro (p.86); la Corte simplemente favorece al Ejecutivo como una institución. Además, la Corte favorece a los actores estatales en general respecto de los actores no estatales, como los sindicatos o los partidos políticos. Nunes señala también que la Corte es más activa eliminando legislación estatal, a petición del abogado general, que eliminando leyes federales, y que ayuda al gobierno federal a controlar el gasto y a los gobernadores estatales (en imprenta 2010, 19).

Además, y nuevamente como fue pronosticado, hay evidencia del comportamiento autónomo cuando los propios intereses de la Corte están en juego. El STF favorece mucho los intereses corporativistas: “las leyes que gobiernan las prestaciones y estructura judiciales [tienen] mucha más probabilidad de ser impugnadas exitosamente que cualquier otra” (p.82). Los pares profesionales de los Jueces, abogados que actúan a través de la Barra de Abogados, tienen 1.6 veces más probabilidad de ganar que cualquier otro deman-

dante. Finalmente, en conflictos que involucran únicamente a los actores que componen la coalición que aprueba la nominación judicial, la Corte efectivamente se comporta como un árbitro neutral, en el sentido en que Alex Stone Sweet y Martin Shapiro podrían utilizar este término: “los demandantes provienen casi en su totalidad de fuera de la mayoría política” por ello, con mayor frecuencia la Corte es elegida para resolver conflictos entre los intereses de mayoría y la minoría (Taylor, 2008, 84). En cambio, dada su parcialidad presidencial, es mucho menos probable que arbitre conflictos entre las ramas del gobierno (p.85), y si lo hace, favorece el uso del Poder Ejecutivo, como lo pone en evidencia su renuencia a echar abajo los decretos presidenciales.

Si resumimos su desempeño, podemos notar que los Jueces del STF apoyan en conjunto la corriente dominante de políticas gubernamentales, impugnándolas solamente cuando sus propios intereses estén en juego o en defensa de principios claramente establecidos o ampliamente aceptados. Sus decisiones están en gran parte originadas por la preocupación de consecuencias económicas y políticas adversas o bien por la integridad de la ley. Parecen estar relativamente poco afectados por la presión política o el abierto favoritismo. Como resultado, cuando los conflictos no afectan la política gubernamental, actúan de forma creíble y efectiva para proteger los derechos bien establecidos. Tienen menos probabilidad de avanzar en un área relativamente nueva de derechos de segunda y tercera generación, aunque tal vez han avanzado hacia una dirección más progresista, extendiendo un apoyo cauto a los derechos positivos. Además, son instrumentos débiles para vigilar la separación de poderes, ya que es más probable que apoyen el ejercicio del poder presidencial.

Finalmente, si centramos la atención en los Jueces del STF en lugar de examinar las decisiones, vale la pena notar que, en efecto, los Jueces tienden a ser prominentes, miembros muy respetados de la profesión legal.⁹ Tomemos,

⁹ En efecto, este es el punto central del análisis histórico y más detallado de Kapiszewski sobre el STF (Kapiszewski, 2007).

por ejemplo, a los Jueces en funciones actualmente, cuyas historias están detalladas en el apéndice al final del capítulo. La mayoría son Jueces con importante experiencia académica en las mejores universidades del país. Muchos estudiaron en el extranjero y han desempeñado cargos importantes en la jerarquía judicial (algunos de esos cargos son electivos, con el voto de los miembros de mayor rango en el Poder Judicial). Ninguno desconoce el ambiente político. Algunos de ellos jugaron papeles centrales en la elaboración de la Constitución de 1988. Algunos han trabajado en embajadas en el extranjero; otros han actuado como asesores legales del Poder Legislativo. En gran medida, con excepción de unos pocos que han hecho sus carreras en la academia o en el Poder Judicial, todos tienen experiencia significativa, ya sea en el Ministerio Público o en cargos estatales o federales del Poder Ejecutivo. Es cierto que los nominados pueden estar muy bien calificados y pertenecer al mismo partido o ser extremistas en sus puntos de vista legales, pero ciertamente no vemos en Brasil lo que vemos en otros países: la nominación de candidatos oscuros, notables únicamente por su afiliación personal con el Ejecutivo. Esos Jueces parecen ser tanto muy calificados como muy familiarizados con las presiones del gobierno.

4. CONCLUSIONES

Ya en 1981, Shapiro señaló que la inevitable participación de las Cortes de apelación —y, podemos agregar, de las Cortes superiores en especial— en el proceso de creación de las leyes crea un dilema para cualquier régimen. Las Cortes deben preservar la ilusión de independencia o pierden todos sus derechos en la lógica social que les da tanto utilidad como legitimidad. Pero si las Cortes hacen leyes, no pueden ser dejadas en libertad para seguir sus propios caprichos. En respuesta, argumenta que los regímenes “pueden crear sistemas de reclutamiento, entrenamiento, organización y promoción judicial para asegurar que el Juez sea relativamente neutral, entre dos partes puramente privadas, pero será por completo un fiel servidor del régimen en todos los asuntos legales que afecten sus intereses” (Shapiro, 1981, 32). El grado

en el cual surtieron efecto, por supuesto, es un asunto de verificación empírica. Además podríamos agregar que no hay distinción entre los Jueces que son fieles servidores del *régimen*, y los Jueces que incondicionalmente sirven al actual ocupante del Poder Ejecutivo, como muy a menudo sucede en América Latina.

No es exactamente claro lo que Shapiro quiso decir con esta frase, pero de acuerdo a como la utilizo aquí, cuando los Jueces actúan verdaderamente como fieles servidores del *régimen*, no necesariamente aprobarán alguna o todas las políticas legislativas. Es más probable que sirvan al *régimen*,¹⁰ como lo demostré en este capítulo, cuando los sistemas de reclutamiento, entrenamiento, organización y promoción a los que alude Shapiro, existen y trabajan para hacer valer la ortodoxia judicial, pero no han sido capturados por un interés faccionario. En efecto, en este caso, su lealtad será más para el *régimen* que para el titular actual del poder —aunque su interpretación de lo que le conviene al *régimen* estará inevitablemente coloreado por las preferencias de esa porción de la “coalición nacional de creación de políticas públicas” (Dahl, 1957) que determina su designación.

Como demostré en este capítulo, esto es una buena descripción del STF de Brasil en las últimas dos décadas. Los mecanismos de reclutamiento y entrenamiento en un contexto político fragmentado y plural han producido Jueces fieles servidores de un nuevo *régimen* democrático brasileño, pero que tienen la autonomía y credibilidad para resolver imparcialmente conflictos que no perjudiquen los intereses centrales del *régimen*. Protegen las estructuras y entendimientos constitucionales establecidos, incluyendo las nociones del debido proceso y derechos básicos de primera generación. Esto explica su correcta —si la corriente dominante es absoluta en su cautela y conservadurismo— aproximación a las demandas sobre derechos. También explica su cautela al adoptar demandas de derechos positivos que pudieran

¹⁰ El *régimen* toma aquí el sentido amplio de ciencia política que significa una forma de gobierno o sistema de gobierno, como se utiliza en “*régimen* democrático”, en lugar del ocasional, más periodístico, uso del término para referirse a un gobierno dictatorial específico.

entrar en conflicto con la dominante reforma política estatal orientada al mercado de los últimos 15 años a pesar de una Constitución que es más que generosa en adoptar esos derechos.

En términos de separación de poderes, son también generalmente correctos pero con una parcialidad presidencial. El control presidencial sobre la selección judicial asegura que los Jueces sean favorables al Presidente y a su agenda. Pero, dada la necesidad del Presidente para asegurar la coalición de apoyo para sus nominados en el Senado, los Jueces no pueden abiertamente ser parciales y deben ser al menos moderadamente sensibles a los intereses de los partidos minoritarios. Deben ser creíblemente “neutrales” en el sentido que sostienen interpretaciones de la ley comúnmente aceptadas, no se doblegan ante presiones ocasionales de ninguna de las ramas del gobierno, y de vez en vez deciden en contra de los intereses de las mayorías dominantes. El STF cumple claramente con sus estándares. En consecuencia, la parcialidad primaria del STF es una deferencia a las prerrogativas presidenciales y está diseñada para dar prioridad a las políticas públicas propuestas por el Ejecutivo, lo que hace a la Corte favorecer al Presidente en conflictos entre los poderes, a menos de que parezca que la afirmación del poder presidencial amenaza el balance del régimen.

Helmke y Ríos-Figueroa han propuesto un cuadro de 2X2 (por supuesto) que clasifica las Cortes en dos dimensiones: proteger los derechos y vigilar la separación de poderes. Desde mi punto de vista, el STF es moderadamente capaz y está dispuesto a hacer ambas cosas, con un par de advertencias. Continúa siendo un foro creíble para ventilar conflictos de separación de poderes (a diferencia de las Cortes que generan la percepción de que son simples instrumentos del Ejecutivo), pero tiende a favorecer al Ejecutivo cuando debe validar la afirmación del poder presidencial. Tal vez es más enérgico al hacer valer los derechos en contra del gobierno, pero en esa área favorece derechos de primera generación, centrales y consensuales, por encima de los derechos positivos que podrían generar obstáculos a las reformas del gobierno en favor del mercado. Se abstendrá de construir nuevas

estructuras para el ejercicio de los derechos, por su sincera cautela y por las dificultades de aceptación predecibles. Por todas estas razones, actuará de manera cautelosa, dentro de la corriente dominante de comprensión de la ley y con una visión de las potenciales consecuencias de sus acciones para el sistema como un todo. En otras palabras, será un fiel servidor del régimen.

REFERENCIAS

- Ames, Barry. 2001. *The Deadlock of Democracy in Brazil*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Bill Chavez, Rebecca. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford U. Press.
- Brinks, Daniel M. 2005. "Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?", *Texas International Law Journal* 40 (3 (primavera)):595-622.
- Brinks, Daniel M., y Abby Blass. 2009. "The role of diffusion and domestic politics in judicial design: A theoretical framework and preliminary results". Ensayo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Ciencia Política, 3-6 de septiembre, 2009, en Toronto, Canadá.
- Dahl, Robert. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law* VI (2): 279-95.
- Epstein, Lee, Jack Knight, y Olga Shvetsova. 2002. "Selecting Selection Systems", en *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, ed. S. B. Burbank y B. Friedman, Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- . 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* 35 (1):117-64.
- Figueiredo, Argelina C., y Fernando Limongi. 2000. "Presidential Power, Legislative Organization, and Party Behavior in Brazil", *Comparative Politics* 32 (2):151-70.

- Finkel, J. 2005. "Judicial reform as insurance policy: Mexico in the 1990s", *Latin American Politics and Society* 47 (1):87-113.
- . 2004. "Judicial reform in Argentina in the 1990s: How electoral incentives shape institutional change", *Latin American Research Review* 39 (3):56-80.
- Gauri, Varun, y Daniel M. Brinks, eds. 2008. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York: Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge U. Press.
- Goldstone, Richard J. 2008. "Foreword", en *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, eds. V. Gauri y D. M. Brinks, New York: Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen. 2002. "The logic of strategic defection: Court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy", *American Political Science Review* 96 (2):291-303.
- Herron, E. S., y K. A. Randazzo. 2003. "The relationship between independence and judicial review in post-communist courts", *Journal of Politics* 65 (2):422-38.
- Hilbink, Lisa. 2007. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: lessons from Chile*, New York: Cambridge University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy - The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Hoffmann, Florian F., y Fernando R.N.M. Bentes. 2008. "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", En *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, eds. V. Gauri y D. M. Brinks, New York: Cambridge University Press.

Hunter, Wendy. 2007. "The normalization of an anomaly: The Workers' Party in Brazil", *World Politics* 59 (3):440-75.

Iaryczower, M., P. T. Spiller, y M. Tommasi. 2002. "Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science* 46 (4):699-716.

Kapiszewski, Diana. 2009. Tactical Balancing and prioritizing pragmatism: High court decision-making on economic policy cases in Brazil. Trabajo preparado para la Conferencia sobre Política Judicial en América Latina, marzo 4-8. Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, D.F., disponible en www.juecesypoliticaenamericalatina.cide.edu/papers/diana.pdf.

_____. 2007. "Challenging Decisions: High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil", PhD. Dissertation, Department of Political Science. UC Berkeley.

Larkins, Christopher M. 1996. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis", *American Journal of Comparative Law* 44 (Fall (No.4)):605-26.

Merryman, John Henry. 1985. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*, 2d ed., Stanford: Stanford U.P.

Nunes, Rodrigo. en imprenta, 2010. "Politics Without Insurance: Democratic Competition and Judicial Reform in Brazil", *Comparative Politics*.

- Osiel, Mark J. 1995. "Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil", *Law & Social Inquiry* 20 (2 (Spring)):481-560.
- Pereira, Anthony W. 2005. *Political (in)justice : authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, Pa.: University of Pittsburgh Press.
- Ríos-Figueroa, Julio, y Jeffrey Staton. 2008. "Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures", en *Committee on Concepts and Methods Working Paper Series: The Committee on Concepts and Methods*, www.concepts-methods.org.
- Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago: University of Chicago Press.
- Segal, Jeffrey, y Harold Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, Martin. 1981. *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago and London: University of Chicago Press.
- Staton, Jeffrey. 2004. "Judicial Policy Implementation in Mexico City and Mérida", *Comparative Politics* 37 (1):41-60.
- Taylor, Matthew. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford: Stanford University Press.
- Tsebelis, George. 2002. *Veto players : how political institutions work*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Vanberg, G. 2001. "Legislative-judicial relations: A game-theoretic approach to constitutional review", *American Journal of Political Science* 45 (2):346-61.

Weber, Max. 1978. *Economy and society : an outline of interpretive sociology*. Traducido por E. Fischhoff, H. Gerth, A. M. Henderson, F. Kolegar, C. W. Mills, T. Parsons, M. Rheinstein, G. Roth, E. Shills y C. Wittich, editado por G. Roth y C. Wittich, 2 vols., vol. 2., Berkeley: University of California Press.

Apéndice

Características de los Jueces en funciones en el STF

Nombre	Diploma de	Estudio(s) en el extranjero	Experiencia académica	Experiencia Judicial	Experiencia Judicial (rama ejecutiva)	Experiencia Federal (legislativo)	Experiencia estatal
Ministro Gilmar Mendes - Presidente	U Brasilia; posgrado diploma, Brasilia	Varios diplomas, Alemania	Varios, Prof. U Brasilia		Extensivo, Procurador de la República 85-88, Abogado General de la Unión	Amplia participación en la legislación y en la reforma constitucional	
Ministro Cezar Peluso - Vice-Presidente	Licenciado en derecho, U de los Santos; posgrado USP, PUC-SP,		Profesor PUC-SP	Carrera como Juez en el Poder Judicial de São Paulo			
Ministro Celso de Mello	Licenciado en derecho, USP		Sus padres eran académicos; ganó el primer lugar en el examen para entrar al MP-SP; es conocido por su habilidad constitucional local y comparada		Consultor-General de la República (temas variados)		Ministerio Público, SP

Ministro Marco Aurélio	Licenciado UF-RJ, posgrado UF-RJ	Miembro Internacional Asociación de Mujeres Jueces	Profesor de la Universidad de Brasilia	Juez del Tribunal Superior del Trabajo y Tribunal Electoral	MP de Trabajo		
Ministra Ellen Gracie	Licenciada UF-RS	Miembro Internacional Asociación de Mujeres Jueces	Profesor en la Universidad de Vale do Rio dos Sinos; Becario Fulbright, US	Juez de Tribunal Regional Federal y Tribunal Electoral;			
Ministro Carlos Britto	UF-Sergipe; Posgrado de PUC-SP		Profesor UF-S, Tiradentes, PUC-SP	Pres. Tribunal Superior Electoral			Consultor General, Sergipe; Procurador General de Justicia, Sergipe; MP-Sergipe
Ministro Joaquim Barbosa	Posgrado U Brasilia	Doctorado y maestría de la U Paris-II; Profesor visitante en la Universidad de Columbia. & UCLA; Becario Fulbright, Ford; Estudios de idiomas en UK, US y Alemania.	Profesor UE-RJ		MP-Federal; Ministerio Saude y varios otros nombramientos legales en Ministerios Federales; Oficina del Canciller en For.Min. (Helsinki)		
Ministro Eros Grau	Lic. U Mackenzie; Posgrado USP	Doctorado Hon Universidad Cergy-Pontoise, Havre y U. Siglo 21 (Córdoba, Argentina); Profesor visitante U de Paris-I, U de Montpellier & U de Havre	Profesor en USP por un largo periodo, y visitante en muchas otras; extensa membresía en organizaciones académicas, conferencias y congresos; cientos de ensayos presentados, docenas de libros publicados				Importante papel como asesor de SP en los temas de utilidades/agua

Ministro Ricardo Lewandowski	C. Pol en la Escuela de Soc. y Pol. de SP; Lic. en leyes São Bernardo do Campo; Maestría en USP; doctorado USP	MA (IR) Fletcher School (Tufts); Benefi- ciario Fulbright- Fletcher; Fulbright LBJ School, U of Texas; Beca de EU para estudiar en Lovaina, Bélgica	Profesor USP; Director de Escuela Social y Política SP; y director interino Facultad de Derecho de S. Bernardo do Campo; extenso historial pub.	Juez (desembarga- dor) en TJ-SP (Corte Superior del Estado)			“Abogado general” del Municipio de S. Bernardo do Campo and asesor sobre temas constitucionales en muchos otros municipios; en el Poder Legislativo fue asesor legal y redactor del proyecto constitu- cional del Estado para SP
Ministra Cármem Lúcia	Lic. PUC-MG; Maestría UF-MG; doctorado USP		Profesor PUC-MG				Procuradora del Estado, MG
Ministro Menezes Direito	Lic. PUC-RJ; posgrado PUC-RJ		Profesor PUC-RJ, publicó 7 libros y más de 70 artículos;	Juez del STJ (Corte de apelación de mayor jerarquía en Brasil abajo del STF)	Pres. Casa da Moeda (Entidad Federal encargada de la emisión de moneda)		Jefe del Gabinete para el Mayor de Rio de Janeiro; varios otros nombramientos menores en el gobierno estatal

Esta información fue obtenida de las hojas de vida (currículos) oficiales que se encuentran en el sitio web del STF (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoPlenariaApresentacao>, (última consulta 10-09-09)), complementada en algunos casos con información proveniente de otras fuentes públicas disponibles.

Capítulo 6

*A*rbbitro de conflictos, creador
de políticas públicas o
protector de derechos?
El Supremo Tribunal
Federal de Brasil en
transición*

*Diana Kapiszewski***

* Matthew C. Ingram y Matthew M. Taylor aportaron comentarios muy pertinentes a la versión previa de este trabajo.

** Profesora en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de California, Irvine. Tiene un doctorado en ciencia política por la Universidad de California, Berkeley. La profesora Kapiszewski fue Directora de Programas Académicos en la Universidad de Georgetown, en el Centro de Estudios Latinoamericanos de agosto de 1996 hasta mayo del 2000. Editó con Alexander Kazan la *Encyclopedia of Latin American Politics* (Center for Latin American Studies Georgetown University, 2002). Ha publicado en *Latin American Politics & Society*.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de las políticas judiciales en América Latina ha tenido un importante auge en las dos últimas décadas. Mientras que el debate más teórico se ha centrado en el proceso de toma de decisiones judiciales (*e.g.*, Scribner, 2004, Helmke, 2005, Hilbink, 2007), trabajos recientes han intentado dar cuenta de la efectividad de las decisiones judiciales (*e.g.*, Kapiszewski, 2007, Staton, 2010) y del papel de las Cortes en la protección judicial de los derechos sociales (*e.g.*, Gargarella *et al.*, 2006). Este libro aborda la judicialización de la política y ofrece una visión más amplia de las Cortes y de sus repercusiones, al centrarse en el rol de los tribunales superiores en América Latina durante el periodo postautoritario. Este capítulo examina los papeles desempeñados por la Corte Superior de Brasil —el Supremo Tribunal Federal (STF). El análisis revela que durante el periodo posterior a la transición, el STF distribuyó poder de forma reiterada entre las distintas ramas y niveles de gobierno, entre actores políticos, y también participó en la administración económica estatal. Sin embargo, la Corte jugó un papel menos protagónico en la protección de derechos. Mientras que el capítulo de Brinks (en este libro), examina el proceso de *toma de decisión* en estas áreas, este análisis

intenta explicar, en primer lugar, por qué se recurrió al STF para realizar esta peculiar mezcla de funciones, aunque también analiza brevemente la manera en que el tribunal llevó a cabo cada una de ellas.

Los roles que cualquier Corte constitucional juega en la política y en la sociedad se encuentran determinados por los casos que debe juzgar. Este capítulo sostiene que los casos que una Corte constitucional recibe están motivados por el grado en qué y cómo “la estructura constitucional de oportunidades” y “la estructura sociopolítica de incentivos” en la que actúan los demandantes potenciales, alientan la prolongación del conflicto a nivel constitucional, judicial y procesal.* Una estructura constitucional de oportunidades incluye cuatro elementos: (1) de qué forma la Constitución distribuye poder entre los actores gubernamentales, (2) qué compromisos ideológicos refleja, (3) cómo distribuye el poder entre el Estado y la sociedad (en particular, a través del reconocimiento de derechos), y (4) qué tipo de *mecanismos* incluye para poner en marcha el Poder Judicial y la Corte Superior en particular. Entre más vagos o específicos sean los artículos de una Constitución en estas áreas y entre más contradicciones internas contenga, mayor será la constitucionalización y judicialización de los conflictos políticos. Por tanto, la estructura de oportunidades de la organización política constitucional define qué tipo de conflictos *pueden ser* procesados, y por tanto delimita las funciones que la Corte Superior *puede* desempeñar.

La transición democrática de Brasil tuvo lugar en 1985 y trajo consigo la adopción de una nueva “Constitución ciudadana” tres años más tarde. La Constitución de 1988 intentó restringir el Poder Ejecutivo y redistribuir el poder del gobierno federal hacia los Estados y del Estado hacia la sociedad. El texto incluye varios compromisos ideológicos (por ejemplo, hacia el liberalismo y el *dirigismo* económico), una extensa lista de derechos y numerosos mecanis-

* N. del T. En el texto original en lengua inglesa, la autora utiliza el término “judicialización” para referirse a la tendencia en aumento de los actores sociales y políticos de recurrir a la Corte para la solución de los conflictos. También emplea la palabra “tribunalización”, término acuñado por un Juez entrevistado en relación a este proyecto (CSM-06), y que se refiere específicamente a una tendencia a dirigirse a la *Corte Superior* (el “tribunal”) para resolver cualquier conflicto.

mos de control abstracto para acceder directamente a la Corte Superior, así como variados mecanismos para presentar casos de control concreto (incluyendo aquellos que involucran derechos) ante la Corte. Además, el texto constitucional es bastante vago en algunas partes y demasiado específico en otras, y contenía un número considerable de contradicciones internas, especialmente respecto de sus compromisos económicos. En resumen, la estructura de oportunidades de la Constitución invitaba a llevar el conflicto a nivel procesal respecto de la distribución institucional del poder, la dirección económica y la protección de los derechos. No obstante, como lo mencionamos arriba, el STF fue instado a desempeñar —y lo hizo— un papel más importante en las primeras dos áreas que en la tercera.

Para explicar este resultado —dar cuenta de los roles que las Cortes constitucionales *desempeñan en realidad*— debemos examinar también las dinámicas políticas cotidianas. Dos condiciones, relacionadas con la estructura sociopolítica de incentivos, son importantes para llevar el conflicto a nivel constitucional y procesal. En primer lugar, la acción (u omisión) gubernamental debe contradecir (o ser fácilmente cuestionada a la luz de) la Constitución. En segundo lugar, los demandantes potenciales deben estar incentivados y habilitados para impugnar la acción gubernamental: deben ver la controversia procesal como posible y promisoría y deben ser capaces de ejercerla.

Poco tiempo después de la importante transición constitucional en Brasil, las autoridades electas tuvieron incentivos para probar y cuestionar la nueva distribución de poder, mientras que la comunidad legal y la oposición política fueron alentadas para precisar y fortalecer esa distribución. La naturaleza de sus demandas y los colapsos legislativos animaron a esos actores a dirigirse a la Corte Suprema con sus quejas, una elección que fue posible gracias a una efectiva estructura de apoyo para el litigio. En segundo lugar, como sabemos, Brasil experimentó una extraordinaria convulsión económica durante las décadas de los ochenta y noventa. Cuando las reformas propuestas por las autoridades electas entraron en conflicto con el estatismo y las tendencias nacionalistas de la nueva Constitución, los actores políticos, empresariales y

jurídicos estuvieron incentivados (y equipados) para dirigirse a la Suprema Corte y confrontar esas políticas. Por el contrario, cuando las acciones gubernamentales y las negligencias políticas violaron varios tipos de derechos, los demandantes potenciales no tuvieron el estímulo ni se les permitió dirigirse a las Cortes para reivindicar esos derechos.

En síntesis, este capítulo (como el de Brinks) destaca la manera en que los factores institucionales y políticos interactuaron para determinar el papel del STF en la política. El presente análisis sugiere que los contextos constitucional y político permitieron que el STF desempeñara funciones sustanciales en la distribución de poder y en la dirección económica, pero un papel menos activo en la protección de derechos en el periodo postautoritario. Como señala el análisis de Brinks con mayor detalle, la intrínsecamente pragmática Corte jugó esos roles con cautela, al validar la acción gubernamental mientras mantenía los límites constitucionales. Los aspectos generales del argumento del capítulo y lo que sugiere para entender cómo evolucionaron los roles de la Corte constitucional son discutidos en la conclusión.

2. EL STF EN ACCIÓN

Durante las dos décadas posteriores a la transición política de Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) decidió una amplia gama de casos políticamente relevantes.¹ El apéndice 1 enumera los casos en los que se basa el presente análisis: se trata de una muestra sistemáticamente seleccionada de 55 casos importantes, desde el punto de vista político, presentados al STF entre 1985 y 2004.² Los casos pueden organizarse en tres categorías generales: en 32 de

¹ Este estudio define como “políticamente relevantes” aquellos casos donde la Corte Suprema tuvo la oportunidad de reforzar o cuestionar de forma significativa el ejercicio del poder gubernamental (en específico, los casos relacionados con el sistema político, o el comportamiento del gobierno nacional, las leyes, o la política).

² Mi estrategia de selección de casos supone triangular la información de tres fuentes: (1) 25 entrevistas especializadas donde se solicitó a los informantes que identificaran los casos políticamente importantes (estas entrevistas están citadas en el texto con el prefijo “CSE”[experto] o “CSM”[Juez] más un número); (2) artículos sobre el STF y sus resoluciones, provenientes de cada edición del O Estado de São Paulo desde 1985 hasta 2004, incluido; y (3) una bibliografía del trabajo académico local sobre la Corte

los 55 que estudiamos (58% de la muestra), la Corte *distribuyó el poder* entre las distintas ramas del gobierno o actores políticos; en 14 casos (25% de la muestra), *participó en la dirección económica* al decidir sobre la legalidad (no basada en derechos) o constitucionalidad de la política económica; y en 9 casos (16% de la muestra), *protegió derechos* al decidir si la política nacional (y la política económica en particular) violaba garantías constitucionales.³ Esta sección discute estas categorías y las decisiones en cada una de ellas.⁴

a. La distribución del poder

En la era de la postransición, el STF estuvo encargado de distribuir el poder —tanto directamente, al ser requerido como árbitro en conflictos sobre separación de poderes, como indirectamente, cuando se le instó a poner en claro los límites de los nuevos mecanismos constitucionales.⁵ En un primer grupo de resoluciones, la Corte distribuyó el poder institucional al arbitrar conflictos “horizontales” entre las ramas del gobierno, y conflictos “verticales” entre los niveles de gobierno. En un segundo grupo de resoluciones, el STF distribuyó el poder político resolviendo conflictos entre los actores políticos.

Superior. Los casos mencionados más de un número específico de veces por cada fuente entraron en la muestra. Las citas de entrevistas adicionales a expertos llevan el prefijo “I” (entrevistas informativas), “JG” (entrevistas adicionales a Jueces), y “EG” (entrevistas a expertos respecto de los casos de política económica).

³ Sobre esta división, cfr. Scribner (2009). No todos los casos caen natural e indiscutiblemente en una de estas categorías. Los casos catalogados como “distribución de poder” son clasificados así porque las fuentes que los mencionan enfatizan la forma en que el STF distribuyó el poder por vía del caso. En segundo lugar, aunque algunos de los casos clasificados como “creación de política económica” involucran derechos, éstos no sirvieron de base principal para impugnar la política en cuestión. Finalmente, algunos de los casos catalogados como “derechos determinados judicialmente” entrañan política económica; sin embargo, en esos casos la impugnación de las estrategias económicas del gobierno estuvo específicamente fundada en los derechos.

⁴ Una variante del marco de trabajo de este libro merece ser mencionada. La tipología empleada por los editores depende del supuesto simplificador de que las Cortes arbitran conflictos entre las distintas ramas cuando deciden en favor de la rama o nivel del gobierno más débil. Sin embargo, en vista de la nueva distribución señalada en la Constitución de 1988 y de la rapidez de las políticas de transición, el hecho de dictar resoluciones que distribuyeran el poder —sin importar en qué dirección— era equivalente a adelantarse en un campo minado para el STF. Como consecuencia, considero que en cualquiera de estas resoluciones, el STF asumió un papel que ayudó a definir la nueva separación de poderes.

⁵ La muestra no contiene casos decididos —o incluso presentados— antes de 1988. La Corte permaneció en algo parecido a un “patrón sostenido” o “limbo” entre la elección democrática de 1988 y la promulgación de la Constitución en el mismo año (CSE-06).

i) La distribución del poder institucional

Numerosos casos donde el STF distribuyó el poder entre las ramas del gobierno federal se referían a la vaguedad de los límites de la Constitución de 1988 respecto del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la Corte resolvió que el Ejecutivo *no podía* volver a expedir un tipo de decreto (*Medida Provisória*, MP) rechazado por el Congreso (*Ação Direta de Inconstitucionalidade* [ADIn] 293) pero *podía* volver a expedir la MP que no hubiera sido objetada por el Congreso (ADIn 1250).⁶ También intentó definir y determinar judicialmente los prerequisites de “relevancia y urgencia” de la MP (ADIns 1397, 1647, y 1753). En cuanto a las incursiones del Ejecutivo en territorio judicial, la Corte dictaminó que el Presidente no podía establecer la criminalidad de las actividades a través de la MP (ADIn 162), pero sostuvo que una MP que prohibiera a las Cortes utilizar mandatos judiciales en ciertos casos no violaba la separación de poderes (ADIns 223 y 295). La Corte también reforzó el Poder Ejecutivo (y su propio poder respecto de las Cortes inferiores) al aprobar la *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADC),⁷ un mecanismo que ayuda a acelerar resoluciones judiciales finales, al prevenir o atenuar el escrutinio y el debate de la política federal en las Cortes inferiores (Faro, 1997, 242; Rocha y Paulo, 2003, 65-69) (ADC 01 y ADIn 913).

El STF también tomó otros pasos para definir los límites de su autoridad en la nueva matriz institucional. Mientras que en el terreno legislativo la Corte limitó su alcance a casos concretos de revisión donde cada demandante alegaba una omisión legislativa (*Mandados de Injunção* [MIs] 107, 232, y 283), de forma reiterada ejerció el poder para declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales (*e.g.*, ADIns 926 y 939), e impuso su poder para revisar presuntos procesos legislativos de violación de normas constitucionales (*e.g.*, MS 22503).⁸

⁶ Cfr. glosario para definiciones de MP, ADIn, y muchos otros términos técnicos utilizados en este capítulo.

⁷ Cfr. Favetti, 2003: 127-148 para un fascinante análisis sobre la creación del ADC.

⁸ La Corte aún tiene que decidir un caso (ADIn 2231, presentado en 2000) que cuestiona los acelerados procesos de toma de decisión que sigue para resolver los casos de *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF), que a menudo se relacionan con temas polémicos.

En los casos de federalismo, las decisiones de la Corte generalmente favorecieron al gobierno federal. Eliminó una sección de la Constitución del Estado de Río de Janeiro (ADIns 231 y 245), y aprobó el principio constitucional federal de proporcionalidad en un caso relacionado con una ley que establecía el número de diputados en una municipalidad específica (RE 197917). En un grupo importante de casos, la Corte aprobó la mayoría de los aspectos de la Ley de Responsabilidad Fiscal (2000) a pesar de las demandas que sostenían que dicha ley violaba la separación de poderes y el federalismo (ADIn 2238).⁹ Sin embargo, el STF apoyó los intereses de los Estados en contra del centro en un caso, al eliminar parte de la reforma constitucional no. 3 a instancias de cinco gobernadores, y evitando así que el gobierno central impusiera un Impuesto Provisional sobre Transacciones Financieras (IPMF) a los Estados y municipalidades (ADIn 926).

ii) La distribución del poder político

En otro grupo de casos, el STF repartió poder entre los actores políticos o partidos. Por ejemplo, mientras que la Corte aprobó el procedimiento del Congreso utilizado para “archivar” una propuesta de juicio de responsabilidad en contra del Presidente Sarney (1985-1990)(MS 20941), desestimó prácticamente cada queja presentada por el entonces Presidente Collor (1990-1992) durante los procedimientos del juicio de responsabilidad en su contra en el Senado (MS 21564, MS 21623, MS 21689).¹⁰ El STF también aprobó la reforma constitucional no. 2, que cambiaba los procedimientos del plebiscito nacional sobre el tipo de régimen y sistema de gobierno propuesto en la Constitución de 1988, al permitir que el plebiscito tuviera lugar en abril de 1993 (ADIns 829 y 830).¹¹ Finalmente, la Corte apoyó una norma según la cual los partidos políticos que habían apoyado un candidato presidencial (solo o en coalición con otros partidos) no podían formar una

⁹ Mientras que la presunta ley acusada de violar el federalismo era sólo uno de los frentes donde era cuestionado, uno de sus objetivos fundamentales era “disciplinar” el gasto estatal y municipal (CSM-05, EC-03, EC-15, EC-31, EC-41).

¹⁰ El STF absolvió a Collor de los cargos de corrupción en un proceso penal en 1994 (ação penal [AP] 307).

¹¹ Los brasileños votaron para mantener una República Presidencial.

coalición *diferente* para apoyar un candidato a gobernador, diputado federal o senador, diputado estatal o municipal en las elecciones de 2001 (ADIn 2628).¹²

b. La participación en la dirección económica

Las políticas económicas implementadas por las autoridades brasileñas en las décadas de los ochenta y noventa para combatir la inflación y reformar el Estado generaron cascadas de casos judiciales, muchos de los cuales fueron procesados o eventualmente apelados en la Corte Superior.¹³ Ésta fue más permisiva en sus primeras decisiones sobre política monetaria e iniciativas de privatización. En un caso famoso, interpretó que la cláusula constitucional que fijaba la tasa anual de interés real en 12%, no debía ser autoejecutada (ADIn 04) sorteando así esta disposición poco realista. Y en los casos ADIns 259 y 534, el STF aprobó una serie de 22 MP que formaban parte del heterodoxo plan de estabilización de 1990 del Presidente Collor (Kingstone, 2000, 191).¹⁴ El STF también confirmó de forma sistemática el programa de privatización del gobierno, por ejemplo, al remover obstáculos para la venta de dos entidades importantes —la compañía *Vale do Rio Doce* (ADIn 1582) y el *Banco do Estado de São Paulo* (*Petição* [PET] 2066).

La Corte fue más firme respecto de las autoridades electas cuando examinó sus políticas tributarias. Mientras que en 1996 apoyó la facultad del Estado para imponer una Contribución Provisional sobre los Movimientos Financieros (CPMF) (ADIn 1497), tres años más tarde echó abajo fragmentos de la reforma no. 21, que extendía dicho impuesto por 36 meses más y

¹² Existen tres casos más respecto del número de diputados en la Cámara federal (MIs 233 y 219, y ADIn 815); la Corte desestimó dos de los casos pero en su resolución sobre el tercero hizo un enérgico llamamiento al Congreso para subsanar la laguna legislativa.

¹³ Los casos discutidos en esta sección no involucran impugnaciones de la política económica nacional basadas en los derechos fundamentales; la siguiente sección discute casos relacionados con la política económica donde la impugnación estaba completa o parcialmente fundada en tales derechos. Una vez dicho esto, la constitucionalidad de la política económica es reclamada en más de un tercio de los casos analizados aquí.

¹⁴ En su decisión sobre el ADIn 534, el STF enfatizó que aunque no podía suspender la MP en control abstracto, su decisión no suspendía casos en curso o decisiones ya tomadas en otros niveles del Poder Judicial.

cambiaba la tasa para calcularlo. Las decisiones de la Corte respecto del impuesto del Fondo para la Inversión Social (FINSOCIAL) también fueron manejadas de forma imparcial: aprobó normas que estipulaban quién debía pagar el impuesto (RE 150755), pero declaró inconstitucionales numerosos incrementos al mismo (RE 150764). Además aceptó los cambios a la reforma constitucional no. 3 y a la ley complementaria no. 77, para evitar así que la carga tributaria IPMF (mencionada previamente) fuera impuesta en 1993 (ADIn 939).¹⁵

El STF afrontó sus mayores desafíos respecto de las autoridades electas cuando tuvo que resolver casos relacionados con las prestaciones de seguridad social y salarios. La Corte exigió al gobierno que ajustara las prestaciones de jubilación de determinados pensionados en un 147.06% (RE 147684)¹⁶ y suspendió numerosos aspectos de una ley de reforma de pensiones (Ley 9783 de 1999) que establecía y regulaba un impuesto sobre las pensiones de los jubilados del sector público (ADIn 2010).¹⁷ En lo referente a los salarios, el Presidente omitió enviar al Congreso el proyecto de ley anual para revisar la remuneración de los empleados del sector público en 1999 (artículo 37, modificado por la reforma no. 19), y por tanto el STF declaró inconstitucional dicha omisión, y solicitó al Ejecutivo rectificar su error (*Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* [ADIn for omission] 2061).

c. La protección constitucional de los derechos

El historial de casos sugiere que el STF tuvo un papel menos importante en la protección de derechos,¹⁸ y continuó así básicamente durante todo el periodo

¹⁵ Sin embargo, a petición del Presidente y del abogado general, el STF aprobó 2.152 MP, que establecían objetivos de consumo y un régimen tarifario para solucionar la crisis energética de Brasil en el 2001 (ADC 09).

¹⁶ Aunque la decisión del STF sólo beneficiaba a los pensionados afiliados al sindicato que habían interpuesto la demanda, el gobierno voluntariamente extendió el beneficio a todos aquellos cuyas pensiones hubieran sido mal ajustadas (EC-14; EC-17).

¹⁷ Sin embargo, cfr. también la discusión de ADIns 3105 y 3128 (donde el STF aprobó un impuesto sobre las prestaciones de los trabajadores retirados del sector público estatal y local, aunque ajustó el monto del impuesto) en el siguiente subapartado.

¹⁸ En este trabajo, el término “derechos” incluye derechos políticos, civiles y económicos.

posterior a la transición.¹⁹ Solamente nueve de los 55 casos estudiados aquí (16% de la muestra),²⁰ fueron discutidos o al menos decididos de forma parcial sobre la base de los derechos.²¹ En seis de los nueve casos, los demandantes alegaron que algunas de las políticas económicas violaban sus derechos y el STF lo aceptó en tres de los seis casos. En el caso RMS 22307, la Corte recurrió a las garantías constitucionales de equidad salarial para justificar la compensación que se otorgó a un grupo de funcionarios por ajuste de salario. En el caso ADIn 1946, el STF dictó una interpretación de una reforma constitucional, estipulando un salario máximo de baja de maternidad para los empleados del sector privado que básicamente sobrepasaba el límite. Y en *recurso extraordinario* (RE) 226855, el STF decidió el ajuste de las cuentas bancarias vinculadas al sueldo de los demandantes (lo cual perdió valor con la imposición de varios planes económicos), resolviendo que esas pérdidas eran una violación de los derechos constitucionales de propiedad y las garantías de equidad. En los otros tres casos donde los demandantes alegaban que las políticas económicas violaban sus derechos (todas las ADINs clasificadas por grupos de trabajadores), la Corte apoyó la política gubernamental. En el caso ADIn 2111, el STF aprobó una ley que establecía una fórmula para calcular las contribuciones y prestaciones de las pensiones a pesar de las quejas de los demandantes que aseguraban la violación de sus derechos adquiridos y de su derecho a la seguridad social. Y en los casos ADIns 3105 y 3128, la Corte aprobó la reforma constitucional no. 41, que grababa las prestaciones de las pensiones de los funcionarios estatales y locales, en contra de protestas que mostraban que los impuestos violaban derechos económicos adquiridos.

En los tres casos restantes, el STF denegó (de forma directa o tácita) los reclamos de los demandantes. En uno de los casos, la Corte Suprema negó

¹⁹ Todos los casos sobre derechos capturados en la muestra fueron presentados ante el tribunal después de 1994.

²⁰ Como un punto de comparación, la misma técnica de selección de casos en Argentina produjo una muestra donde más de un tercio de los casos (37%) fueron defendidos o decididos en base a los derechos.

²¹ Además, cuatro de los nueve casos eran ADINs – casos de control abstracto donde una entidad pública, legal o laboral alegaba que una política violaba derechos en lugar de casos de control concreto interpuestos por un particular. Y en dos de los nueve casos, la acusación de que la política en cuestión violaba un derecho era sólo una faceta (no obstante importante) de un conflicto legal más amplio. En resumen, la categoría “casos de derechos” es bastante amplia.

un *habeas corpus* interpuesto por un demandante que alegaba que su arresto violaba las garantías constitucionales de no encarcelamiento civil por deudas (y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos) (HC 72131). En otro caso, el STF recurrió a la prohibición constitucional del racismo para negar el recurso de *habeas corpus* a un editor de libros cuyo trabajo promovía ideas discriminatorias (HC 82424). Y, finalmente, la Corte aún no ha emitido su veredicto final en el caso sobre el derecho de una mujer a terminar su embarazo porque el feto había sido diagnosticado con anencefalia (ADPF 54, interpuesto en 2004).

En resumen, el análisis sugiere que la Corte Suprema brasileña jugó un papel más importante respecto a qué actor favorece —entendida como la asignación institucional o política de poder sin importar qué dirección siga—, y en relación a la dirección económica, que en la protección de derechos en los veinte años posteriores al cambio de régimen. Respecto de la distribución de poder, la Corte frenó y respaldó el Poder Ejecutivo: en el extenso grupo de casos estudiados, este trabajo encuentra menor evidencia de una “tendencia presidencial” en los fallos del STF que el análisis más específico de Brinks sobre las reacciones de la Corte respecto del uso de poder presidencial para decidir. Además, la Corte expandió y limitó al mismo tiempo sus propios poderes respecto de las otras ramas del gobierno. Y en los casos de federalismo, muy a menudo favoreció al gobierno federal sobre los Estados. También distribuyó poder entre los actores políticos, por ejemplo, al difundir un intento de juicio de responsabilidad en contra del primer Presidente de la postransición y al emprender el proceso de juicio de responsabilidad en contra del segundo,²² y afinó el funcionamiento del sistema de representación. La Corte también participó con frecuencia en la dirección económica, al resolver un variado grupo de casos relativos a las respuestas del gobierno a la crisis económica y a sus políticas de reforma económica.

En contraste, el STF comenzó a asumir un limitado papel en la defensa de derechos a mediados de la primera década del milenio. Mientras que la

²² En ese entonces, el presidente del STF, Sydney Sánchez, encabezó las audiencias del juicio de responsabilidad en el Senado.

muestra que estudiamos incluye algunos casos importantes relacionados con los derechos civiles y económicos (*e.g.* derecho a vivir sin racismo, derechos procesales, derechos relacionados con la equidad salarial, y “derechos adquiridos”), no cuenta con casos sobre derechos socioeconómicos (SE) similares a aquellos resueltos por las militantes Cortes Constitucionales de Colombia o Sudáfrica, por ejemplo.²³ Además, el STF falló a favor de los demandantes en sólo una tercera parte de los casos. Numerosos expertos entrevistados en relación con el proyecto coincidieron en que al menos durante 2005, el STF no tuvo un perfil muy alto en la protección de derechos (I-13, EG-07, EG-10). En coherencia con las demandas analizadas por Brinks, varios Jueces que entrevisté enfatizaron el interés de la Corte en los derechos de primera generación (especialmente los derechos procesales) en casos individuales (JG-01, JG-02, JG-03, JG-06). Sin embargo, ningún Juez mencionó casos importantes relacionados con los derechos SE.²⁴

3. UNA EXPLICACIÓN DEL PAPEL DE LAS CORTES SUPERIORES: LA “ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE OPORTUNIDADES” Y LA “ESTRUCTURA SOCIOPOLÍTICA DE INCENTIVOS”

¿Por qué la Corte Suprema brasileña aceptó jugar esa particular mezcla de roles? Parece que los roles de cualquier Corte Constitucional están moldeados por los casos que recibe, los cuales a su vez están determinados por la interacción de la estructura constitucional de oportunidades y la estructura socio-política de incentivos que enfrentan los potenciales demandantes.²⁵ En otras palabras, mientras Brinks discute de qué forma los factores institucionales y políticos vulneran el proceso de toma de decisión de la Corte Superior

²³ Los SE son derechos fundamentales como la educación, salud, vivienda, alimentación, tierra, y renta básica.

²⁴ Un estudio reciente sobre la legalización de los derechos SE en Brasil también señaló que el STF ha decidido “muy pocos casos”, incluso en el área más prometedora de la pugna judicial sobre los derechos SE en Brasil: la asistencia sanitaria (Hoffmann y Bentes, 2008:117).

²⁵ La noción de Wilson y Rodríguez Cordero de “una estructura de oportunidad legal”, que definen como las “reglas específicas que regulan el acceso y los costos de recurrir a la Corte” (2006:325) es más específica, pero se traslapa con mi noción de estructura de oportunidad constitucional.

(es decir, en *cómo* los tribunales superiores llevan a cabo sus roles), este capítulo expone que los factores constitucionales y políticos entran en juego incluso antes, moldeando los casos que reciben las Cortes Superiores y por tanto qué papeles juegan y jugarán.

La estructura constitucional de oportunidades define el tipo de conflictos que *pueden ser* constitucionalizados y judicializados, y de ese modo perfila los roles que una Corte Superior puede jugar. Una estructura constitucional de oportunidades incluye cuatro elementos: (1) cómo la Constitución *distribuye el poder entre los actores gubernamentales*, (2) qué *compromisos ideológicos* refleja (que establecen el marco en el cual la acción gubernamental y la política deben ser desarrolladas), (3) cómo la Constitución *distribuye poder entre el Estado y la sociedad* a través de derechos o del establecimiento de instancias gubernamentales que ayudan a mantener a las autoridades constitucionalmente responsables, (4) qué *mecanismos* hay disponibles para poner en marcha el Poder Judicial y la Corte Superior en específico. Entre más se desvíe cada aspecto de la estructura de oportunidad del statu quo previo a la adopción del texto constitucional, mayor será la cantidad de temas que abarcará el documento final (*i.e.* existirán más cuestiones relacionadas con cada una de las facetas que aborda); mayor será el grado de vaguedad o de especificidad para abordar cada aspecto; y mientras más grande sea su grado de inconsistencia (en la discusión de un determinado aspecto o en las discusiones de los distintos aspectos), mayor será la oportunidad que ofrece para llevar el conflicto a nivel constitucional, judicial y procesal.

Aunque una estructura de oportunidades que permita judicializar el conflicto es necesaria para llevar a las Cortes Superiores al escenario político, probablemente no es suficiente. Para lograr que una Corte Superior desempeñe roles en la política también son necesarias dos condiciones relacionadas con la estructura sociopolítica de incentivos. En primer lugar, la acción gubernamental (o inacción) debe contradecir la Constitución (o debe ser fácilmente cuestionada en ese sentido). En segundo lugar, los demandantes potenciales deben estar incentivados y tener los medios de acceso a los tribunales para

impugnar la acción gubernamental: deben ver el camino judicial tan abierto y potencialmente fructífero (si no para ganar casos, al menos para expresar su insatisfacción de manera pública), y deben contar con los mecanismos para perseguir sus objetivos.

La literatura en derecho comparado y Poder Judicial ha intentado identificar los factores que produjeron el “giro de las Cortes a nivel global”. Por ejemplo, dos corrientes teóricas en constitucionalismo comparado abordan directamente la cuestión de cómo el contenido constitucional afecta el procedimiento y el comportamiento judicial. La primera línea de pensamiento debate sobre las implicaciones del “nuevo constitucionalismo” en la democracia (*e.g.*, Shapiro y Stone Sweet, 1994, Hirschl, 2004):²⁶ los escépticos temen una transferencia de poder de los líderes electos democráticamente a los no electos, a los Jueces que no rinden cuentas a nadie, mientras que los simpatizantes siguen brindando su apoyo como un paso hacia el crecimiento democrático (Hilbink, 2008, 227). Una línea de trabajo relacionada examina cómo los mecanismos de control constitucional repercuten en la judicialización de la política (*eg.*, Ríos Figueroa y Taylor, 2006; Taylor, 2008).

La literatura relacionada con la judicialización también ha intentado explicar el “lado de la demanda” de este fenómeno, con la tendencia a generar respuestas vagas o complicadas. Por ejemplo, en el trabajo innovador de Tate y Vallinder sobre Poder Judicial comparado, Tate esboza un conjunto muy amplio de “condiciones” para alcanzar la judicialización (1995, 28-36). En lo referente a este proceso en Latinoamérica, Sieder *et al.* sugieren que puede ser emprendida “desde arriba” (por ejemplo, a través del activismo judicial o por medio del gobierno o de la oposición que busquen la aprobación de las Cortes), o desde abajo (a través de movimientos sociales u ONGs) o desde fuera (2003, 5-7). Y Domingo señala un cúmulo de factores que pueden llevar a la variación en la judicialización a lo largo de la región, y

²⁶ Como se utiliza aquí, las Constituciones que encarnan el “nuevo constitucionalismo” ofrecen un catálogo de derechos y establecen un control de constitucionalidad, así como una entidad para llevarlo a cabo (Hirschl, 2004).

que van desde la transición de régimen hasta la naturaleza y “capacidad de organización asociativa” de la sociedad civil, hasta la priorización de las normas jurídicas establecidas en el discurso público y político (2004, 106).

En particular, los académicos han destacado numerosos prerequisites para que los ciudadanos recurran a las Cortes y éstas asuman el papel de defensoras de derechos. Entre estos requisitos figuran una lista de derechos fundamentales en la Constitución, una mayor conciencia de las garantías constitucionales, y una propensión para enmarcar los conflictos en términos de protección de derechos (*e.g.* Hartz, 1955, 9, citado por Epp, 16). Epp considera tal enumeración como correcta pero insuficiente: ya que una “revolución de los derechos” requiere del litigio, una “estructura de apoyo para la movilización legal” (financiamiento, organizaciones y abogados defensores de derechos) también es necesaria (1998, 17-18).²⁷ Asimismo, Halliday *et al.* (2007) destacan la importancia del “complejo legal”²⁸ y del liberalismo político (que incluye la protección de derechos). Y Gauri y Brinks (2008, 14) identifican un ciclo de decisiones interdependientes (hechas por demandantes potenciales, Jueces, y el blanco de los reclamos sobre derechos) que afectan cuando los actores pretenden exigir sus demandas económicas y sociales a través de las Cortes.

Este estudio busca sintetizar estas explicaciones dentro de un marco único que pueda utilizarse para explicar los roles que juegan las Cortes Superiores. El objetivo es ubicar con exactitud cómo, al enfrentar demandantes potenciales, la estructura constitucional de oportunidades y la estructura sociopolítica de incentivos afectan la “demanda” de Cortes Superiores y por consiguiente los roles que éstas juegan en la política.

²⁷ De forma similar, el estudio de McCann (1994) sobre la movilización en Estados Unidos explica cómo variadas formas de defensoría legal proporcionaron a los activistas las herramientas necesarias para avanzar en sus luchas – incluyendo la vía de la Corte.

²⁸ Para Halliday *et al.*, el complejo legal incluye Jueces, abogados, y “todo el personal legal capacitado...que asuma la responsabilidad del trabajo legal, incluyendo a los fiscales o procuradores y a los funcionarios públicos involucrados en la administración de justicia” (2007:7).

a. Estructura constitucional de oportunidades

Una breve visión general de la transición constitucional de Brasil nos instruye acerca de la forma en que debemos entender la estructura de oportunidades implícita en la Constitución de 1988. Brasil vivió una transición democrática en 1985 y eligió a sus primeras autoridades civiles en dos décadas. El cambio de régimen supuso una estabilidad institucional relativa: gran parte de la élite política que había apoyado al régimen militar previo conservó sus posiciones dentro del gobierno, los lugares en el Congreso permanecieron iguales, el Poder Judicial nunca fue reemplazado o despojado de sus prerrogativas institucionales (Panizza, 2003, 51, Pereira, 2005, 162), y el ejército, aunque “regresó al cuartel”, permaneció activo políticamente.²⁹ En vista de que era necesario reemplazar la Constitución existente redactada por militares —y tal vez como una forma de decir “nunca más” a los abusos de las dos últimas décadas—³⁰ Brasil inició un proceso catártico de renovación constitucional en 1986.³¹ Después de un fallido intento inicial por un “grupo de notables”,³² los líderes de la Asamblea hicieron un llamado al Congreso electo en 1986 para redactar el borrador de la Constitución (Reich, 1998, 12).

El proceso constituyente donde participaron 559 legisladores generó una confusión significativa y problemas de acción colectiva. Ya que los partidos políticos eran rudimentarios e incapaces de incorporar sus propios intereses, miles de intereses particulares y grupos de presión de todas partes de la cultura pluralista y corporativista de Brasil estuvieron directamente involucrados en el proceso de redacción de la Constitución. Muchos tuvieron éxito en introducir en el texto constitucional sus preferencias y demandas sobre numerosas áreas de la política (Rossen, 1990, 777; Arantes, 1997, 198,

²⁹ Hunter, 1997, Stepan, 1989, y Hagopian, 1996, ofrecen excelentes explicaciones sobre las políticas de transición en Brasil.

³⁰ La continuidad judicial, la influencia militar sostenida, y la amnistía decretada por el ejército en 1979 prohibiendo el enjuiciamiento por “crímenes políticos” cometidos desde 1961, hizo poco probable la creación de comisiones de la verdad o la tramitación de juicios de responsabilidad en contra de los antiguos líderes militares, como sucedió en otros países sudamericanos (Pereira, 2005: 162).

³¹ El proceso constitucional brasileño ha atraído una atención académica importante; cfr., e.g., Konder Comparato, 1990, Rosenn, 1990, Martínez Lara, 1996, Souza, 1997, Reich, 1998, Rosenn, 2000, y Reich, 2007.

Taylor, 2004, 8). Algunas de las demandas quedaron integradas de forma ambigua mientras que otras fueron incorporadas al detalle. Algunas de las controversias, que inevitablemente resultaron de las demandas en conflicto, encontraron solución fuera del proceso constitucional (el texto está repleto de disposiciones que requieren de una legislación complementaria para entrar en funcionamiento) mientras que otras fueron agregadas a la Constitución, provocando incoherencia (Kerche, 1999, 66). Finalmente, promulgada en octubre de 1988, la Constitución de Brasil es una de las más largas del mundo (Pereira, 2000, 220).³³

i) La distribución del poder entre las ramas y niveles de gobierno

La innovación respecto de la división institucional de poderes —en particular cuando esos poderes se delinear de forma muy específica o muy vaga— puede provocar la judicialización cuando los actores ponen a prueba los nuevos límites. La Constitución brasileña del periodo posautoritario buscó restringir los poderes del tradicionalmente dominante Ejecutivo, estableció algunas herramientas de control legislativo,³⁴ y aumentó el Poder Judicial a través de la expansión de mecanismos de control constitucional (discutido abajo); y también creó tribunales especiales, jerárquicamente inferiores al STF, para las jurisdicciones laboral, militar y electoral (artículo 92).³⁵ La Constitución señala muchos de los poderes de cada una de las ramas de forma extraordinariamente detallada. Por ejemplo, los artículos del 44 al 59, cada uno con múltiples partes y subpartes, detallan los poderes de las dos Cámaras en sesión, así como de la Cámara de Diputados y de Senadores por separado; establece los lineamientos para el comportamiento de diputados y senadores; y ofrece reglas para las sesiones legislativas, comisiones y proceso legislativo.

³² El Presidente Sarney nombró una comisión independiente (que incluía luminarias de la política, el derecho y el sector privado) para preparar un “programa de acción” para la Constitución, pero “archivó” dicho programa poco después de recibirlo (Reich, 1998: 12).

³³ Actualmente la Constitución incluye más de 200 páginas de texto dividido en nueve apartados que contienen 250 artículos (la mayoría con numerosas cláusulas y muchos con docenas de ellas), más 95 artículos transitorios adicionales; el documento supera las 70 000 palabras.

³⁴ Por ejemplo, la Constitución concede al Congreso el poder de invalidar un veto presidencial y de aumentar su control en la elaboración del presupuesto y en los acuerdos de deuda externa (Martínez Lara, 1996, OAS, 1997).

³⁵ Es importante señalar que el Presidente conservó un poder constitucional significativo y, de facto, tiene mucho poder para establecer su agenda y sigue dominando el sistema político brasileño (Mainwaring, 1997).

Sin embargo, otras estipulaciones son bastante vagas —por ejemplo, los usos y límites de los considerablemente proactivos poderes legislativos del Ejecutivo (MPs).

Respecto de la distribución de poder entre el gobierno nacional, estatal y local, los redactores de la Constitución intentaron reforzar el federalismo (Stepan, 2001, 351). Las secciones del texto constitucional que se refieren al poder del gobierno federal en particular están bastante detalladas: los artículos 20 al 24 (cada uno con 20 partes en promedio, la mayoría con múltiples subpartes) señalan sus propiedades y poderes, áreas donde tiene derecho a legislar, y los poderes conjuntos y concurrentes del gobierno federal, los Estados y los distritos. En particular, el federalismo fiscal fue fortalecido. El gobierno federal delegó a los Estados y municipios mayores poderes tributarios y una parte más importante de los ingresos obtenidos (aunque el gasto público y otras responsabilidades no fueron transferidos simultáneamente) (Mainwaring, 1997; Reich, 1998, 5; Martínez-Lara, 1999). En resumen, cuando los actores políticos intentaron clarificar (y expandir) sus roles en la nueva matriz constitucional, la Constitución ofreció una estructura bien desarrollada para utilizar y ejercer la jurisdicción constitucional.

ii) Compromisos ideológicos

Entre más inclusivos, específicos o inconsistentes internamente son los compromisos incorporados a una Constitución, mayor será su potencial para servir de base a las funciones judiciales. En el caso de Brasil, los redactores del borrador del nuevo texto constitucional introdujeron diversos compromisos ideológicos en la Constitución. Mientras que abiertamente mostraba un compromiso hacia el liberalismo, era menos clara respecto de sus compromisos políticos y económicos. Por ejemplo, aunque se entregó sin ninguna duda a un sistema democrático, también perpetuó ciertas tendencias autoritarias (como conservar las prerrogativas del ejército y las relaciones entre civiles y militares; *cf.* Zaverucha, 1998).³⁶ Asimismo, la Constitución incluyó

³⁶ Aunque no estuviera formalmente involucrado en el proceso de redacción de la Constitución, las reiteradas amenazas del ejército y la periódica circulación de rumores sobre un golpe patrocinado por

un empate asimétrico y contradictorio de filosofías económicas.³⁷ Por un lado, hacía referencia a la libre empresa y a la competencia (*e.g.*, artículo 170; JC-06) y alentaba la creación de pequeñas y microempresas, ya que fue redactada en medio de la presión internacional para la reforma neoliberal y del repliegue del Estado de la dirección económica (artículo 179). Por otra parte, el texto constitucional poseía un contenido abrumador de *dirigismo económico*, en vista de que fue escrito a principios del periodo posterior a la transición, bajo el mando de un presidente con fuertes vínculos con el régimen militar previo donde el Estado jugaba un papel relevante en la economía. Por este motivo, prescribió un programa de transformación que involucraba intervención estatal considerable, regulación económica (incluyendo a las empresas privadas y los sectores estratégicos) y tenía fuertes acentos nacionalistas (Ballard, 1999,247; Vilhena Vieira, 2002, 38; 129-130).³⁸

La forma detallada en la que muchos compromisos económicos fueron redactados en la Constitución —más parecidos a políticas públicas que a principios constitucionales—³⁹ aumentó la posibilidad de choques con la legislación subsecuente.⁴⁰ Además, éstas cláusulas detalladas a menudo se contradecían entre sí ya que estaban basadas en filosofías en conflicto, y propiciaban la pugna entre aquellos que deseaban ser favorecidos por las Cortes (Vilhena Vieira, 2002, 39-40). Por ejemplo, las detalladas limitaciones del Estado respecto de los impuestos (Parte VI) impidieron que el gobierno recaudara el dinero que necesitaba para llevar a cabo sus intenciones estatísticas señaladas en la Constitución. En resumen, la extensión, especificidad, e

los militares confirmaron las advertencias de los conservadores sobre el colapso del régimen si ellos (y los militares) no se salían con la suya (Reich, 1998:14).

³⁷ Como comenta el investigador Konder Comparato (1990:762), la Constitución de 1988 carece de “comprensión para resolver los asuntos económicos... sus resoluciones fracasan en formar un sistema coherente.”

³⁸ La Constitución discrimina la participación de compañías extranjeras y autoriza de hecho un monopolio federal en una gran variedad de esferas del texto original (artículos 176 y 177).

³⁹ Tanto Ackerman (1992) como Elster (1995) han señalado que es más probable que una Constitución se encuentre repleta de políticas públicas cuando la Legislatura hace el borrador (en lugar de una dedicada Asamblea Constituyente, o un pequeño comité de élite).

⁴⁰ Tal vez el ejemplo más destacado es la cláusula que establece la tasa de interés anual del 12%, mencionada en el primer caso sobre la dirección económica mencionada anteriormente.

inconsistencia interna de los compromisos previos colocados en la Constitución alentaron una política contestataria por vía del litigio constitucional (Vilhena Vieira, 2002, 21-22). En efecto, mientras en otros países que implementaron una reforma económica la protección de derechos ha sido uno de los únicos fundamentos constitucionales para impugnar la política económica, la Constitución de Brasil ofreció muchas bases para una reforma contestataria, tal vez reduciendo la judicialización de derechos (relativa a otros contextos de reforma) y ayudando a explicar el débil papel en la determinación judicial de los derechos.

iii) La distribución de poder entre Estado y sociedad

Entre más extensos, vagos, y contradictorios internamente sean los derechos incluidos en la Constitución, mejor será la infraestructura constitucional para la protección judicial de los derechos. Debido al cierre de la opción judicial para referirse al legado del gobierno autoritario y al deseo de los demócratas brasileños de proteger al país de otra experiencia autoritaria, el nuevo texto —apodado la “Constitución ciudadana” (*Constituição Cidadã*) (Zaverucha, 1998, 105)— contiene una extensa lista de derechos. El Título II enumera una amplia gama de deberes y derechos individuales y colectivos (Capítulo I), una extensa serie de derechos sociales y económicos (tanto el Capítulo II como el Título VIII) y múltiples derechos políticos (Capítulo IV). El título III describe los derechos dedicados específicamente a los funcionarios públicos (Capítulo VII, Sección II). Los derechos son al mismo tiempo vagos⁴¹ y muy detallados.⁴² Como es frecuente en el caso de Constituciones cargadas de derechos, es posible que existan muchas contradicciones entre ellos (como en el caso mencionado previamente en el cual la libertad de expresión y el derecho a vivir sin racismo estaban en oposición). Además el Ministerio Público ganó poder y autonomía bajo la Constitución

⁴¹ E.g., los derechos culturales (artículo 215) y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 225).

⁴² E.g., el derecho de las mujeres encarceladas a permanecer con sus hijos durante el periodo de lactancia (artículo 5, apartado L).

de 1988,⁴³ y el texto estipuló la creación de un ombudsman encargado de proveer consejos legales y defender a los necesitados (artículo 134)—aunque no incluía ningún detalle de sus funciones.

iv) Mecanismos para activar el STF

Los redactores de la Constitución “democratizaron” el acceso al Poder Judicial, al establecer muchos nuevos mecanismos para activar el funcionamiento de las Cortes y al expandir el uso y alcance de los otros. El texto constitucional de 1988 señaló tres tipos de control abstracto que debían presentarse directamente al STF: *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADIn), la *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADIn para omisión), y el *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF). El apoyo para presentar los casos de control abstracto ante el STF permitió abarcar una gran variedad de actores políticos incluyendo a los partidos políticos.⁴⁴ La *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* (ADC) fue introducida a través de la reforma no. 3 en 1993.⁴⁵ La disponibilidad de estos mecanismos, considerados como el camino de mayor impacto para activar la Corte Superior, probablemente alentó a los actores de la sociedad civil, a las entidades legales y a los partidos políticos a vigilar la separación de poderes, plantear otras cuestiones institucionales, o impugnar la política ante el STF.

La Constitución de 1988 también introdujo —o amplió el alcance— o de varios mecanismos de protección judicial de derechos. Mientras que la mayoría de casos son inicialmente presentados ante las Cortes inferiores,

⁴³ El Ministerio Público es un órgano independiente, y la cuarta rama del gobierno responsable de la defensa del orden judicial; del régimen democrático; del interés público; del medio ambiente; de los derechos humanos, sociales e individuales; y de combatir la corrupción y el crimen organizado (Constitución de 1988, artículos 127-130). Para un excelente análisis sobre esta institución, cfr. Kerche, 1999, Sadek, ed. 1996, y McAllister, 2008.

⁴⁴ Como lo explicó el Juez con desagrado, hasta los partidos políticos con un solo asiento en el Congreso pueden impugnar las políticas públicas presentando un caso de control abstracto ante el STF (JG-02).

⁴⁵ Los ADIns son los mecanismos de control abstracto más utilizados: entre 1990 y junio de 2009, aproximadamente 4,240 ADIns fueron asignados a los Jueces para ser resueltos (lo que sugiere que anualmente un promedio de 200 normas federales fueron impugnadas ante el STF); en contraste, sólo 23 ADCs fueron interpuestos entre 1993 y junio de 2009 (<http://www.stf.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>), consultado el 18 de junio de 2009.

algunos mecanismos pueden ser utilizados para poner en marcha el STF de forma directa bajo ciertas circunstancias.⁴⁶ Además, Brasil tiene una estructura de apelación judicial permisiva: es relativamente sencillo (aunque costoso) apelar casi cualquier decisión ante una Corte Superior si el caso puede revestirse de constitucionalidad (como sucede con los casos sobre derechos fundamentales) (Taylor, 2004, 113 y 135). Los principales mecanismos para apelar los casos concretos de control constitucional (incluyendo los conflictos sobre derechos) ante el STF son el *recurso extraordinario* (RE) y el *agravo de instrumento* (AG),⁴⁷ los cuales se utilizaban antes de 1988. Dada la conocida ineficiencia del Poder Judicial brasileño, el hecho de que la mayoría de los casos lleguen al STF por vía de apelación puede ayudar a explicar por qué aumentó el papel de defensor de derechos de la Corte en *la última parte* del periodo de postransición.

En resumen, la Constitución de 1988 buscó limitar la autoridad del Ejecutivo y otorgar poder al Poder Judicial, al mismo tiempo que dirigió el poder hacia la sociedad a través de la inclusión de un gran número de derechos. El texto contenía algunos compromisos ideológicos (por ejemplo, hacia el liberalismo y, en algunas partes, hacia un programa económico estatista y nacionalista), incluyó numerosos mecanismos para activar la Corte Superior de forma directa e indirecta, y estableció una estructura de apelación permisiva. Estas características, además de la naturaleza inclusiva del texto y sus múltiples ambigüedades, los detalles excesivos y las cláusulas contradictorias, ofrecieron a una amplia variedad de individuos y entidades, una base prometedora para llevar a nivel constitucional y procesal los conflictos con el poder institucional y político, oponerse a la acción y política del gobierno, y reivindicar sus derechos.

⁴⁶ Por ejemplo, los Mandados de Segurança (MS) pueden ser presentados de forma directa ante el STF cuando caigan en lo que la Corte define constitucionalmente como jurisdicción original (cfr. Constitución de 1988, artículo 102).

⁴⁷ Desde 1991, más del 90% de los casos presentados anualmente ante el STF eran REs o AGs. (<http://www.stf.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>), consultado el 18 de junio de 2009.

b. Estructura sociopolítica de incentivos

El hecho de que la acción o política del gobierno *pueda* ser impugnada ante la Corte Superior no significa que lo *será*. Para explicar la variación en los roles de postransición del STF —su mayor participación en la distribución del poder y en la dirección económica y su menos importante papel en la defensa de los derechos— debemos alejarnos del marco institucional y examinar las dinámicas políticas de base. Propongo centrarnos en una estructura sociopolítica de incentivos: a qué grado la acción o política gubernamental está en conflicto real o aparente con la Constitución, y en qué medida los potenciales demandantes están incentivados y habilitados para recurrir a las Cortes (y a la Corte Superior en particular) para impugnar esas políticas.

i) La distribución del poder

La movilidad y confusión políticas e institucionales del periodo posterior al cambio de régimen, así como el cambio constitucional (cuando la mayoría de los casos de “distribución de poder” de la muestra en estudio fueron presentados) incentivaron fuertemente a los actores políticos a intentar aumentar su poder y poner a prueba los límites constitucionales. Dada la nueva matriz institucional de la Constitución de 1988 (así como su vaguedad y especificidad), no es una sorpresa que tales esfuerzos pudieran encontrarse, o fueran fácilmente señalados como en conflicto con la Constitución. Asimismo, era de esperarse que iniciativas políticas importantes y complejas realizadas poco después de que la nueva Constitución fuera promulgada (*i.e.*, juicios políticos presidenciales, plebiscitos, o modificaciones del sistema electoral) pudieran romper sus reglas.

Los demandantes más frecuentes de casos sobre “distribución de poder” fueron la Barra de Abogados, los partidos políticos de oposición, el Congreso y la Presidencia. Estos actores estuvieron impulsados por muchos de los mismos factores que motivaron a aquellos cuyo poder de atracción estaban impugnando: dado el momento de movilidad constitucional y política, esos demandantes intentaron delimitar y reforzar los límites constitucionales

para el futuro (a veces en un esfuerzo por expandir, o por lo menos no ver disminuir su propio poder). Pero, ¿por qué dirigirse a la Corte Superior para distribuir el poder? En primer lugar, las negociaciones políticas demostraron ser poco productivas: aquellos que buscaban expandir su poder tuvieron pocas motivaciones para retroceder cuando los límites constitucionales estaban aún decidiéndose. En segundo lugar, la ausencia de agrupaciones apropiadas (debido a la fragmentación del sistema de partidos) y los endémicos estancamientos legislativos implicaban que la impugnación a través del Congreso fuera probablemente lenta, en el mejor de los casos. Finalmente, el papel institucional del STF está *definido* como el guardián e intérprete de la Constitución.⁴⁸ Y por supuesto, los miembros de la Barra Colegiada de Brasil, los partidos de oposición, o el Ejecutivo, tuvieron estructuras de apoyo institucional viables que les permitieron impugnar con éxito, e incluso, de forma bastante pública.

Asimismo, la ayuda para esclarecer el marco institucional del país ofreció al STF la oportunidad de definir *su propio papel* en el nuevo orden institucional. A través de estos casos de distribución de poder, la Corte adoptó algunas funciones (como decidir la constitucionalidad de las reformas constitucionales), descartó otras (como hacer política en MIs), y estableció los usos y límites de los nuevos mecanismos de control abstracto (*e.g.*, el ADC y el ADPF). Pero la distribución de poder entre las ramas y capas del gobierno, y entre los actores políticos, ciertamente supuso riesgos institucionales para la Corte Superior. A principios del periodo de postransición, cuando la democracia estaba débilmente institucionalizada, es probable que los Jueces consideraran prudente dar un poco de razón a cada lado para distender en lugar de agravar los conflictos entre los actores políticos emergentes y fortalecer la estabilidad del sistema (CSE-05, CSE-06, CSE-09), trabajando así como “fieles servidores del régimen” (Shapiro, 1981) —entendiendo régimen como un sistema de reglas (como lo hace Brinks en su capítulo). El STF generalmente siguió un curso moderado o “pragmático” al decidir estos casos,

⁴⁸ El artículo 102 de la Constitución establece que el STF “tiene como responsabilidad primaria la salvaguarda de la Constitución”.

intentando evitar la confrontación con cualquier grupo o actor particular de forma repetida, y algunas veces replegándose a decisiones puramente “técnicas” (*i.e.*, centrándose en problemas de procedimiento constitucional en lugar de examinar el fundamento constitucional planteado en los casos) para ayudar a calmar el conflicto.

ii) La dirección económica

Las políticas que las autoridades brasileñas implementaron durante finales de los años ochenta y noventa para estabilizar la economía y reformar el Estado (*i.e.*, privatizar empresas del Estado, renovar los sistemas tributario y de seguridad social y modernizar la administración pública) frecuentemente entraron en conflicto con los compromisos económicos de la Constitución de 1988 (*i.e.*, sus tendencias estatistas y nacionalistas).⁴⁹ Estos conflictos ofrecieron a los partidos, sindicatos y empresas —con mayor frecuencia los demandantes en los casos sobre política económica— una plataforma para impugnar las políticas públicas (y para transformar una oposición ideológica en una controversia constitucional).

Por supuesto, esos actores primero buscaron desafiar el proceso de reforma económica en la Asamblea Legislativa. Sin embargo, el fragmentado sistema brasileño de partidos impidió congregarse una oposición unida dentro del Congreso, y los numerosos partidos minoritarios de Brasil fueron incapaces de influenciar la dirección de la reforma. Los endémicos estancamientos legislativos exacerbaban la frustración de la oposición política.⁵⁰ Con la ruta legislativa bloqueada, mecanismos para acceder a la Corte Superior al alcance de la mano, y abogados a su entera disposición, los partidos de oposición estuvieron incentivados para “cruzar la Plaza de los Tres Poderes”

⁴⁹ Efectivamente, por necesidad, y a través de una reforma constitucional, tuvieron lugar importantes aspectos de la reforma del Estado. Como ejemplo, encontramos las reformas n°5 y 8, ambas de 1995, que respectivamente otorgaron la concesión de la distribución de gas entubado y de las telecomunicaciones a empresas privadas (cfr. Couto y Arantes, 2003: 149-150; y Negretto, 2004: 550). A pesar de esta concesión, el texto continuó en pugna con muchas de las iniciativas de reforma del Estado.

⁵⁰ En contraste, los partidos en la coalición del Presidente conservaron suficiente control sobre el proceso y agenda legislativos (en parte por el acceso a prestaciones compartidos del cargo público), así que el presidente Cardoso (1995-2002), el principal reformador del periodo, pudo improvisar mayorías y supermayorías en el Congreso para pasar la reforma (Taylor, 2004: 205).

(eufemismo de cruzar del Congreso al STF) para continuar —a través de casos importantes en la Corte— las batallas sobre política económica perdidas en el Congreso (JG-02; JG-04; JG-06; JG-07). Asimismo, cuando la dinámica política de enfrentamiento entre grupos de interés falló, los sindicatos y las empresas que enfrentaban el prospecto de los nuevos impuestos, los Cortes de pensiones o la privatización —y también con las estructuras de apoyo claves para litigar con efectividad— utilizaron los nuevos mecanismos de control abstracto para impugnar la política ante la Corte Superior.

La avalancha de casos que impugnaban la política económica inevitablemente arrastró al STF hacia la dirección económica. Algunos casos ofrecieron de nuevo a la Corte la oportunidad de definir su papel (por ejemplo, cuando el STF fue llamado a evaluar la constitucionalidad de las reformas constitucionales). Sin embargo, dictar reglas sobre cómo y en qué dirección debería proceder la reforma económica era institucionalmente riesgoso, debido a los numerosos participantes y las preferencias involucradas. En cuanto a las decisiones sobre estos casos, nuevamente podría sugerir que el STF actuó de forma pragmática, al no sancionar completamente las iniciativas económicas que descaradamente violaban preceptos constitucionales, ni tampoco al emitir decisiones que los mismos Jueces anticiparon como capaces de llevar a una profunda crisis. El capítulo de Brinks ofrece una explicación de este comportamiento; para otra explicación, *cfr.* Kapiszewski, 2007.

iii) La protección judicial de los derechos

La evidencia de los casos sugiere que el STF jugó un rol menos activo en el terreno de los derechos: la muestra en estudio contiene algunos casos donde los demandantes basan sus reclamos en derechos civiles-económicos, pero no hay casos importantes respecto de los nuevos derechos SE. Además, la Corte no hizo valer esos derechos de forma consistente. ¿Por qué la Corte Superior jugó un papel limitado en la protección de derechos cuando la extensa gama de garantías y remedios incluidos en la Constitución “prácticamente invitaba a la sociedad civil a cuestionar las acciones y la política del gobierno” en los tribunales (Ballard, 1999, 247)? Mientras que Brinks sugiere

que factores políticos puntuales y los rasgos institucionales de la misma Corte influenciaron sus resoluciones en los casos de defensa de derechos (Capítulo 5), yo sostengo que el débil papel de la Corte como defensora de derechos también fue previamente decretado por la estructura sociopolítica de incentivos.

Como mencionamos anteriormente, dada la estructura del Poder Judicial brasileño y de los pocos mecanismos disponibles para reivindicar los derechos *de forma directa* ante el STF, podríamos suponer que las Cortes inferiores federales, e incluso las Cortes estatales, resolvían más a menudo casos sobre la protección de derechos que el propio STF —y, por tanto, la explicación es en parte institucional.⁵¹ Aun si las Cortes inferiores *estaban resolviendo* el sorprendente número de casos sobre derechos que la estructura constitucional de oportunidades parecía alentar, habríamos esperado ver más casos relacionados con cualquier tipo de derechos en el STF, dada la permisiva estructura judicial de apelación de Brasil.⁵² En lugar de eso, una mirada “a los hechos” sugiere que el desarrollo de la protección judicial de los derechos económicos en particular, ha sido demorado en *todos* los niveles del sistema judicial de Brasil —comprometiendo la habilidad del STF para asumir un papel activo en la protección judicial de los derechos.⁵³ Pero esta

⁵¹ Por ejemplo, Holston y Caldera (1998: 275) sugieren que mientras los brasileños de mejor posición económica recurrieron al STF para reivindicar derechos de propiedad, la mayoría de los ciudadanos “no utilizaron la Corte Superior para proteger derechos constitucionales que no fueran económicos.”

⁵² Se podría objetar aquí: ¿es acaso posible que muchos de los casos sobre derechos fundamentales fueran interpuestos ante la Corte Superior, y ésta simplemente los sobreeseyera, o bien que una vez aceptados los hubiera desestimando? Los dos escenarios son poco probables. Respecto del primero, el STF no tiene poderes formales discrecionales y debe pronunciarse sobre todos los casos que recibe. En relación al segundo, es completamente cierto que la inmensa carga de casos del STF le permite gran discrecionalidad respecto cuándo decidir: mientras que recibió pocos casos en la primera mitad de la década de los noventa, recibió 52636 casos en 1998, 105307 casos en el 2000, y 160453 casos en el 2002 (Khair, 2004:18). Así, en promedio, la Corte resolvió prácticamente el mismo número de casos que recibió anualmente durante los primeros 20 años del periodo de posttransición, lo que sugiere que no eludió de forma sistemática las avalanchas de casos sobre derechos. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTtxto.asp?servicio=estatistica&pagina=movimentoProcessual>), consultado el 21 de agosto de 2009.

⁵³ Aunque Brasil experimentó desde 2002 un “crecimiento exponencial” en el litigio de casos sobre el derecho a la salud (Hoffman y Bentes, 2008:101), este crecimiento parece ser “una anomalía” resultado de la complejidad del sistema de asistencia sanitaria de Brasil (Scheppelle, 2008:28). Para Hoffman y Bentes el incremento en el número de litigios de casos sobre los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación es mucho más modesto (2008:101). Un estudio de Lima Lopes (2006) sobre los derechos individuales a la asistencia sanitaria y a la educación mostró resultados similares. Esto sin hablar de la inactividad de las Cortes inferiores respecto de los derechos fundamentales, que mencionamos más abajo.

afirmación simplemente nos deja ante otro rompecabezas: ¿por qué el desarrollo de la protección judicial de los derechos, y en particular la protección de los derechos SE, ha sido detenida en Brasil?

Indudablemente, la acción (o inacción) del Estado frecuentemente violó la multitud de derechos trazados en la Constitución brasileña, invitando a su protección constitucional. Respecto de los derechos civiles, por ejemplo, numerosos intelectuales han realizado crónicas de la brutalidad policial en Brasil (*e.g.* Holston y Caldeira, 1998, Brinks, 2008). Además, como sugieren los pocos casos sobre la protección de derechos analizados aquí, algunos aspectos de la estabilización y reforma económica violaron (o se podía considerar que violaban) la propiedad o los derechos “adquiridos” en la Constitución. Aunque la política social en Brasil ha experimentado un mayor desarrollo a partir de la década de los noventa, sigue haciendo poco para cumplir con la plétora de derechos y garantías sociales consagradas en el texto constitucional. Ya sea exigiendo una reforma, un enfoque diferente en la dirección económica, o una costosa política social por vía legislativa (dada la atmósfera de restricción fiscal, el gobierno también intentó crear una red legislativa) era poco probable tener éxito, lo que desanimó a los individuos o grupos con reclamos sobre sus derechos fundamentales a recurrir a una estrategia de cabildeo. El escenario parecía estar preparado para recurrir a las Cortes.

Pero muchos demandantes potenciales no fueron incentivados o capaces de llevar a nivel judicial sus exigencias. Algunas actitudes populares hacia los derechos pueden haber propiciado esa renuencia. Como lo explica el líder de una ONG defensora de derechos, el término “derechos humanos” ganó una connotación negativa bajo el gobierno militar, ya que se asociaba con el apoyo a los “*bandidos*” (*i.e.*, intentar obtener la liberación de prisioneros políticos bajo el régimen dictatorial, o si no apoyar criminales).⁵⁴ Además, durante la transición del régimen autoritario se prestó mucho menos atención

⁵⁴ Holston y Caldeira también señalan que durante los noventa, gran parte de la población brasileña era “hostil” a la noción de derechos humanos o a las campañas de derechos colectivos (1998:272).

a los derechos humanos (en contraste con otros países donde los oficiales del gobierno militar anterior fueron juzgados, *e.g.* Argentina, o donde se otorgó poder a las comisiones de la verdad, *e.g.* Chile). Y después de la transición, el término “derechos individuales” también fue estigmatizado debido a su asociación con “la cuestión de las minorías” (temas que eran considerados “bajos” o “sucios”) (CSE-15, EG-07).⁵⁵ Por supuesto, es indudable que entre los brasileños existe una amplia variedad de actitudes hacia los derechos, y en todo caso, las opiniones sobre los derechos humanos e individuales no se extienden necesariamente a los derechos sociales y económicos. Sin embargo, tales actitudes representaban una base endeble para sostener las demandas fundadas en los derechos.

Un obstáculo aún más significativo para los casos de protección de derechos fue probablemente la ausencia de estructuras de apoyo para el litigio constitucional —*i.e.*, un grupo coordinado de ONGs orientadas a la protección de los derechos (y orientadas a la Corte), un órgano acusador federal que tuviera un papel activo (Ministerio Público), y un ombudsman entusiasta y dinámico (*defensoría pública*). En primer lugar, algunos grupos que defendían a los homosexuales, a las mujeres o a las minorías, tenían la tendencia a no autodenominarse como grupos de “derechos humanos”, debido al estigma que el término había adquirido (EG-07). Algunos grupos también tendían a ser versátiles, dirigiéndose a muchos temas en lugar de centrarse en uno solo (EG-07). Estas dinámicas probablemente impidieron la cohesión interna y la coordinación entre grupos, y complicaron la formación de un *movimiento* sólido y coordinado en apoyo de cierto tipo de derechos. Además, muchas de las ONGs que *estaban orientadas* a la protección de derechos pasaron la mayor parte de los años noventa presionando para obtener reformas constitucionales y estableciendo el marco legal para los derechos, y no fue sino hasta principios del nuevo milenio (EG-10, Hoffman y Bentes, 2008, 114) que buscaron activar y llevar a la práctica esos compromisos ante las

⁵⁵ Algo de esta actitud se extiende también a los derechos civiles. Un sondeo realizado por Murilo de Carvalho en 1996 demostró que era muy débil el apoyo a los derechos civiles en São Paulo (citado en Brinks, 2007:301).

Cortes (*i.e.*, la transición de “estrategia orientada a la ley a estrategia orientada al litigio”).⁵⁶

Probablemente, la razón que llevó a las ONGs defensoras de derechos a secuenciar sus estrategias de tal forma fue la naturaleza misma del Poder Judicial brasileño. Por mucho tiempo, los Jueces brasileños tuvieron una reputación de “privatistas” y conservadores.⁵⁷ En vista de que el personal judicial cambió poco con la transición de régimen (Vilhena Viera, 2002, 125), al menos durante la década de los noventa se mantuvo la distancia, mutuamente reconocida, entre el Poder Judicial y la sociedad. Lógicamente, era poco probable que los individuos y grupos brasileños que seguían viendo al sistema de justicia como un aparato extremadamente lento, poco confiable y aislado (EG-10, Holston y Caldeira, 1998, 274-275; Hoffman y Bentes, 2008, 114) dirigieran sus reclamos hacia las Cortes. Además, cuando acudían a las Cortes, los demandantes potenciales (o sus abogados) se sentían más seguros alegando una discrepancia entre la acción y política del gobierno con alguno de los compromisos económicos de la Constitución, o con un procedimiento esbozado al detalle en el texto constitucional, en lugar de fundamentar sus exigencias en la gran vaguedad e imprecisión de algunos derechos fundamentales.

Por supuesto, lo anterior no implica que las Cortes no hubieran recibido demandas, ni que los Jueces protectores de derechos estuvieran completamente ausentes. Por ejemplo, la pugna respecto de los derechos relacionados con la protección del medio ambiente comenzó poco tiempo después de la transición de régimen, y hay evidencia que afirma que la protección judicial de los derechos empezó a acelerarse. Además, la organización *Juices para a Democracia* (Jueces para la Democracia), así como el movimiento “*direito*

⁵⁶ Por ejemplo, más allá de la movilización política en torno al VIH/SIDA, el carácter litigioso de las ONGs se mantuvo “prácticamente ausente en todas las otras áreas de la salud y la educación” (Hoffman y Bentes, 2008:114); cfr. también Lima López (2006:206-207).

⁵⁷ Tradicionalmente, los alumnos de la Facultad de Derecho estudiaban las materias de derecho civil y penal por mucho más tiempo que las de derecho público o constitucional, y estaban instruidos para ver a la ley como un instrumento para mantener el statu quo en lugar de una herramienta de transformación (EG-10).

alternativo" (derecho alternativo) de Rio Grande do Sul (que tiene una filosofía legal explícitamente basada en los derechos fundamentales) contradicen las generalizaciones respecto del conservadurismo judicial. Sin embargo, durante mucho tiempo del periodo de postransición estos fenómenos fueron la excepción; Jueces y resoluciones más conservadores fueron la regla, la cual probablemente tuvo un efecto alarmante en la presentación de demandas basadas en derechos fundamentales.

Mientras que el Ministerio Público fue fortalecido por la Constitución de 1988, numerosos informes sugieren que aún no ha desempeñado adecuadamente sus funciones de protección de los intereses públicos y del orden legal democrático (*e.g.*, Brinks, 2007, Hoffman y Bentes, 2008).⁵⁸ Por ejemplo, Lima López (2006, 200-201) apunta que el Ministerio Público fue acusado de pretender "ser el representante" de la sociedad civil cuando en realidad defendía intereses privados. Otros señalan que los fiscales daban prioridad a limpiar su imagen en lugar de intentar alcanzar los objetivos prescritos institucionalmente, ya que elegían casos de alto perfil en lugar de dedicar los escasos recursos a la protección de los derechos (Brinks, 2005, 3008, Hoffman y Bentes, 2008, 111). Por su parte, al menos respecto de la protección de derechos SE, el papel del ombudsman pudo haber sido limitado por sus deficiencias institucionales (se encuentra considerablemente sobrecargado) así como por las impresiones de los demandantes potenciales de que continuaba siendo ineficaz (Hoffman y Bentes, 2008, 113).⁵⁹ Obviamente, estas condiciones contrastan de forma clara con, por ejemplo, las estructuras de apoyo para la movilización legal identificadas por Epp (*e.g.*, la Unión Americana por las Libertades Civiles (ACLU) o la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a mediados del siglo XX).

⁵⁸ Sin embargo, no existe un consenso absoluto sobre qué tan efectivo es el Ministerio Público. Para conocer algunos de los distintos puntos de vista, cfr. Arantes, 2002 y Kerche, 2007.

⁵⁹ En efecto, basta con considerar los 55 casos estudiados aquí, ya que ninguno fue presentado por una ONG defensora de derechos o por el ombudsman y sólo cinco fueron interpuestos por un agente del Ministerio Público.

Mientras que la ausencia de mecanismos para presentar demandas sobre derechos fundamentales ante la Corte Suprema y las endeble estructuras de apoyo para la protección judicial de los derechos en la Constitución permiten dar cuenta de por qué el STF no *recibió* más casos, esos factores no explican las modestas decisiones del STF en los casos sobre derechos humanos que tuvo que resolver. En primer lugar, señalo de nuevo el intrínseco pragmatismo de la Corte. Como lo indican Hoffman y Bentes, la idea de que “la aplicabilidad de los derechos fundamentales debe ser vista en el contexto de las realidades económicas y políticas existentes” pudo haber condicionado, de forma particularmente fuerte, a la Corte Suprema brasileña (2008,107). Además, la continuidad institucional, que marcó la transición de Brasil a la democracia, probablemente jugó un papel: como también lo sugiere el capítulo de Brinks (y *cfr.* también Kapiszewski, 2007 para una explicación más amplia), quiénes son los Jueces es muy importante. Los Jueces designados bajo el régimen constitucional previo permanecieron en el STF mucho tiempo después de la adopción de la Constitución de 1988,⁶⁰ y pudieron ocasionar retraso en la adhesión del STF a ciertos aspectos del nuevo orden institucional de Brasil (JG- 06). En combinación, el pragmatismo y los vestigios de conservadurismo apagaron el entusiasmo hacia la protección de derechos fundamentales en los pocos casos representativos que el STF recibió y decidió a principios del periodo de postransición.

4. CONCLUSIONES

La Constitución Brasileña de 1988 aportó una “estructura de oportunidad” bien desarrollada para la constitucionalización y judicialización de cualquier conflicto social o político. El nuevo texto redistribuyó el poder entre las ramas y niveles de gobierno así como entre el Estado y la sociedad, reflejó compromisos ideológicos (especialmente hacia el liberalismo, y hacia el “*dirigismo*” económico), y enumeró un gran número de derechos. También

⁶⁰ De hecho, fue hasta el 2003 que se retiraron todos los Jueces que formaron parte del STF a mediados de los años ochenta.

incluyó numerosos mecanismos para presentar casos de control abstracto ante el Tribunal Superior y reivindicar derechos ante las Cortes. Además, la Constitución abarcó demasiado, fue internamente inconsistente y resultó ser exageradamente vaga en algunas áreas mientras que colocó muchos detalles en otras. De este modo, el nuevo texto estableció el escenario para que el STF jugará roles cruciales en la distribución de poder, dirección económica, y eventualmente, la protección judicial de los derechos. Sin embargo, el STF jugó un papel mucho más importante en las dos primeras áreas durante el periodo posterior a la transición. Este resultado sugiere que una interesante estructura constitucional de oportunidades puede ser necesaria, pero no suficiente para que las Cortes Superiores jueguen determinados roles.

Las dinámicas habituales —en específico la “estructura sociopolítica de incentivos” de los demandantes potenciales— también deben favorecer la judicialización del conflicto social y político. La acción del gobierno (o inacción) debe contradecir (o pretender que contradice) la Constitución, y los demandantes potenciales deben ser incentivados y habilitados para utilizar las Cortes para impugnar esa acción. En Brasil, las autoridades electas intentaron poner a prueba los nuevos límites institucionales, y sus políticas económicas entraron en conflicto con el estatismo y los compromisos nacionalistas de la Constitución de 1988. Cuando los actores empresariales, legales y políticos intentaron cuestionar o combatir esas acciones y políticas, encontraron cerrados los caminos legislativos (políticos) pero abiertos los legales (constitucionales). Reforzados por las estructuras de apoyo para litigar, recurrieron a las Cortes. Como resultado, el STF distribuyó y participó reiteradamente en la dirección económica a principios del periodo posautoritario. En contraste, a pesar de la violación explícita e implícita de las autoridades electas de los derechos constitucionales y de los derechos SE en específico, los demandantes potenciales nunca fueron incentivados ni habilitados para reivindicar sus derechos ante las Cortes. En consecuencia, sólo algunos casos trascendentes se abrieron camino hacia el STF, comprometiendo su habilidad para asumir un papel clave en la defensa de derechos. Por tanto, el caso brasileño sugiere que incluso en organizaciones políticas con una Constitución

que incluya muchos derechos y mecanismos para interponer demandas que los protejan, las Cortes superiores no jugarán necesariamente un rol activo en la defensa de derechos.

En resumen, las características específicas de los contextos constitucional y político, individualmente o a través sus interacciones, moldean el tipo de casos que las Cortes superiores reciben —y por consiguiente, el tipo roles que desempeñan. Hace más de 25 años, Zemans advirtió a los especialistas en ciencias sociales la necesidad de mirar más de cerca los fundamentos y funcionamiento de la movilización legal, un concepto que podía fácilmente estirarse para incluir cómo los dirigentes de partido, miembros del Congreso, y miembros del Ejecutivo movilizan las leyes y las Cortes en su propio beneficio. Académicos como McCann (1994) y Epp (1998) —y recientemente algunos estudiosos de las Cortes latinoamericanas (*e.g.* Wilson, 2005, Smulovitz, 2006, y Taylor, 2008)— asumieron el cuestionamiento de Zemans.⁶¹ Un estudio adicional sobre quién pone en marcha las Cortes constitucionales, cómo y por qué, nos ayudaría a entender mejor su participación en la política.

En cuanto al comportamiento del STF, la muestra de los casos en estudio sugiere que, respecto de las autoridades electas, la Corte fue *selectivamente* asertiva al jugar los roles que le habían asignado o hecho asumir. Cuando distribuía poder, el STF generalmente actuaba de forma cautelosa: no asignaba poder de forma sistemática a las ramas más débiles del gobierno o de los Estados (en casos que involucraban cuestiones de federalismo), o lo hacía de modo que no desafiara a los actores políticos dominantes. Asimismo, con mayor frecuencia siguió un rumbo “moderado” cuando evaluaba la política económica, sin aprobar completamente las iniciativas inconstitucionales pero sin colocar obstáculos insuperables en el camino de quienes diseñaban la política. Sus resoluciones en los pocos casos importantes sobre derechos que le fueron presentados fueron probablemente aún menos asertivas frente

⁶¹ Tanto Moustafa (2007) como Staton (2010) discuten la importancia de las estructuras de apoyo judicial, pero no las estructuras de apoyo que sirven para respaldar y ayudar a los demandantes potenciales.

a las autoridades electas. Esta representación del STF cuestiona las caracterizaciones elaboradas por otros estudiosos de la Corte, que de forma variada aplauden o difaman lo que ven como los desafíos frecuentes y serios del tribunal a las autoridades electas (*e.g.*, Werneck Vianna, 1999, Arantes, 1997, y Santiso, 2004).⁶² En alguna otra parte afirmé (Kapiszewski, 2007) que las resoluciones moderadas de la Corte sobre casos políticamente trascendentes reflejaban su inherente pragmatismo —o al menos el pragmatismo de la mayoría de sus Jueces. La opinión de un Juez respecto de cómo el STF lleva a cabo su papel es la siguiente:

Decidir casos constitucionales, especialmente bajo la Constitución de 1988, no es una ciencia. El reto en ciencias es no tener la respuesta a la pregunta. Nuestro reto es que la Constitución siempre provee varias respuestas para la misma pregunta y debemos elegir. No hacemos ciencia, nuestro trabajo es la prudencia. (JG-03)

Utilizar los argumentos presentados en este capítulo para otros países latinoamericanos podría ayudar a determinar su posible generalización. Por ejemplo, este estudio sobre un solo país no permite el desarrollo de su tesis en términos de condiciones necesarias y suficientes. El estudio de dinámicas similares en otros países latinoamericanos que hayan creado Constituciones detalladas con un exceso de derechos, durante el periodo de postransición —por ejemplo, Colombia, Ecuador, y Bolivia— podría servir para generalizar que una organización política, con una estructura constitucional de oportunidades bien desarrollada, políticas inconstitucionales (aparentemente) y demandantes potenciales incentivados adecuadamente, son requisitos necesarios individualmente y suficientes en conjunto para llevar el conflicto social y político a nivel constitucional y procesal.

Un tema final respecto de la evolución de las Cortes Superiores. El presente análisis sugiere una secuencia de los roles de la Corte Superior Brasileña. El STF distribuyó el poder a principios del periodo posautoritario y

⁶² Andrei Koerner (*e.g.*, 2006) es una excepción, al sostener que los analistas han exagerado respecto de la firmeza y energía de la Corte.

resolvió casos relacionados con la política económica durante el periodo, pero en particular entre 1991 y 2001. Las pocas resoluciones importantes basadas en la protección de derechos fueron dictadas al final del periodo, y ha comenzado a recibir y resolver (de un modo más social y liberal) casos de derechos fundamentales más trascendentes en los últimos años (por ejemplo, respecto del suministro de medicamentos para el SIDA, del uso del ADN como evidencia, de las cuotas/acciones afirmativas, de la investigación sobre células madre, del control de armas, de la libertad religiosa, y de la reducción del tiempo de prisión por crímenes de odio, EG-10, CSE-24). Mi modelo sugiere tres causas para esta evolución. En primer lugar, como los actores políticos han comenzado a aceptar los límites constitucionales, se encuentran menos motivados para recurrir a la Corte Superior para aclarar la distribución de poder. En segundo lugar, la política pública ha cambiado de tema: a principios del nuevo milenio, Brasil había completado muchos de los aspectos más controversiales de la reforma económica de primera generación,⁶³ provocando una disminución de la necesidad de llevar la política económica a nivel constitucional y procesal, y una contracción de la participación del STF en la dirección económica.⁶⁴ Finalmente, es probable que las estructuras de apoyo para la protección judicial de los derechos hayan empezando a desarrollarse, que las ONGs utilicen con mayor frecuencia una estrategia orientada hacia la Corte y que los Jueces más jóvenes con una formación más progresista hayan tomado posesión de algunas Cortes inferiores (EG-04; Junqueira, 2003, 88-89, Hoffman y Bentes, 2008, 105 y 143). Estos avances pueden implicar eventualmente más casos sobre derechos fundamentales en la Corte Superior, y una mayor presión para que ésta desempeñe un papel más activo en la protección de derechos.

Las funciones que las Cortes Superiores tengan asignadas y asuman pueden tener importantes implicaciones en el desarrollo institucional, la

⁶³ Además, la segunda generación de reformas está, en cierto grado, más en línea con las tendencias estatistas y nacionales de la Constitución y con la satisfacción de sus derechos sociales y económicos.

⁶⁴ Sería poco realista esperar que, de forma abrupta, el STF dejara de jugar un papel en la creación de política económica, dada la lentitud infame del Poder Judicial de Brasil y del inmenso atraso en los casos relacionados con la política económica.

dirección económica, y la posibilidad de “hacer realidad la protección de derechos” (Epp 2009) – tres de los retos más críticos que enfrentan las jóvenes democracias latinoamericanas. Al examinar estos roles, e identificar el amplio impacto que pueden tener las Cortes Superiores, concluimos que deben ser aspectos cruciales en la lista de temas pendientes de la investigación sobre política judicial comparada.

Apéndices

APÉNDICE I

55 casos políticamente relevantes
resueltos por el STF brasileño (1985-2004)⁶⁵

Caso, partes involucradas y tema	Decisión final ⁶⁶
ADIn 04 (Partido Democrático del Trabajo (PDT) <i>vs.</i> Presidente de la República) Límite constitucional del tipo de interés al 12%	19 oct. 1988 (I)
ADIn 162 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente de la República) Establecimiento de política criminal en las <i>medidas provisórias</i>	14 dic. 1989 (I)
MS 20941 (José Ignacio Ferreira y otros senadores <i>vs.</i> Presidente de la Cámara de Diputados) Juicio de responsabilidad en contra del presidente Sarney	09 feb. 1990
ADIn 223 (Partido Democrático de los Trabajadores (PDT) <i>vs.</i> Presidente de la República) ADIn 295 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente de la República) Plan I de Collor–sin requerimientos judiciales en los casos relacionados con el plan	05 abril 1990 (I) 22 junio 1990 (I)

⁶⁵ Toda la información fue obtenida directamente del sitio web del STF, www.stf.jus.br, a menos que se señale lo contrario.

⁶⁶ La fecha indicada es la del fallo final, o de un requerimiento judicial (R/I) si la sentencia final ocurrió dos años después que el requerimiento o si no hubo un fallo final.

ADIn 293 (Procurador General da República <i>vs.</i> Presidente de la República) <i>Medidas provisionarias</i> dictadas nuevamente por el ejecutivo después de ser rechazadas por el congreso	06 junio 1990 (I)
MI 107-3 (José Emidio Teixeira Lima <i>vs.</i> Presidente de la República)	21 nov. 1990
MI 283 (Alfredo Ribeiro Daudt <i>vs.</i> Brasil y Congreso)	20 marzo 1991
MI 232 (Centro Cultural profesor Luis Freire <i>vs.</i> Congreso) Límites del caso tipo “ <i>mandado de injunção</i> ”	22 marzo 1990 (I)
MI 233 (Michel Temer y otros <i>vs.</i> Congreso y Pres. de la Cámara de Diputados)	02 ago. 1990
MI 219 (José Serra y otros representantes del Estado de São Paulo <i>vs.</i> Congreso)	22 ago. 1990
ADIn 815 (Gobernador de Rio Grande do Sul <i>vs.</i> Congreso) Sistema de representación/número de representantes	28 marzo 1996
ADIn 259 (Partido de los Trabajadores (PT) <i>vs.</i> Presidente de la República)	11 marzo 1991
ADIn 534 (Partido Socialista Brasileiro (PSB) <i>vs.</i> Congreso) Plan I de Collor–congelar las cuentas de ahorro	27 junio 1991 (I)
RE 147684 (El Ministerio Público y Brasil <i>vs.</i> Unión de Trabajadores en las Industrias Metalúrgica, Mecánica, y Eléctrica de São Paulo) Reajuste de las prestaciones de retiro del 147.06%	26 junio 1992
ADIn 231 (Gobernador de Rio de Janeiro <i>vs.</i> Asamblea Leg. de Rio de Janeiro)	05 ago. 1992
ADIn 245 (Gobernador de Rio de Janeiro <i>vs.</i> Asamblea Leg. de Rio de Janeiro) Concursos públicos para cargos en la administración pública	05 ago. 1992
RE 150755 (Brasil <i>vs.</i> la Compañía Nordeste Segurança de Valores, Ltda.)	18 nov. 1992
RE 150764 (Brasil <i>vs.</i> la Compañía Empresa Distribuidora Vivacqua de Bebdias, Ltda.) Fondo de inversión social (Fundo de Investimento Social, FINSOCIAL)	16 dic. 1992
ADIn 829 (Partido de la Reedificación del Orden Nacional (PRONA) <i>vs.</i> Congreso)	14 abril 1993
ADIn 830 (Partido Socialista Brasileiro (PSB) <i>vs.</i> Congreso) Plebiscito respecto de la forma y sistema de gobierno	14 abril 1993

MS 21564 (Presidente Fernando Collor de Mello <i>vs.</i> Presidente de la Cámara de Diputados)	23 sep. 1992
MS 21623 (Presidente Fernando Collor de Mello <i>vs.</i> Presidente del STF)	17 dic. 1992
MS 21689 (Presidente Fernando Collor de Mello <i>vs.</i> Senado)	16 dic. 1993
Juicio de responsabilidad en contra del presidente Collor	
ADC 01 (Presidente y Mesa del Senado y la Cámara de Diputados (<i>todos quejosos</i>))	01 dic. 1993
Contribución para el financiamiento la seguridad social (COFINS) / mecanismo ADC	
ADIn 913 (Asociación de Magistrados Brasileños <i>vs.</i> Congreso)	18 ago. 1993 (I)
Mecanismo ADC	
ADIn 926 (Gobernadores de cinco Estados <i>vs.</i> Presidente/Congreso)	02 marzo 1994
ADIn 939 (Confederación Nacional de los Trabajadores del Comercio (CNTC) <i>vs.</i> Presidente/Congreso)	15 dic. 1993
Impuesto provisional sobre movimientos financieros (IPMF)	
MS 21969 (Unión de Trabajadores del Congreso y Trabajadores del Tribunal de Cuentas (SINDILEGIS) <i>vs.</i> Presidente de la República)	05 mayo 1994
Retención salarial a determinados empleados del sector público (10.94%)	
HC 72131 (Marcelo Ferreira de Souza Granado <i>vs.</i> Sateplan Consorcios Ltda.)	23 nov. 1995
Prisión civil por deudas	
AP 307 (Ministerio Público <i>vs.</i> Fernando Collor de Mello, PC Farias y otros)	13 dic. 1994
Juicio en contra del ex-presidente Collor; cargos de corrupción	
ADIn 1250 (Partido Progresista Reformador (PPR) <i>vs.</i> Presidente de la República)	29 ago. 1995
Reedición de las <i>medidas provisionarias</i> no consideradas por el congreso	
MS 22503 (16 diputados del Partido Comunista; Partido Democrático de los Trabajadores (PDT); Partido de los Trabajadores (PT); y el Partido Socialista Brasileiro(PSB) <i>vs.</i> Presidente de la Mesa de la Cámara de Diputados)	08 mayo 1996
Procedimiento del congreso en relación a la reforma de seguridad social	
ADIn 1497 (Confederación Nacional de los Trabajadores de la Salud (CNTS) <i>vs.</i> Congreso)	09 oct. 1996 (I)
Contribución provisional sobre movimientos financieros (CPMF)	

ADIn 1582 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente o/ Congreso) Privatización de la compañía vale do Rio Doce (CVRD)	28 abril 1997 (I)
ADIn 1397 (Confederación Nacional de Establecimientos de Enseñanza <i>vs.</i> Presidente/Congreso)	28 abril 1997 (I)
ADIn 1647 (Procurador de la República <i>vs.</i> Tribunal Electoral Regional de Pará)	02 dic. 1998
ADIn 1753 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente) Habilidad del STF para juzgar la relevancia y urgencia de las <i>medidas provisionarias</i>	17 sep. 1998
RMS 22307 (Janete Balzani Marques y otros <i>vs.</i> Brasil) Aumento salarial del 28.86%	11 marzo 1998
ADIn 1946 (Partido Socialista Brasileiro <i>vs.</i> mesas de la Cámara de Diputados y Senado Federal, y el Ministro de Pensiones y Asistencia Social) Reforma constitucional #20–salario por baja de maternidad	29 abril 1999 (I)
ADIn 2031 (Partido de los Trabajadores (PT) <i>vs.</i> Congreso) Contribución provisional sobre movimientos financieros (CPMF)	29 sep. 1999 (I)
ADIn 2010 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente/Congreso) Aportaciones para el retiro de los trabajadores y pensionados del sector público (I)	30 sep. 1999 (I)
ADIn 2111 (Confederación Nacional de los Trabajadores del Acero <i>vs.</i> Presidente/Congreso) Fórmula para calcular las prestaciones del retiro (" <i>factor previdenciário</i> ")	16 marzo 2000 (I)
PET 2066 (Brasil <i>vs.</i> Tribunal Federal Regional de la 3ra. Región (TRF)) Privatización del banco del Estado de São Paulo (BANESPA)	29 ago. 2000
RE 226855 (Caixa Econômica Federal (CEF) <i>vs.</i> Ademar Gomes Mota y otros) Ajuste de las cuentas vinculadas al salario (Fundo de garantía de tempo de serviço, FGTS)	26 oct. 2000
ADIn por Omissão 2061 (Partido Democrático de los Trabajadores y Partido de los Trabajadores (PT) <i>vs.</i> Presidente) Revisión anual del salario de los servidores públicos	25 abril 2001
ADC 09 (Presidente de la República y Abogado General (<i>ambos quejosos</i>)) "El apagón" (O " <i>apagão</i> ")	13 dic. 2001
ADIn 2628 (Partido del Frente Liberal (PFL) <i>vs.</i> Tribunal Superior Electoral (TSE)) "Verticalização"	18 abril 2002

HC 82424 (Werner Cantalício, João Becker, y otros <i>vs.</i> Brasil (Tribunal Superior de Justicia)) Racismo	17 sep. 2003
RE 197917 (Ministerio Público de São Paulo <i>vs.</i> Cámara Municipal de Mira Estrela y otros) Número de diputados en el gobierno municipal	24 marzo 2004
ADIn 3105 (Asociación Nacional de Miembros del Ministerio Público (CONAMP) <i>vs.</i> Congreso)	18 ago. 2004
ADIn 3128 (Asociación Nacional de Procuradores de la República de Brasil (ANPR) <i>vs.</i> Congreso) Pago de las aportaciones para el retiro de los pensionados del sector público (II)	18 ago. 2004
ADIn 2238 (Partido Comunista de Brasil, Partido de los Trabajadores, Partido Socialista Brasileiro (PSB) <i>vs.</i> Presidente/Congreso) Ley de responsabilidad fiscal	08 ago. 2007 (I)
ADIn 2231 (Consejo Federal de Asociación de la Barra Brasileira <i>vs.</i> Presidente/Congreso) Constitucionalidad de la <i>Arguição de descumprimento de preceito fundamental</i> (ADPF)	Sin requerimiento judicial o decisión final
ADPF 54 (Confederación Nacional de Trabajadores de la Salud (CNTS) (<i>quejoso</i>) Anencefalia	28 abril 2005 (resolución parcial)

APÉNDICE 2

Glosario

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC): tipo de control abstracto que se interpone directamente ante el STF, por medio del cual determinados actores políticos pueden solicitar al STF que evalúe —con la esperanza de que confirme— la constitucionalidad de una norma federal en particular.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIn): tipo de control abstracto que se interpone directamente ante el STF, por medio del cual un tipo limitado de actores puede cuestionar la constitucionalidad de las MPs y otros decretos de Ejecutivo, reformas constitucionales federales o estatales, y leyes ordinarias, o federales o decretos administrativos de las Cortes estatales.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADIn for omission): tipo de control abstracto que se interpone directamente ante el STF y que permite a los solicitantes elaborar la disposición o derecho constitucional faltante, para su aplicación en la legislación o regulación complementaria; es la versión abstracta de un *mandado de injunção* (MI).

AGRAVO DE INSTRUMENTO (AG): mecanismo utilizado para apelar un caso ante el STF cuando una instancia inferior niega elevarlo por vía de un recurso extraordinario (RE).

AÇÃO PENAL (AP): un caso penal interpuesto directamente ante el STF cuando funcionarios públicos de alto nivel se encuentran implicados.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF): tipo de control abstracto que se interpone directamente ante el STF y que permite a los recurrentes cuestionar (o confirmar) la constitucionalidad de las normas federales, estatales y municipales que no pueden ser atacadas o defendidas utilizando una Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) o una Ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

MANDADO DE INJUNÇÃO (MI): un procedimiento de control concreto que permite a los demandantes alegar que el fracaso del Congreso para implementar una norma que regule un precepto constitucional es inconstitucional, ya que impide el completo ejercicio de los derechos y libertades constitucionales.

MEDIDA PROVISÓRIA (MP): establecida en la Constitución de 1988, es un tipo de decreto ejecutivo que puede ser emitido bajo condiciones de “relevancia (importancia) y urgencia”. La MPs entra en efecto inmediatamente, pero debe ser sometida al Congreso para que apruebe su expedición. Los procedimientos para emitir las MPs fueron corregidos en la reforma constitucional no. 32 de 2001, que además formalizó algunos de los límites establecidos por las resoluciones del STF.

MANDADO DE SEGURANÇA (MS): un procedimiento de control concreto que permite a los individuos proteger un derecho “seguro y cierto” que está siendo dañado o amenazado por un acto ilegal o abuso de poder de un funcionario público o instancia legal con poderes gubernamentales; un recurso em mandado de segurança (RMS) es un MS que inició en una Corte inferior y fue apelado ante el STF.

PETIÇÃO (PET): se interpone ante el STF. Es un caso donde el recurrente acusa a un actor gubernamental importante (e.g., el Presidente, Vicepresidente, miembro del gabinete, miembro del Congreso, Juez de la Corte Superior, o Fiscal General) de crímenes administrativos (similares al “abuso de poder”).

RECURSO EXTRAORDINARIO (RE): un mecanismo que puede utilizarse para apelar, sobre bases constitucionales, prácticamente cualquier fallo de una Corte, una instancia por debajo del STF; la Corte precedente admite o rechaza la elevación de los REs ante el STF.

REFERENCIAS

- Ackerman, Bruce. 1992. *The Future of Liberal Revolution*, New Haven: Yale University Press.
- Arantes, Rogério Bastos. 2002. *Ministério público e política no Brasil*, São Paulo: EDUC Fapesp.
- . 1997. *Judiciário e Política No Brasil*, São Paulo IDESP.
- Ballard, Megan J. 1999. "The clash between local courts and global economics: The politics of judicial reform in Brazil", *Berkeley Journal of International Law* 17: 230-76.
- Brinks, Daniel M. 2008. *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press.
- . 2007. "The Legal Complex and the Response to Police Violence in South America", en *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change*, eds. Terence C. Halliday, Lucien Karpik, y Malcolm M. Feeley, Oxford: Hart Publishing (Oñati International Series in Law and Society).
- Couto, Cláudio Gonçalves y Rogério Bastos Arantes. 2003. "Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años FHC", en *Política Brasileña Contemporánea: de Collor a Lula en Años de Transformación*, ed. Vicente Palermo, Buenos Aires: Instituto Di Tella/Siglo Veintiuno.
- Domingo, Pilar. 2004. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary: Recent Trends in Latin America", *Democratization* 11(1): 104-26.

- Elster, Jon. 1995. "Essay: Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal* 45: 364.
- Epp, Charles R. 2009. *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the Making of the Legalistic State*, Chicago: University of Chicago Press.
- . 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
- Faro de Castro, Marcus. 1997. "The Courts, Law, and Democracy in Brazil", *International Social Science Journal* 49 (152): 241-52.
- Favetti, Rafael Thomaz. 2003. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Gargarella, Roberto, Pilar Domingo, y Theunis Roux, eds. 2006, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington: Ashgate Publishing.
- Gauri, Varun y Daniel M. Brinks. 2008. "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shaper of Social and Economic Rights", en *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, eds. Varun Gauri y Daniel M. Brinks, New York: Cambridge University Press.
- Hagopian, Frances. 1996. *Traditional Politics and Regime Change in Brazil*, Cambridge University Press.
- Halliday, Terence C., Lucien Karpik y Malcolm M. Feeley. 2007. "The Legal Complex in Struggles for Political Liberalism", en *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change*, eds. Terence C. Halliday, Lucien Karpik, y

Malcolm M. Feeley, Oxford: Hart Publishing (Oñati International Series in Law and Society).

Hartz, Louis. 1955. *The Liberal Tradition in America*, San Diego: Harcourt, Brace, Jovanovich.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge: Cambridge University Press.

Hilbink, Lisa. 2008. "Assessing the New Constitutionalism", *Comparative Politics* 40(2): 227-245.

———. 2007. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, New York: Cambridge University Press.

Hirschl, Ran. 2004. "The Political Origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11(1): 71-108.

Hoffmann, Florian F. y Fernando R. N. M. Bentes. 2008. "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", en *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, eds. Varun Gauri y Daniel M. Brinks, New York: Cambridge University Press.

Holston, James y Teresa P.R. Caldeira. 1998. "Democracy, Law, and Violence: Disjunctions of Brazilian Citizenship", en *Fault Lines of Democracy in Post-Transition Latin America*, eds. Felipe Agüero y Jeffrey Stark, Miami: North-South Center Press.

Hunter, Wendy. 1997. *Eroding Military Influence in Brazil: Politicians against Soldiers*, University of North Carolina Press.

Junquera, Eliane Botelho. 2003. "Brazil: The Road of Conflict Bound for Total Justice", en *Legal Culture in the Age of Globalization*,

eds. Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez-Perdomo, Stanford: Stanford University Press.

Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America", *Perspectives on Politics* 6(4): 741-67.

Kapiszewski, Diana. 2007. "Challenging Decisions: High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil", PhD. Dissertation, Department of Political Science. UC Berkeley.

Kerche, Fábio. 2007. "Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil", *Dados* 59 (02): 257-79.

_____. 1999. "O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88", en *O Sistema de Justiça*, ed. Maria Teresa Sadek, São Paulo: IDESP.

Khair, Amir Antonio. 2004. *Diagnóstico do Poder Judiciário Brasileiro*, (Free-standing paper).

Kingstone, Peter R. 2000. "Muddling through Gridlock: Economic Policy Performance, Business Responses, and Democratic Sustainability", en *Democratic Brazil: Actors, Institutions, and Processes*, eds. Peter R. Kingstone y Timothy J. Power, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Koerner, Andrei. 2006. "Decisão judicial, instituições e estrutura socio-econômica por uma análise política do pensamento jurídico brasileiro", en *História da Justiça Penal no Brasil Pesquisas e Análises*, ed. Andrei Koerner, São Paulo: IBCCRIM.

Konder Comparato, Fabio. 1990. "The Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988", *The American Journal of Comparative Law* 38(4): 753-71.

Lima Lopes, José Reinaldo de. 2006. "Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited", en *Courts and Social Transformation in New Democracies*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux. Ashgate.

Mainwaring, Scott. 1997. *Presidentialism in Brazil: The Impact of Strong Constitutional Powers, Weak Partisan Powers, and Robust Federalism*, Washington, DC: Woodrow Wilson International Center.

Martínez-Lara, Javier. 1996. *Building Democracy in Brazil: The Politics of Constitutional Change 1985-1995*, New York: St. Martin's Press.

McAllister, Lesley. 2008. *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil*, Palo Alto: Stanford University Press.

McCann, Michael. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, Chicago University Press.

Moustafa, Tamir. 2007. *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt*, New York: Cambridge University Press.

Negretto, Gabriel L. 2004. "Government Capacities and Policy Making by Decree in Latin America", *Comparative Political Studies* 37(5): 531-62.

Organización de los Estados Americanos. 1997, *Report on the Situation of Human Rights in Brazil*, Washington DC.

Panizza, Francisco. 2003. "Política y Economía de Brasil Contemporáneo", en *Política brasileña contemporánea: De Collor a Lula en los años de transformación*, ed. Vicente Palermo, Buenos Aires: Instituto de Tilla/Siglo Veintiuno.

Pereira, Anthony W. 2005. *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, University of Pittsburgh Press.

———. 2000. "An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brazil", en *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*, eds. Peter Kingstone y Timothy Power, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Reich, Gary M. 2007. "Constitutional coordination in unstable party systems: the Brazilian constitution of 1988", *Constitutional Political Economy* 18: 177-97.

———. 1998. "The 1988 Constitution a Decade Later: Ugly Compromises Reconsidered", *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 40(4): 5-24.

Ríos-Figueroa, Julio y Matthew M. Taylor. 2006. "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico", *Journal of Latin American Studies* 38(4): 739-766.

Rocha, Zélio Maia da y Vicente Paulo. 2003. *O Controle de Constitucionalidade nos Concursos Públicos*, Brasília: Vestcon.

Rosenn, Keith S. 2000. "Judicial review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 7(2): 291-319.

———. 1990. "Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society", *The American Journal of Comparative Law* 38(4): 8773-802.

Sadek, Maria Tereza, Organizadora. 1996. *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, São Paulo: Editora Sumaré.

- Samuels, David. 2003. *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*, New York: Cambridge University Press.
- Santiso, Carlos. 2004. "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability", en *Democratization and the Judiciary*, eds. Siri Gloppen, Robert Gargarella, y Elin Skaar, London: Frank Cass.
- Scheppele, Kim Lane. 2008. "Social Rights and Constitutional Courts: Strategies of Articulation and Strategies of Enforcement". Trabajo preparado para la sesión plenaria del Seminario Sawyer sobre poder judicial, Universidad de Berkeley, California, 7-8 de noviembre de 2008.
- Scribner, Druscilla L. 2009. *The Chilean Tribunal Constitucional and the Separation of Powers*, Free-standing paper.
- . 2004. "Limiting Presidential Power: Supreme Court–Executive Relations in Argentina and Chile". Ph.D. Dissertation, Department of Political Science. University of California, San Diego.
- Shapiro, Martin y Alec Stone. 1994. "The New Constitutional Politics of Europe", *Comparative Political Studies* 26: 397-420.
- Shapiro, Martin. 1981. *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden, y Alan Angell eds. 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave.
- Smulovitz, Catalina. 2006. "Judicialization of protest in Argentina: The case of Corralito", en *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, eds. Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

- Souza, Celina. 1997. *Constitutional Engineering in Brazil: The Politics of Federalism and Decentralization*, New York: St. Martin's Press.
- Staton, Jeffrey. 2010. *Why Do Judges Go Public? Strategic Communication, Judicial Power and State Constraint*, New York: Cambridge University Press.
- Stepan, Alfred. 2001. *Arguing Comparative Politics*, Oxford University Press.
- . 1989. *Democratizing Brazil: Problems of Transition and Consolidation*, New York: Oxford University Press.
- Tate, C. Neal. 1995. "Why the Expansion of Judicial Power?", en *The Global Expansion of Judicial Power*, eds. C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, New York: New York University Press.
- Taylor, Matthew. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford: Stanford University Press.
- . 2004. "Activating Judges: Courts, Institutional Structure, and the Judicialization of Policy Reform in Brazil, 1988-2002". PhD. Dissertation, Department of Government. Georgetown University.
- Teixeira, Ariosto Alberto Paz. 1997. "A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)", Tese do Mestrado em Ciência Política, Universidade de Brasília.
- Vilhena Vieira, Oscar. 2002. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, São Paulo: Malheiros Editores.
- Werneck Vianna, Luiz et al. 1999. *A Judicialização Da Política e Das Relações Sociais No Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Revan.

- Wilson, Bruce M., y Juan C. Rodríguez Cordero. 2006. "Legal opportunity structures and social movements: The effects of institutional change on Costa Rican politics", *Comparative Political Studies* 39 (3): 325-51.
- Wilson, Bruce M. 2005. "Changing dynamics: The political impact of Costa Rica's constitutional court", en *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell, New York: Palgrave Macmillan.
- Zaverucha, Jorge. 1998. "The 1988 Brazilian Constitution and its Authoritarian Legacy: Formalizing Democracy while Gutting its Essence", *Journal of Third World Studies* XV (Spring): 105-24.
- Zemans, Frances. 1983. "Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System", *American Political Science Review* 77 (3): 690-703.

Capítulo 7

*L*egalistas vs. Interpretativistas: *La Suprema Corte y la transición democrática en México*

*Arianna Sánchez**

*Beatriz Magaloni***

*Eric Magar****

* Asociada en el despacho de abogados *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*, en Nueva York. Es licenciada en derecho por el ITAM y es maestra y doctora en derecho por la Universidad de Stanford. Su trabajo se centra en transacciones corporativas y financieras con énfasis en México y América Latina. Su tesis doctoral es *Beyond Legalism: The Mexican Supreme Court in the Democratic Era*.

** Profesora en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Stanford. Es doctora en ciencia política por la Universidad de Duke. Es autora de *Voting for Autocracy: Hegemonic Party Survival and its Demise in México* (Cambridge University Press, 2006). Sus temas de investigación incluyen el autoritarismo, el combate a la pobreza, elecciones y Estado de derecho. Ha publicado en revistas como *Journal of Theoretical Politics* y *Política y Gobierno*, *Comparative Political Studies*, y diversos capítulos en libros editados.

*** Profesor en el Departamento de Ciencia Política del ITAM en la Ciudad de México. Es doctor en ciencia política por la Universidad de California, San Diego. Sus áreas de investigación incluyen las instituciones políticas comparadas, proceso legislativo, elecciones y sistemas electorales, y los métodos estadísticos avanzados. Su trabajo ha sido publicado en diversos volúmenes editados y revistas como *Party Politics*, *Electoral Studies*, *American Political Science Review*, y la *Revista de Ciencia Política*. Agradece a la Asociación Mexicana de Cultura, A.C., por el apoyo a su investigación



¿Qué vuelve poderosa a una Corte? ¿La expansión de los poderes de la Corte para crear política es únicamente producto de los cambios en el equilibrio de poder entre las ramas electas? ¿O la filosofía de los Jueces sobre la interpretación judicial y sus puntos de vista sobre el papel de la Corte gestionando el orden constitucional también influyen? ¿Podemos responder estas preguntas analizando el papel que la Corte Suprema Mexicana ha desempeñado durante y después de la transición a la democracia?

Rompiendo con una larga tradición de sumisión, la reforma constitucional de 1994 transformó a la Suprema Corte, al menos por escrito, en un Tribunal Constitucional. Al establecer las “controversias constitucionales” no se establecieron en razón de esta reforma y las “acciones de inconstitucionalidad”, la reforma expandió significativamente el poder de la Corte. Por medio de las controversias constitucionales, la Corte puede arbitrar conflictos entre las distintas ramas y niveles de gobierno. A través de las acciones de inconstitucionalidad, puede anular leyes y decretos considerados inconstitucionales. Estudiamos sus resoluciones en tales acciones y controversias de 1994 al 2007, para sacar a la luz los factores políticos que llevaron a la Corte Mexicana a expandir significativamente su papel en la creación de

políticas públicas en el sistema de pesos y contrapesos y trabajar como árbitro del Federalismo.

La reforma de 1994, que precede a la transición a la democracia, tiene como principal objetivo proporcionar un canal institucional para la resolución de conflictos políticos entre los gobiernos estatales y locales y los órganos del gobierno controlados por distintos partidos políticos (Sánchez y Magaloni, 2001; Magaloni 2008). Durante la era autoritaria, estos conflictos fueron resueltos a través de mecanismos informales del hegemónico Partido Revolucionario Institucional (PRI) y del Presidente, que también ejercía como líder de partido durante este periodo. Con el advenimiento del multipartidismo en la década de los noventa, esta forma de arbitraje presidencial de los conflictos políticos se volvió ineficaz y los políticos acudieron a la Corte.

La reforma constitucional de 1994 no hizo cambios a las instituciones para el arbitraje y la interpretación de los derechos fundamentales que habían prevalecido durante la era autoritaria —en especial el juicio de amparo. De acuerdo con Ana Laura Magaloni (2007) “desde la reforma constitucional de 1994, la Suprema Corte de Justicia ha sido capaz de resolver conflictos políticos. Sin embargo, la segunda mayor tarea de la jurisdicción constitucional, y tal vez la más importante —la protección de los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos— ha sido prácticamente olvidada en los últimos trece años” (p.1). Por tanto, en esta clasificación y también en aquella establecida por Helmke y Ríos Figueroa en la introducción de este libro, la Corte Mexicana ha expandido significativamente sus poderes en la resolución de conflictos políticos entre las ramas electas y los gobiernos locales y estatales, pero ha jugado un papel menos trascendente en la expansión e interpretación de los derechos fundamentales.¹ Los ciudadanos tienen un acceso limitado a la Corte, que puede atraer juicios de

¹ Cfr. Ana Laura Magaloni (2007) para un análisis inicial y más incisivo de por qué la Suprema Corte mexicana no ha tenido un papel en la defensa de los derechos fundamentales. Cfr. también Ana Laura Magaloni y Ana María Ibarra (2007) para un análisis claro sobre la falta de tradición de interpretación “basada en los derechos” en México.

amparo a través de su derecho de *certiorari*. Aunque pocos casos importantes relacionados con los derechos humanos han llegado meticulosamente a la Corte a través de este camino, su principal función durante y después de la transición a la democracia se relaciona con la resolución de conflictos políticos, que son la parte central de este capítulo.

Proponemos un modelo espacial del desempeño de la Corte, utilizado en gran medida por las teorías sobre separación de Poderes (*cfr.* Chávez *et al.*, en este libro), que especifica las condiciones que harían a la Corte mexicana más poderosa y dispuesta a involucrarse en la creación de políticas públicas. Luego, complicamos este modelo añadiéndole una segunda dimensión sobre lo que motiva las decisiones de los Jueces, principalmente su *filosofía judicial*, el grado en que consideran que las Cortes deberían hacer leyes a la par de las otras ramas del gobierno, en oposición al grado en que evitan resolver de acuerdo a una estricta interpretación de la Constitución y de las leyes. Nuestro modelo presupone que la Corte se encuentra dividida a lo largo de una segmentación ideológica de izquierda a derecha que va de la intervención estatal en la economía a una política más dirigida al *laissez faire* *td*. También presupone una segunda línea divisoria dentro de la Corte que está basada en la filosofía judicial. Los Jueces que están a favor de lo que llamamos “interpretativismo” legal —enfoque según el cual las Cortes deben expandir su jurisdicción modificando los límites del papel del Poder Judicial, incluyendo una estricta interpretación de los actores legitimados para interponer una demanda, y tomar en consideración las consecuencias políticas sociales y económicas de sus fallos— se encuentran al extremo de esta segunda línea divisoria dentro de la Corte. En el otro extremo, están los Jueces que son partidarios del “legalismo” judicial, que dan mayor peso a la interpretación limitada de la jurisdicción de la Corte como a las reglas para interponer demandas, y que son escépticos respecto de la habilidad de los Jueces para fundar sus decisiones en un razonamiento que no sea legal.

La teoría produce numerosas predicciones sobre el comportamiento de la Corte Mexicana y su papel en el sistema de peso y contrapesos. La fragmentación política del poder en funciones probablemente conduzca al activis-

mo de la Corte sólo si 1) hay dispersión ideológica entre el Presidente y el Congreso y 2) la Corte está posicionada entre ambas ramas. Si la Corte está posicionada a la derecha (izquierda) cerca del Presidente o a la izquierda (derecha), cerca del Congreso, no deberíamos esperar una expansión significativa de sus Poderes aun bajo un gobierno dividido.

La segunda predicción de nuestra teoría se refiere al grado en que la expansión de los poderes de la Corte puede ir más allá de lo que los funcionarios electos están dispuestos a aprobar. Los modelos de separación de Poderes no predicen un conflicto entre los funcionarios electos y la Corte. En estos modelos se presume que la Corte dirige la política hacia una posición céntrica que es invariablemente preferida por el statu quo de una de las ramas. Nuestro modelo predice que la Corte establecerá una política poco problemática de este tipo, sólo si el Juez mediano leal apoya una filosofía “legalista” de interpretación judicial. Pero si la Corte es “interpretativista”, dominada por una filosofía legal que aboga por otorgar poderes legislativos a la rama judicial, el espacio constitucional de la Corte se vuelve significativamente mayor, provocando pérdidas entre los funcionarios electos que no desean que la Corte expanda sus poderes legislativos más allá de un cierto límite.

Seguimos tres pasos para evaluar nuestro argumento empírico. En primer lugar, evaluamos si la alternancia del poder político en el 2000 efectivamente aumentó los poderes de la Corte para crear leyes. Luego, evaluamos la posibilidad empírica de nuestro análisis espacial al observar las segmentaciones ideológicas dentro de la Corte. A través del análisis del registro de los votos de todos los Jueces, estimamos las dimensiones que subyacen a las decisiones de la Suprema Corte utilizando técnicas bayesianas a través de sus métodos tipo Cadenas de Markov Monte Carlo. Terminamos con narraciones analíticas de diversas resoluciones clave para dar sentido a la dimensionalidad del espacio de política de la Corte.

Encontramos sólido apoyo empírico para nuestro enfoque teórico. Nuestros resultados revelan que la Corte mexicana se volvió significativamente más propensa a declarar la inconstitucionalidad de las leyes después del

2000; esta propensión para expandir los poderes para crear leyes de la Corte está presente principalmente en las acciones de inconstitucionalidad, no en controversias constitucionales. El cálculo del punto ideal además revela que la Corte puede ser caracterizada dentro de un espacio bidimensional —interpretativistas *vs.* legalistas, e izquierda *vs.* derecha. Nuestros resultados sugieren que la mayor parte del tiempo, y especialmente en las controversias constitucionales, un “bloque legalista” ha dominado la Corte. En la esfera del federalismo, más relevante en las controversias constitucionales, como en el debate clásico Vallarta-Iglesias del siglo XIX, esta línea divisoria define el grado en que la Federación puede intervenir en los Estados.

Las resoluciones de la Corte en las acciones de inconstitucionalidad son un asunto más complejo. Aquí, se pide a la misma que resuelva una amplia gama de temas como la regulación económica, los derechos fundamentales, o el aborto. Nuestros resultados revelan que la expansión de los poderes legislativos de la Corte se encuentra precisamente en estos fallos donde hay una mayor propensión de ésta a declarar inconstitucional la legislación y a poner en marcha políticas.

El resto del capítulo se indica a continuación. La primera sección discute la reforma constitucional de 1994 que transformó la Suprema Corte Mexicana en un Tribunal Constitucional. La segunda presenta nuestro modelo de la Corte. La tercera sección desarrolla un análisis econométrico de sus decisiones, evaluando si el cambio en el poder político aumentó su propensión a crear políticas públicas. La cuarta analiza el registro de votos de todos los Jueces que comprende dos Cortes parcialmente diferentes. Esto nos permite elaborar inferencias relativamente precisas sobre los puntos ideales de los Jueces en un espacio político bidimensional. La quinta estudia las decisiones de la Corte. La sexta sección concluye.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Durante todos los años del régimen autocrático del PRI, las decisiones de aquellos que poseían el poder no enfrentaron restricciones de una Cons-

titución maleable y de Cortes serviles (Magaloni, 2003; 2008). El sistema político autoritario durante la era del partido hegemónico, gobernado por el PRI, estuvo caracterizado por un fuerte presidencialismo, un fuerte dominio del jefe del Ejecutivo sobre las otras ramas del gobierno, proveniente de fuentes más allá de la Constitución (Carpizo, 1978; Weldon, 1997; Casar, 2002). El presidencialismo también implicó la ausencia de controles a la actividad del Ejecutivo (Domingo, 2000; Magaloni, 2003). El Presidente ejerció un fuerte control sobre los nombramientos y despidos, y muchos Jueces tendieron a seguir *carreras políticas* antes o después de dejar la Corte.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la Suprema Corte tuvo poderes muy limitados de control constitucional. El Poder Judicial Federal podía interpretar la Constitución a través del juicio de amparo en contra de las violaciones del Estado a los derechos de los ciudadanos o de la aplicación de leyes en contra de la Constitución. El discurso oficial sostenía que la Constitución mexicana establecía las condiciones necesarias para limitar al gobierno, y que las Cortes federales estarían a cargo de hacerla valer. En la práctica, aquellos que confrontaban al régimen, o que se enfrentaban con la policía o las burocracias estatales, a menudo se encontraban a merced de las Cortes que, en casi todo, atendían los intereses de esos funcionarios. Las Cortes siguieron principalmente un criterio legalista de interpretación judicial que consentía el abuso del Estado en lugar de expandir o proteger los derechos de los ciudadanos.

La reforma de 1994 transformó a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional. Redujo el número de Jueces de 25 a 11. Los nombramientos de por vida fueron sustituidos por periodos de 15 años. Al establecer las “controversias constitucionales” y las “acciones de inconstitucionalidad”, la reforma expandió significativamente el poder de la Suprema Corte, que desde entonces pudo arbitrar todo tipo de conflictos político-constitucionales.

A través de las *controversias constitucionales*, la Corte arbitra conflictos entre las distintas ramas y niveles del gobierno respecto de la constitucionalidad de sus actos. Ahora puede resolver conflictos entre los poderes Ejecutivo

y Legislativo; entre los gobiernos estatales y locales y la Federación; y entre las municipalidades y los gobernadores. Las *acciones inconstitucionales* son una forma de control constitucional. Una acción de constitucionalidad puede ser promovida por una tercera parte de los miembros de la Cámara de Diputados o el Senado en contra de leyes o tratados internacionales; por un tercio de los miembros de las asambleas locales en contra de las leyes estatales; por el Procurador General en contra de leyes federales y estatales o tratados internacionales; y por el jefe de cualquier partido político registrado ante el Instituto Federal Electoral en contra de leyes electorales federales. Los partidos políticos locales también pueden promover una acción de inconstitucionalidad en contra de las leyes electorales locales. El PRI originalmente se negó a la jurisdicción de la Corte en temas electorales. Los Jueces no adquirieron el derecho de controlar las resoluciones del Tribunal Federal Electoral y decidir sobre la constitucionalidad de las leyes electorales hasta 1996.

La reforma estableció que las decisiones de la Corte sobre acciones de inconstitucionalidad no tendrían el efecto de anular la legislación a menos de que 8 de 11 Jueces votaran en contra de la inconstitucionalidad de una ley. La reforma también estableció que la constitucionalidad de las leyes podrá ejercitarse dentro de treinta días naturales contados a partir de la fecha de publicación. La reforma además redujo el interés en las controversias al establecer que las decisiones de la Suprema Corte sobre controversias constitucionales sólo tendrían efectos *inter partes* (limitando los efectos de la acción solamente a las partes), cuando un nivel más bajo del gobierno actúa como demandante en contra de un nivel más alto; en controversias entre dos Estados; y en controversias entre dos municipalidades de diferentes Estados.

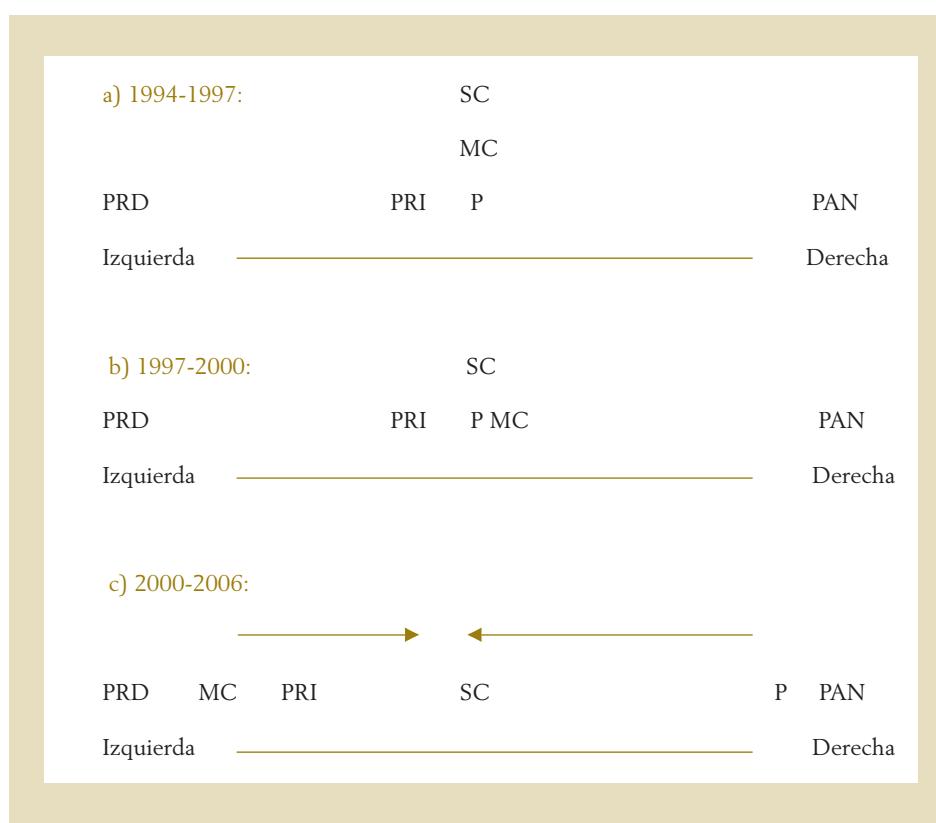
2. UN MODELO DE EXPANSIÓN DE LOS PODERES LEGISLATIVOS DE LA CORTE

Basada en los modelos de separación de Poderes (Spiller y Gely, 1990; Ferejohn, 1999 y 2002; Bednar, Eskridge, y Ferejohn, 2001; Ferejohn y Weingast,

1992; Epstein y Knight, 1998; Graber, 1998; Epstein *et al.*, 2001; Iaryczower *et al.*, 2002; Ríos Figueroa, 2007; y Bill Chávez *et al.*, en este libro), en la gráfica 1 utilizamos un modelo espacial para mostrar nuestras expectativas sobre cómo los poderes de la Corte debían expandirse en respuesta al cambio de equilibrio de poder entre el Presidente y las ramas legislativas en el periodo 1994-2007. El modelo asume que la Corte no puede actuar en contra de los deseos políticos del Presidente ni del Congreso porque la decisión sería anulada, o porque los mismos Jueces pueden ser sancionados de otra forma (la Corte puede estar compuesta por un bloque de Jueces leales, sus salarios reducidos, etcétera.).

Gráfica 1

Expansión del Espacio de la Corte Constitucional, 1994-2007



Una decisión es anulada cuando los políticos están dispuestos a ignorarla o a reformar la ley o la Constitución para eliminar la ambigüedad que diera espacio a los Jueces para interpretarla. En otros modelos, la Corte solamente

puede influenciar la política cuando el Presidente y el Congreso difieren sobre política. El modelo asume un espacio político unidimensional a lo largo de un eje que representa los cambios en las preferencias sobre la intervención estatal en la economía (izquierda) a políticas más cercanas al *laissez faire* económico (derecha). Identifica el punto ideal del Presidente como P, el del legislador mediano en el Congreso como MC, y el de la Suprema Corte como SC. La gráfica también identifica el punto ideal de los tres partidos políticos mayoritarios. Estos actores también son relevantes porque, como dijimos arriba, pueden promover acciones de inconstitucionalidad a través de sus líderes nacionales, o pueden promover controversias constitucionales por medio del control de sus sedes estatales y locales. Una forma de interpretar esta gráfica es que debería haber más espacio para el activismo de la Corte en las acciones inconstitucionales cuando hay dispersión ideológica entre P y MC, y lugar para dicho activismo en controversias constitucionales cuando hay fragmentación de poder a nivel estatal y local, que se traduciría en una dispersión ideológica entre PAN, PRD y PRI.

Para simplificar, en este modelo asumimos que la Corte es un actor unitario. En 1995, el PRI tuvo la mayoría necesaria de dos tercios en el Senado para nombrar por sí sola a la Corte completa. Aunque el presidente Zedillo optó por negociar el nombramiento de algunos Jueces con el PAN, para otorgar legitimidad a la nueva Corte, asumimos que la misma está en el centro-derecha y muy cerca de las preferencias políticas del Presidente Zedillo. Después de que el PRI perdió la Presidencia en el 2000, el Presidente Vicente Fox (2000-2006), del PAN, se vio obligado a negociar todos los nuevos nombramientos con el PRI y con el ala izquierda PRD, que creemos ha provocado un ligero movimiento de la Corte hacia la izquierda.²

Como lo ilustra la gráfica 1, la configuración prevaleciente en México durante la era autoritaria y hasta 1997, cuando el PRI perdió por primera

² En 1994, cuando la reforma fue aprobada y la nueva Corte nombrada, el 74% de los escaños del Senado estaban controlados por el PRI, el 20% por el PAN, y el 6% por el PRD. El PRI vio disminuir su contingente a 60% en las elecciones a mitad del periodo presidencial, pero incluso después de perder la Presidencia a manos del PAN en el 2000, siguió controlando el 45% del Senado.

vez en su historia la mayoría en la Cámara de Diputados, ubica los puntos ideales del Presidente, Congreso y Corte muy cerca entre sí. Si bien la Corte había estado dispuesta a influenciar las políticas públicas a través de la interpretación legal, resolviendo las controversias constitucionales entre los gobiernos estatales y locales controlados por distintos partidos durante el periodo 1994-1997, debía permanecer cautelosa debido a la alineación de las otras ramas. La concentración del poder político entre las ramas del gobierno obliga a los Jueces a replegarse ante aquellos que sustentan el poder y a comportarse servilmente a fin de evitar que sus decisiones sean anuladas. Pero, en asuntos nacionales, la misma Corte estaba alineada con las otras ramas, así que además no estaba dispuesta a cambiar la política de los funcionarios electos.

Solamente cuando el poder político nacional está fragmentado, y asumiendo que los Jueces tienen preferencias políticas que divergen suficientemente de las del gobierno, es probable que las decisiones antigobierno tengan lugar y se espera que la Corte se involucre en la creación de leyes. Aunque las elecciones de mediados de periodo presidencial de 1997 trajeron consigo un gobierno dividido en México, la gráfica 1b muestra que el espacio para el activismo de la Corte en acciones constitucionales permaneció limitado en el periodo 1997-2000 porque las preferencias del Presidente, la Corte y la mayoría en el Congreso no difirieron considerablemente. El PRI perdió la mayoría en la Cámara Baja pero la oposición permaneció fragmentada, lo que significó que la legislación casi invariablemente contó con el apoyo del partido del Presidente y del partido de derecha PAN. Por tanto, a pesar de que el PRI no tuviera la mayoría legislativa después de 1997, continuó pasando leyes junto al PAN y esto movió el MC sólo ligeramente hacia la derecha del Presidente, aumentando marginalmente el espacio de la Corte. La historia de este periodo es diferente para las controversias constitucionales; hubo más espacio para el activismo de la Corte en la resolución de conflictos entre los gobiernos locales y estatales controlados por distintos partidos políticos. El papel más importante de la Corte en este periodo fue, por tanto, fungir como árbitro del federalismo.

El cambio real que aumentó el activismo de la Corte en acciones de inconstitucionalidad vino después del 2000, cuando el PAN ganó la Presidencia al PRI, mientras que el poder permaneció fragmentado en la Cámara de Diputados porque ningún partido controlaba la mayoría de los escaños. Después de perder la Presidencia, el PRI se movió hacia la izquierda en gran medida porque sus legisladores ahora eran libres para votar de acuerdo con sus verdaderas preferencias ideológicas en lugar de, como durante en la era del partido hegemónico y el control del gobierno unificado, tener que seguir las directrices del Presidente (Weldon, 1997; Casar, 2002). Indicamos el cambio en la balanza de fuerzas en la gráfica 1c al cambiar la P a la derecha y el PRI y el MC a la izquierda. La flecha indica el “espacio de creación de políticas públicas constitucionales” para la Corte —el intervalo entre P y MC dentro del que es probable emitir una decisión que cambie el statu quo político y que cuestione a las otras ramas.

Por tanto, el modelo espacial predice una importante expansión de los poderes legislativos de la Corte en acciones inconstitucionales después del 2000, pero no después del 1997. El cambio en el comportamiento de la Corte es resultado de la fragmentación del poder político a nivel nacional y de un cambio en las preferencias políticas del Presidente relativo al Congreso y a la Corte. El aumento de la polarización entre las ramas ejecutiva y legislativa y entre las facciones mayoritarias y minoritarias en el Congreso, bajo condiciones de fragmentación política, es lo que condujo a los políticos a llevar sus desacuerdos a la Corte y de ahí a la expansión de los poderes legislativos de la Corte (Gates, 1987; MacDonald y Rabinowitz, 1987).

Una limitación del modelo espacial es que presupone que el incremento en el activismo de la Corte no resultará en decisiones que cambiarán la política en formas inesperadas. El modelo predice que ésta tomará decisiones “conciliadoras” que cambiarán las políticas en el centro, entre P y MC. Sin embargo, como nuestro examen de ella en este trabajo hace explícito, hay mucha más imprevisibilidad *ex ante* en su comportamiento que el previsto en el modelo. Además, como es evidente en el trabajo de Helmke y Staton

(en este libro), a menudo hay muchas más confrontaciones entre las ramas electas del gobierno y la Corte y los modelos de separación de Poderes no pueden explicarlo.

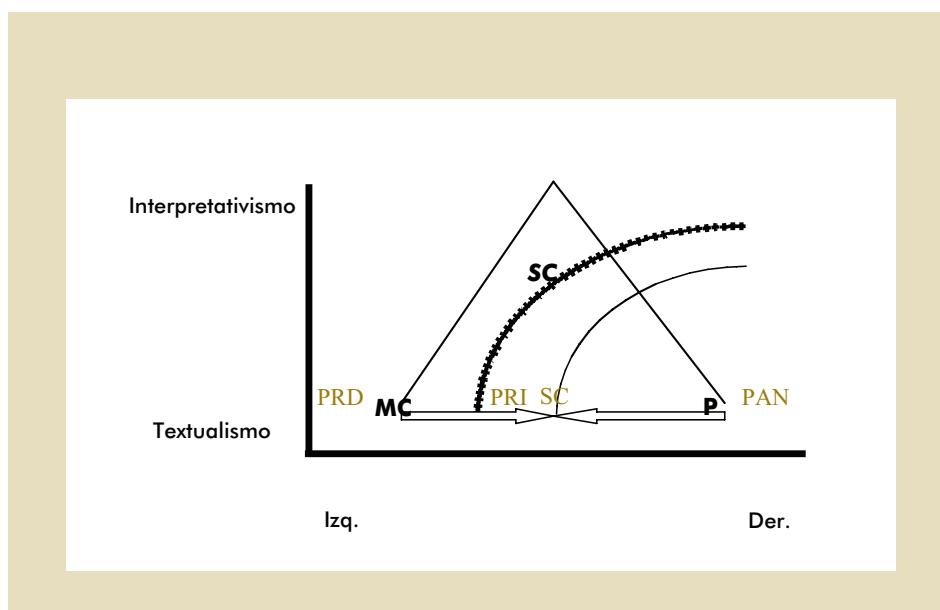
Una limitación común de los modelos de separación de Poderes es que no toman en cuenta que las elecciones de los Jueces pueden estar influenciadas por otros factores además de la política y de conservar sus cargos, incluyendo un deseo de expandir el poder de la Corte y jugar un papel en la dirección del orden constitucional del Estado (Ginsburg, 2003; Helmke y Staton, en este libro). Estas motivaciones pueden hacer las relaciones de la Corte con las otras ramas electas del gobierno más conflictivas de lo previsto por estos modelos espaciales. Para incorporar algunas de estas críticas en los modelos de separación de Poderes, permitimos que los Jueces estuvieran motivados por una ideología que comúnmente divide a los partidos políticos, y por consiguiente a las ramas electas del gobierno, y por una *filosofía judicial o teoría legal de interpretación* que únicamente corresponde al Poder Judicial. Los Jueces que apoyan lo que llamamos “interpretativismo” creen que las Cortes deben hacer leyes y que el papel del Poder Judicial es servir a la comunidad política al otorgar sustancial peso a las consecuencias políticas, sociales y económicas de las interpretaciones alternativas de las leyes. Los Jueces que apoyan el “legalismo” otorgan el principal peso al texto y estructura de la Constitución y son escépticos de la habilidad de los Jueces para hacer leyes y basar sus decisiones en un razonamiento que no sea jurídico.

En la gráfica 2 incorporamos la filosofía judicial en el modelo espacial al agregar una segunda dimensión al espacio político que se refiere a la filosofía judicial. Los Jueces que apoyan el legalismo están en el origen del eje vertical y aquellos que apoyan el interpretativismo están mucho más alejados del origen. Nuestro supuesto es que el Presidente, junto con la rama legislativa, tiene fuertes preferencias para nombrar Jueces que aprueben el legalismo, aunque este supuesto no es necesario. Creemos que los funcionarios electos probablemente prefieren tener Cortes que sigan la letra de las leyes que estos actores promulgan en lugar de tener Cortes que hagan

esas leyes. Esto significa que cualquier movimiento alejado del origen a lo largo del eje vertical genera falta de utilidad para P y MC.

Gráfica 2

Poderes de creación de política de la Corte
en un espacio de dos dimensiones



La gráfica 2 muestra el espacio de política constitucional para dos tipos de Cortes: una legalista y otra interpretativista, denotadas como SC y SC, respectivamente. Como en el periodo 2000-2006 en la gráfica 1c, P está hacia la derecha, MC está hacia la izquierda y la Corte está en el centro del espacio político a lo largo de la dimensión izquierda-derecha. La gráfica muestra que si la Corte es interpretativista desafiará a las otras ramas al elegir su punto ideal, SC. La gráfica muestra que al elegir SC, P y MC empeoran lo que no sucede con la elección de SC, que es la política pública elegida por la Corte legalista. La pérdida de utilidad de tener una Corte interpretativista para uno de los actores, digamos P, puede ser medida a partir de las curvas de indiferencia para este actor que pasan a través de SC y SC —el área entre las curvas de indiferencia punteada y recta es lo que P pierde por tener una Corte interpretativista.

Ésta sería capaz de expandir sus poderes a un “umbral de aceptabilidad” (la punta del triángulo en la gráfica 2) donde tanto P como MC preferirían hacer caso omiso de las decisiones de la Corte (o simplemente no acudir a ella). Es claro en este análisis que tanto P como MC empeoran si los Jueces son interpretativistas en lugar de legalistas. Creemos que permitir que la filosofía judicial juegue un papel en los análisis formales y empíricos de las Cortes es un camino prometedor para la investigación. Una dificultad clave que enfrentan quienes detentan el poder cuando consideran delegar poderes a la Corte, o acudir a ella, es que el tipo de filosofía judicial que probablemente prevalezca es incierta particularmente en periodos de transición o cuando las Cortes vuelven a ser creadas. Los políticos *ex ante* pueden voluntariamente delegar poderes a la Corte, o acudir a ese cuerpo para resolver un conflicto, aunque los *ex post* pueden terminar confrontando a esta. La famosa decisión sobre la generación de electricidad que exploramos abajo ilustra la lógica de ese dilema.

3. UN ANÁLISIS EMPÍRICO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE³

Evaluamos nuestras expectativas teóricas a través del análisis de la totalidad de las decisiones publicadas por la Suprema Corte sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad hasta agosto del 2007. Los datos provienen de Sánchez (2008). De las 1358 decisiones de la Corte, 75% fueron controversias constitucionales y 25% fueron acciones de inconstitucionalidad. Casi la mitad de esas decisiones fueron tomadas antes de que el PRI perdiera la Presidencia en el 2000, mientras que el resto de los casos fueron decididos después.

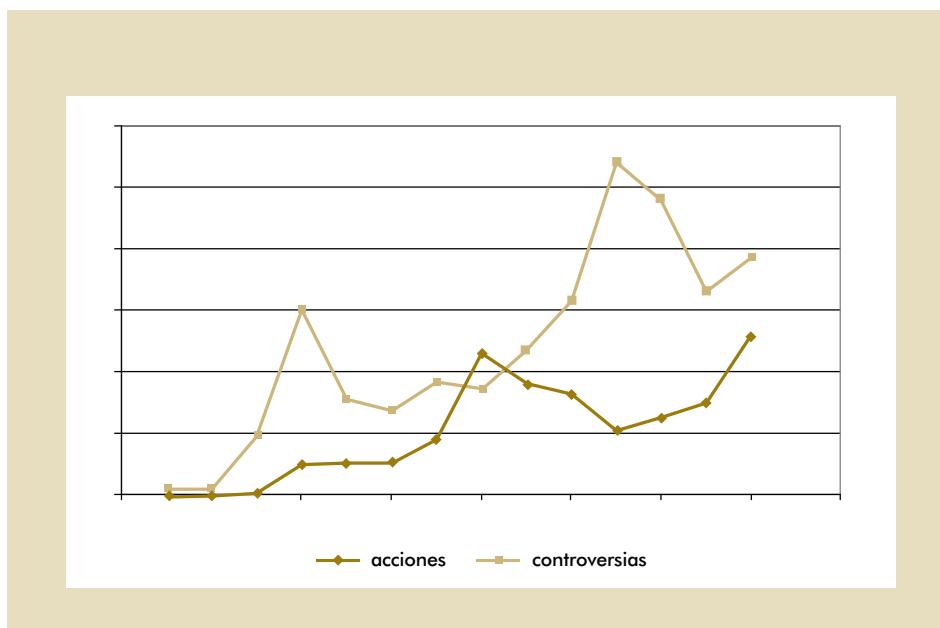
A través de las controversias constitucionales la Corte está definiendo y vigilando los límites de los poderes políticos de los otros actores. Las decisiones sobre batallas constitucionales entre municipalidades y Estados, y

³ Esta sección proviene de Sánchez (2008).

entre gobiernos locales y estatales y la Federación, tiene efectos *inter partes* más a menudo ya que los gobiernos municipales actúan como demandantes en cerca del 70% de estos juicios. Al resolver las controversias entre los niveles inferior y superior del gobierno, la Corte se ha convertido en el nuevo árbitro del Federalismo. Magaloni (2008) argumenta que resolviendo estos tipos de conflictos a través de canales institucionales en lugar de costosos tratos políticos y algunas veces violencia, fue uno de los objetivos centrales de la reforma constitucional de 1994.

Gráfica 3

Número de acciones y controversias constitucionales interpuestas*



* No incluye las controversias sobre derechos indígenas. Fuente: Sánchez, 2008.

Clasificamos las controversias constitucionales en tres grandes categorías, que a su vez están divididas en diversos subgrupos. Las controversias sobre *municipalismo* representan el 74.4% de los casos. Éstas constan, entre otros, de controversias sobre responsabilidad de los funcionarios en el cargo incluyendo juicios de responsabilidad en contra de los presidentes municipales; conflictos sobre recursos económicos, y conflictos sobre el establecimiento

de “autoridades intermedias” entre las municipalidades y el Estado. Las controversias de *separación de Poderes* representan el 71% de los casos y éstos incluyen conflictos entre los Poderes del Estado y los Poderes de la Federación. Las controversias de separación de Poderes más comunes a nivel local son incursiones en contra de la Suprema Corte de un Estado y a nivel federal predominan las demandas presidenciales en contra de la mayoría en el Congreso. Las controversias sobre *federalismo* representan el 8.6% de los casos. Éstas incluyen conflictos sobre la distribución de los fondos presupuestarios compartidos entre la Federación y los Estados, la cláusula de comercio interestatal, la malversación de los recursos federales en las elecciones locales; la descentralización de las escuelas públicas en los Estados; y conflictos sobre la legislación federal, incluyendo el presupuesto federal, y la reforma sobre los derechos indígenas, entre otros. Discutiremos algunos de estos casos con más detalle abajo.

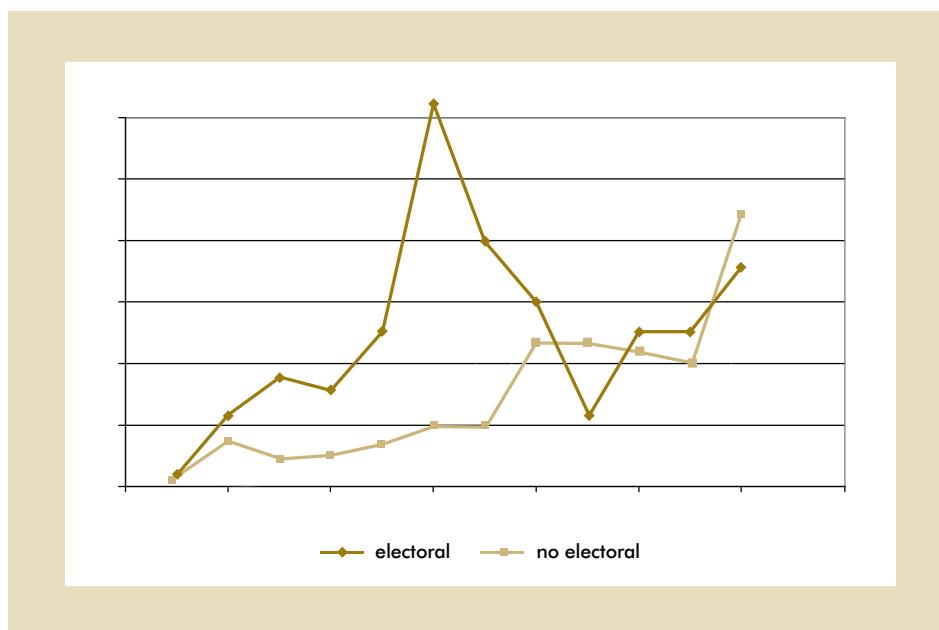
La Corte ejerce su poder de interpretación constitucional abstracta de forma más clara en las acciones inconstitucionales. Antes de la transición democrática del 2000, el 83% de las acciones de inconstitucionalidad estaban relacionadas con las leyes electorales. Sin embargo, como la gráfica 4 muestra, después de que el PRI perdiera las elecciones presidenciales en el 2000, los actores políticos comenzaron a impugnar cada vez más leyes sin contenido electoral.

Clasificamos las acciones constitucionales en tres grandes categorías. Las acciones *electorales* representan el 58.5% de los casos. Las más comunes de éstas eran: financiamiento de campaña; límites electorales; redistribución electoral o administrativa; distribución de la representación proporcional de los escaños legislativos, y violaciones al debido proceso en la promulgación de reformas electorales locales. Las acciones de *derechos fundamentales* y *cumplimiento de la ley* representan el 20% de los casos. Éstos constan, entre otros, de controversias sobre el consumo de tabaco, derecho del trabajo y

leyes sobre difamación; asuntos penales como la presunción de responsabilidad por complicidad, violencia doméstica, multas excesivas y sentencias de por vida. Las acciones sobre *recursos económicos* y *servicios públicos* representan el 21% de los casos e incluyen los conflictos sobre la distribución de los fondos presupuestarios compartidos entre la Federación y los Estados, así como los conflictos sobre el suministro de servicios públicos como la factura del agua, la ley notarial, y las bases para las ofertas del sector público, entre otras.

Gráfica 4

Tipo de acciones constitucionales



Fuente: Sánchez, 2008.

Las primeras hipótesis que surgen de nuestro análisis teórico son que la alternancia del poder político en el 2000 provoca una importante expansión de los poderes legislativos de la Corte en las acciones constitucionales y que la alternancia no debería tener un impacto significativo en el comportamiento de la Corte en las controversias constitucionales.

Para evaluarlas empíricamente, nos preguntamos si después de la alternancia del poder político aumentó la propensión de la Corte *para decidir en contra de la constitucionalidad de las leyes o de los actos de autoridades estatales*. Realizamos un modelo de sus decisiones sobre controversias constitucionales y acciones constitucionales de forma separada. Nuestra variable dependiente está codificada como 1 para los casos donde la Corte decidió la inconstitucionalidad de la ley o acto y como 0 si sucedió lo contrario (excluyendo los casos que, por distintas razones, no decide). Para evaluar si la Corte cambió su comportamiento después de la alternancia del poder político, incluimos una variable dicotómica que indica los casos decididos después de la derrota del PRI en las elecciones presidenciales del 2000 (*Alternancia*). Nuestra expectativa es que la Corte se vuelva más propensa a anular la legislación en las acciones constitucionales después del 2000, y por tanto la variable *Alternancia* debía tener un signo positivo en estos casos. Una segunda variable independiente de interés son las acusaciones en contra del PRI, una variable dicotómica para casos donde el acusado era un órgano estatal controlado por el anterior partido hegemónico. Si esta variable es positiva, significaría que la Corte decide más a menudo en favor del PRI (Sánchez y Magaloni, 2001; Ríos Figueroa, 2007). Para descartar la posibilidad de que exista una tendencia en favor del acusado en la Corte, independientemente de las tendencias partidistas, también agregamos una variable dicotómica para las acusaciones en contra del PAN.

Si tanto las acusaciones en contra del PRI como en contra del PAN son negativas y estadísticamente significativas, esto revelaría una tendencia en favor del acusado sin tomar en cuenta el partido del que provenga. Para verificar si hay un cambio en la propensión de la Corte para decidir a favor del PRI después de la alternancia en el poder, multiplicamos las acusaciones en contra del PRI y del PAN por la variable *Alternancia*. Si el signo de los coeficientes cambia, esto indicaría que la propensión a favor del PRI o del PAN cambió después del 2000.

Agregamos una serie de controles. Para las controversias constitucionales, agregamos una variable dicotómica que indica si el demandante fue una municipalidad que procede como demandante en la aplastante mayoría de las controversias constitucionales. También incluimos variables dicotómicas para los conflictos donde un nivel más bajo de gobierno (municipalidad o Estado) interpuso una demanda en contra del gobierno federal (*Municipal vs. Federal* y *Estado vs. Federal*). Nuestro modelo para acciones constitucionales examina las que se refieren a las leyes electorales (*Electoral*). El cuadro 1 presenta los resultados.

Los resultados de los modelos muestran que la Corte tiene patrones distintos de comportamiento respecto de las acciones y controversias constitucionales. Como se esperaba, después del 2000, la propensión de la Corte para anular las leyes aumentó pero solamente sucedió para las acciones, no para las controversias. Un segundo resultado importante de nuestros análisis empíricos es que la Corte tiende a posicionarse a favor del PRI pero sólo en las controversias. En las acciones constitucionales los modelos revelan una tendencia en favor del acusado independientemente del partido (tanto los acusados del PRI y del PAN son negativos y estadísticamente significativos). En tercer lugar, nuestros resultados indican que la alternancia en el poder en el 2000 no implicó ningún cambio estadístico discernible en la tendencia priista de la Corte respecto de las controversias constitucionales.

Aunque la variable *PRI-acusado*alternancia* sea positiva, esto no es estadísticamente significativo. Podemos entonces concluir que la Corte ha tendido a posicionarse en favor del partido hegemónico —especialmente de sus gobernadores— y que esa tendencia ha permanecido sin cambios después de que ese partido perdiera la Presidencia. Por tanto, nuestros resultados refutan parcialmente a Ríos Figueroa (2007) en que *la Corte continúa favoreciendo al PRI*, incluso antes de que se fragmentara el poder; pero esto sólo sucede en controversias constitucionales.

Cuadro 1
Resoluciones de inconstitucionalidad de la Corte

Controversias Constitucionales					Acciones Constitucionales				
	Modelo I		Modelo II			Modelo I		Modelo II	
	Coef.	SE	Coef.	SE		Coef.	SE	Coef.	SE
Alternancia (2000-2006)	0.32	0.23	-0.53	0.63	Alternancia (2000-2006)	0.76***	0.22	1.48**	0.70
PRI-acusado	-0.98***	0.32	-1.77***	0.61	PRI-acusado	-1.18***	0.27	-0.44	0.70
PAN-acusado	0.17	0.31	-0.53	0.65	PAN-acusado	-0.80**	0.32	-0.20	0.75
Alternancia* PRI-acusado			1.05	0.69	Alternancia* PRI-acusado			-0.93	0.77
Alternancia* PAN-acusado			0.85	0.58	Alternancia* PAN-acusado			-0.63	0.85
Controles					Controles				
Municipal	1.85***	0.26	1.80***	0.26	Electoral	1.90***	0.27	1.86***	0.27
Estatual vs. Federal	1.10*	0.68	0.95	0.70					
Municipal vs. Federal	-1.32*	0.75	-1.27*	0.77					
Constante	-1.60***	0.31	-0.86*	0.58	Constante	-0.93***	0.31	-1.56**	0.66
	N=500 R2 = .11	Pseudo	N=500 R2 = .11	Pseudo		N=500 R2 = .13	Pseudo	N=500 R2 = .14	Pseudo

* Significativo al nivel de 90%; ** nivel de 95%; *** nivel de 99%.

Afirmamos que los resultados que difieren para las acciones y controversias constitucionales son producto de los tipos de conflictos que llegan a la Corte por medio de cada uno de estos procedimientos. Las acciones constitucionales suponen asuntos donde los desacuerdos ideológicos son sustancialmente más serios. Como se observa en la gráfica 1, la alternancia del poder afecta directamente la manera en que estos desacuerdos ideológicos se traducen en el sistema de pesos y contrapesos al cambiar la Presidencia a la derecha y el Poder Legislativo a la izquierda. Las controversias constitucionales se refieren principalmente a conflictos entre los distintos *niveles de*

gobierno —municipalidades, Estados, y la Federación— y muchos de estos enfrentan asuntos relacionados con los límites de los poderes estatales. Motivados principalmente por la fragmentación del poder político, la mayoría de estos conflictos no deberían verse afectados directamente por la alternancia del poder político en la Presidencia. Además, como discutiremos ampliamente más abajo, creemos que la tendencia a favor del PRI en las controversias constitucionales es la consecuencia de una filosofía judicial en lugar de algún supuesto partidismo por parte de los Jueces de la Suprema Corte. Es decir, que aun cuando la Corte decide un caso a favor de un gobernador del PRI, que son la abrumadora mayoría de los acusados, lo hace así primordialmente por la manera en que interpreta la Constitución y las leyes. De forma más específica, el predominio de un bloque legalista, —como el que explicaremos más abajo, favorece una estricta interpretación de los juicios y de la autonomía de las Constituciones de los Estados sobre la Federación— ha tendido a favorecer a los gobernadores de los Estados sobre las municipalidades y la Federación.

Cuadro 2

Disensión en la Corte

	Coef.	SE
Alternancia (2000-2006)	1.21***	0.17
Controversias Constitucionales	-0.93***	0.16
Controles		
Derechos Fundamentales	1.17**	0.57
Constante	-1.08***	0.16
	N=811	
	Pseudo R2 = .09	

* Significativo al nivel de 90%; ** nivel de 95%; *** nivel de 99%.

El cuadro 2 presenta un modelo de disenso dentro de la Suprema Corte y apoya nuestra opinión de que las acciones constitucionales involucran un

conflicto sobre el cual existe un desacuerdo ideológico más serio. La variable dependiente está codificada como 1 para los casos donde al menos un Juez votó en contra de la decisión de la mayoría, y con 0 si sucedió lo contrario. Incluimos las siguientes variables independientes: *Alternancia*, codificada del mismo modo que en análisis anterior y *Controversias Constitucionales*, codificadas como 1 para las controversias y con 0 para las acciones. Examinamos los conflictos sobre *derechos fundamentales* y *cumplimiento de la ley*, que son acciones constitucionales que en términos generales plantean problemas de interpretación de los derechos. Los resultados del cuadro 2 confirman un significativo aumento en la disensión de la Corte después de la alternancia del poder político en las acciones constitucionales y los casos sobre derechos fundamentales. Más adelante investigamos más estas líneas de disensión dentro de la Corte.

4. SEGMENTACIONES IDEOLÓGICAS DENTRO DE LA CORTE

Existen muchas razones de por qué deberíamos encontrar diferencias ideológicas entre los Jueces. En primer lugar, incluso si el PRI seleccionó a la mayoría de los Jueces debe haber sido difícil para este partido predecir sus comportamientos futuros solamente con observar sus carreras previas; esto podía ser más difícil en el caso de algunos de los Jueces nombrados. En segundo lugar, como dijimos arriba, cuando la reforma constitucional fue aprobada, el Presidente Zedillo estaba en la posición de imponer a todos los Jueces de la Corte porque su partido aún controlaba los dos tercios del Senado pero optó por negociar con la oposición, en particular con el PAN, la designación de algunos de los Jueces (Sánchez 2003). En tercer lugar, el PRI es una coalición ideológicamente heterogénea y probablemente intenta representar algunas de sus distintas “facetas” a través de sus nombramientos. Finalmente, cuatro Jueces han sido nombrados después de la alternancia del poder político y su selección es el producto de un vasto compromiso político. Primero exploramos el proceso de nominación de cada uno de los Jueces y luego procedemos a evaluar las segmentaciones subyacentes dentro de la Corte.

Procesos de nombramiento.⁴ El Presidente Zedillo presentó, el 19 de enero de 1994, una lista con 18 candidatos de los cuales el Senado debía elegir 11 para formar la nueva Corte. Tres de los nominados del Presidente eran mujeres y cuatro habían pertenecido a la recientemente disuelta Suprema Corte. Mientras que la oposición para volver a nombrar a los antiguos Jueces era significativa, el Presidente Zedillo fue capaz de negociar con el PAN la ratificación de dos de los antiguos miembros, los Jueces Azuela y Díaz. Uno de los candidatos que repetían no obtuvo votos y el otro retiró su candidatura antes de la elección.

El cuadro 3 muestra el número de votos que recibió cada uno. También muestra el partido político que votó por cada candidato y su periodo en el cargo. El PRI y el PAN estuvieron de acuerdo en siete de once Jueces. Sólo con estos números podemos identificar los Jueces que el PAN apoyaba con más fuerza. Sin embargo, podemos inferir que los Jueces electos solamente por el PRI eran aquellos que ese partido pensó podrían representar mejor sus intereses: Ortiz, Silva, Sánchez y Román. Es importante señalar que se trataba de cuatro Jueces, *precisamente* el número requerido para bloquear cualquier decisión de la Corte, ya que la regla indica que es necesaria una mayoría de ocho Jueces para una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales. Señalamos también que tres de esos cuatro ocuparían un asiento en la Suprema Corte por más de 17 años.

Cuadro 3

Apoyo político a los candidatos de Zedillo para la Suprema Corte*

Jueces	Partidos		Votaciones por Año de Jubilación					Total
			2003	2006	2009	2012	2015	
Juventino Castro	PRI	PAN	112					112
Genaro Góngora	PRI	PAN			112			112
Sergio Aguirre	PRI	PAN				112		112
José de Jesús Gudiño	PRI	PAN					112	112
José Aguinaco	PRI	PAN	111					111

⁴ Esta sección proviene de Sánchez (2003) y (2008).

Guillermo Ortiz	PRI					89		89
Juan Silva	PRI						89	89
Olga Sánchez	PRI						89	89
Humberto Román	PRI			89				89
Juan Díaz	PRI	PAN		89	23			112
Mariano Azuela	PRI	PAN		24	86			110

*Aunque la selección fue hecha por votación secreta, conocer la lista de senadores presentes durante la votación, el número de votos depositados, y el número de senadores de cada partido, hace posible inferir la coalición de partidos mínima necesaria para aprobar cada nombramiento. Bajo esta suposición descansa la extensa literatura sobre cohesión y disciplina características de los partidos políticos mexicanos. (cfr. Weldon, 1997; Casar, 1997).

Desde el 2003, cuatro nuevos Jueces se unieron a la Suprema Corte mexicana. Castro y Aguinaco fueron los primeros en dejar la Corte en el 2003. Díaz y Román los siguieron en el 2006, dando al Presidente Fox la oportunidad de llenar cuatro vacantes antes de que terminara su cargo. En noviembre de 2003, Fox envió al Senado una lista con seis candidatos para reemplazar a los Jueces Aguinaco y Castro. Cuatro de los seis candidatos eran mujeres, expresando la preferencia presidencial de tener al menos una segunda mujer en la Corte. Los candidatos para reemplazar al Juez Aguinaco fueron José Ramón Cossío, María Teresa Martínez y Teresita Rendón. El 27 de noviembre del 2003, Cossío fue electo para reemplazar al Juez Aguinaco con una mayoría de 84 de 92 votos. El Juez Cossío fue capaz de ganar el apoyo de todas las fuerzas políticas (PRI, PAN y PRD), para nombrarlo hasta el 2019. Su elección fue un proceso muy tranquilo, mientras que sucedió lo contrario en la elección del reemplazo del Juez Castro. Margarita Luna fue nombrada casi tres meses después que Cossío (el 19 de febrero del 2004) con una mayoría de 82 votos, apenas suficientes para alcanzar la mayoría de dos tercios. Ella también dejará la Corte en el 2019.

El 16 de junio del 2004, el Juez Román falleció en el cargo dando a Fox una inesperada oportunidad para nombrar otro Juez. Sorpresivamente, los tres candidatos incluidos en la lista que presentó estaban, de una forma u otra, vinculados con el PRI. Los candidatos eran Felipe Borrego, Bernardo Sepúlveda, y Sergio Valls. Valls, un antiguo legislador del PRI y miembro del Consejo de la Judicatura Federal, fue capaz de conseguir la mayoría reque-

rida (85 votos) para reemplazar al Juez Román. Él también dejará la Corte en el 2019.

En noviembre de 2006, el Juez Díaz se jubiló y Fox envió su lista de nominados. Los tres candidatos en ese momento eran José Fernando Franco, Rafael Estrada Sámano y María Herrera Tello. Esta última era, por mucho, el candidato más cercano al Presidente Fox, incluido en cualquier lista, además de tener muchos méritos como ser la primera mujer en presidir una Corte Suprema estatal en el Estado de Nuevo León, o bien desempeñarse como Secretaria de la Reforma Agraria bajo la administración del Presidente Fox. A pesar de sus méritos, la decisión fue a favor de José Fernando Franco González Salas, quien había ocupado importantes cargos bajo las administraciones del PRI y PAN. Franco ganó por una arrolladora mayoría de 94 votos. Su nombramiento probablemente fue negociado semanas antes, ya que Herrera Tello retiró su candidatura dos semanas antes del voto. Volvió a aceptar la nominación esa misma semana, después de las negociaciones. Herrera Tello y Estrada Sámano solamente recibieron 5 votos juntos (Cfr. cuadro 4).

Cuadro 4

Apoyo político para los candidatos sustitutos (2003, 2006)

Candidatos	Coalición	Votos	Coalición	Votos	Electos
Asiento 1 (2003)	1ra Ronda				
José Ramón Cossío	PRI PAN PRD	84			Sí
María Martínez		6			
Teresita Rendón		2			
Asiento 2 (2003)	1ra Ronda		2da Ronda		
Lista (1)					
Margarita Luna	PRI	37	PRI PRD	72	No
José L. De la Peza	PAN PRD	42	PAN	6	
Elvia Díaz de León	PAN	12	PAN	43	
Lista(2)					
Margarita Luna	PRI PAN PRD	82			Sí
María Arroyo	PAN	15			
Gloria Tello		5			

Asiento 3 (2004)	1ra Ronda				
Sergio Valls	PRI PAN PRD	85			Sí
Bernardo Sepúlveda	PAN	20			
Felipe Borrego		9			
Asiento 4 (2006)	1ra Ronda				
José F. Franco	PRI PAN PRD	94			Sí
María H. Tello	PAN	3			
Rafael Estrada		2			

Fuente *Diario de debates del Senado de la República* (Transcripciones: 27 de noviembre 2003, 2 de diciembre 2003, 19 de febrero 2004, octubre 2004, diciembre 2006).

Destacamos tres situaciones del proceso de nombramiento: 1) Cada candidato que finalmente fue nombrado como Juez de la Suprema Corte tenía el apoyo del PRI. 2) De los once Jueces originales solamente cuatro fueron electos con el apoyo exclusivo del PRI. 3) Después de la alternancia del poder político todos los Jueces nombrados han sido producto del consenso entre los tres principales partidos políticos.

Si bien algunos Jueces parecen tener mayores afinidades con algún partido político, es difícil saber cómo éstas se traducirán en la arena legal o cómo determinará las decisiones de los Jueces. Por ejemplo, ¿los Jueces nombrados solamente por el PRI son más pro-estatus mientras que aquellos nombrados por consenso son más “pro-cambio”? Y si es así, ¿cómo se manifiesta esta línea de segmentación en el razonamiento legal? ¿la Suprema Corte mexicana también se caracteriza por una división liberal-conservadora (izquierda-derecha), como sucede en la Suprema Corte de los Estados Unidos? Para responder a estas preguntas, necesitamos analizar los votos de los Jueces.

Las segmentaciones ideológicas en la Corte. Las técnicas para inferir la ideología parten de un modelo espacial estándar del voto (*cfr.* Poole y Rosenthal, 1997). Los enfoques asumen que la política y la ideología pueden ser mapeadas en el mismo espacio, y esa distancia determina la utilidad y el voto. Los Jueces en este contexto difieren uno del otro en sus ubicaciones en el espacio político, y se presume que cada uno votará por la alternativa

más cercana a su punto ideal. El objetivo del análisis es utilizar los votos observados de los Jueces para estimar sus puntos ideales y otros parámetros de interés.

Las decisiones unánimes, muy comunes en la Corte, no ofrecen información y por lo tanto, deben ser descartadas de este análisis. Ha habido 161 votos divididos entre 1995 y 2007 (*i.e.*, al menos un Juez presente en el panel votó de forma contraria al resto), 15% del total. Hubo alguna discrepancia en la propensión de la Corte para votar dividida (cuadro 5). Los primeros dos periodos, presididos por los Jueces Aguinaco y Góngora, están cerca del promedio total; el tercero, cuando el Juez Azuela se convirtió en Presidente, y el primer año del cuarto periodo, con el Juez Ortiz presidiendo, estuvieron por encima y por debajo del promedio respectivamente. La Corte también se ha vuelto mucho más activa con el tiempo.

Cuadro 5

Votos disidentes por Presidencia

Presidencia	Unanimidad	Disensión	% Disensión	Total
Aguinaco (1995-1998)	97	16	14	113
Góngora (1999-2002)	192	36	16	228
Azuela (2003-2006)	306	90	23	396
Ortiz (2007-2010)	276	19	7	295
Total	871	161	16	1,032

Realizamos versiones unidimensional y bidimensional del modelo, reportando solamente el último porque los Jueces manifestaron diferencias tanto en la dimensión de izquierda-derecha como en la de filosofía judicial. Este supuesto clave del enfoque espacial es que votar “sí” ($y=1$) o “no” ($y=0$) sobre un tema depende de las ubicaciones relativas de los resultados de las políticas públicas respecto del punto ideal en el espacio del Juez j .

Si $A, N \in \mathbf{R}$ (más adelante discutiremos la versión de dos dimensiones) denota los resultados de los votos negativos y positivos en el espacio, respectivamente, es su punto medio $m = (A+N) / 2$ lo que importa para el análisis. El Juez preferirá la alternativa que esté del mismo lado que m como su punto ideal (para una explicación detallada, *cfr.* Rosenthal, 1990). Formalmente, la propensión del voto del Juez j es $y_j^* = x_j - m + \text{error}$, donde x_j es el punto ideal de j y la regla de votación es $y_j = 1$ si y solamente si $y_j^* \geq 0$, de otra forma $y_j = 0$. Multiplicamos la utilidad diferencial por una medida $d \in \mathbf{R}$, dejando la ecuación como $y_j^* = d(x_j - m) + \text{error}$. Una d más grande (en valor absoluto) indica una cuestión más polarizada, un factor que discrimina mejor la ideología de los Jueces. En el otro extremo, donde $d=0$, la utilidad diferencial no juega un papel y la votación está completamente determinada por la alteración aleatoria. Un d negativa invierte los votos aye y nay, dejando que el análisis proceda sin requerir un juicio *a priori* sobre qué voto va hacia la izquierda o hacia la derecha del espacio político.

La extensión bidimensional es directa. El punto ideal de los Jueces j $x_j \in \mathbf{R}^2$ ahora tiene dos coordenadas en el espacio, $x_{j,1}$ y $x_{j,2}$. Lo mismo sucede para las políticas públicas. Lo que ahora importa para la votación es la línea $x_2 = ax_1 + b$ que divide el espacio en dos lados: todos aquellos con puntos ideales en un lado votan a favor, el resto vota en contra. El bisector pasa a través de un punto medio m y es ortogonal a la línea que conecta A y N . Así definido, todos los puntos en un lado son más cercanos a A que a N y por consiguiente votan a favor, el resto vota en contra. La propensión de voto en dos dimensiones se vuelve $y_j^* = d(ax_{j,1} + b - x_{j,2}) + \text{error}$, donde $x_{j,1}$ y $x_{j,2}$ son las coordenadas del punto ideal de j , a y b son parámetros que necesitamos estimar junto con los puntos ideales.

Utilizamos una estimación bayesiana, adecuada para grupos pequeños como Cortes (Martin y Quinn, 2002; Clinton, Jackman y Rivers, 2004). Dimos ubicaciones arbitrarias de partida (previas) a los puntos ideales de cuatro Jueces a fin de dar unidad y sentido a lo que realmente significa “derecha”, “izquierda”, “arriba”, y “abajo” en la escala arbitraria sobre la cual

están mapeados los cálculos de ideología. Los Jueces Góngora y Gudiño estaban localizados en el Sur y en el Norte, respectivamente, anclados en la dimensión vertical; los Jueces Silva y Aguirre estaban situados en los extremos Oeste y al Este, respectivamente, anclados en la dimensión horizontal. La elección de estos extremos fue un ejercicio inductivo donde estuvieron presentes en los cuatro periodos, pero también siempre superando a otros Jueces como posibles extremos en ensayos preliminares del modelo. Aunque sabemos que los cuatro anclajes elegidos son los extremos de las dos dimensiones, necesitamos inferir de los análisis de los casos o de nuestro propio entendimiento de la Corte, qué significa realmente el sentido sustantivo de “vertical” y “horizontal” en términos de política.⁵

Resultados. El punto ideal bidimensional estimado para los cuatro periodos aparece en la gráfica 5. Las gráficas muestran los resultados de votación estimados (puntos sólidos) para todos los Jueces que han trabajado en la Suprema Corte de 1995 al 2007, separados en periodos determinados por las distintas Presidencias de la Corte, junto con un margen de error de 95% por cada resultado de votación (barras horizontales y verticales). Encontramos dos segmentaciones principales que explican la votación de la Suprema Corte, una línea vertical de *interpretativismo-legalismo* y una división horizontal *izquierda-derecha*. El interpretativismo, como lo utilizamos aquí, trata de expandir la jurisdicción de la Suprema Corte de tres maneras (i) invirtiendo el precedente judicial que limita el alcance del Poder Judicial; (ii) expandiendo la jurisdicción de la Corte, involucrando a menudo una interpretación no literal de la Constitución y de la ley; y (iii) decidiendo en contra de una interpretación limitada del proceso legal. Por otro lado, el legalismo apela a la “moderación judicial” y a una interpretación limitada de la jurisdicción de la Corte y de las reglas del proceso. El legalismo también se relaciona con el textualismo o una interpretación literal de la ley (*cf.* Bailey y Maltzmann, 2008).

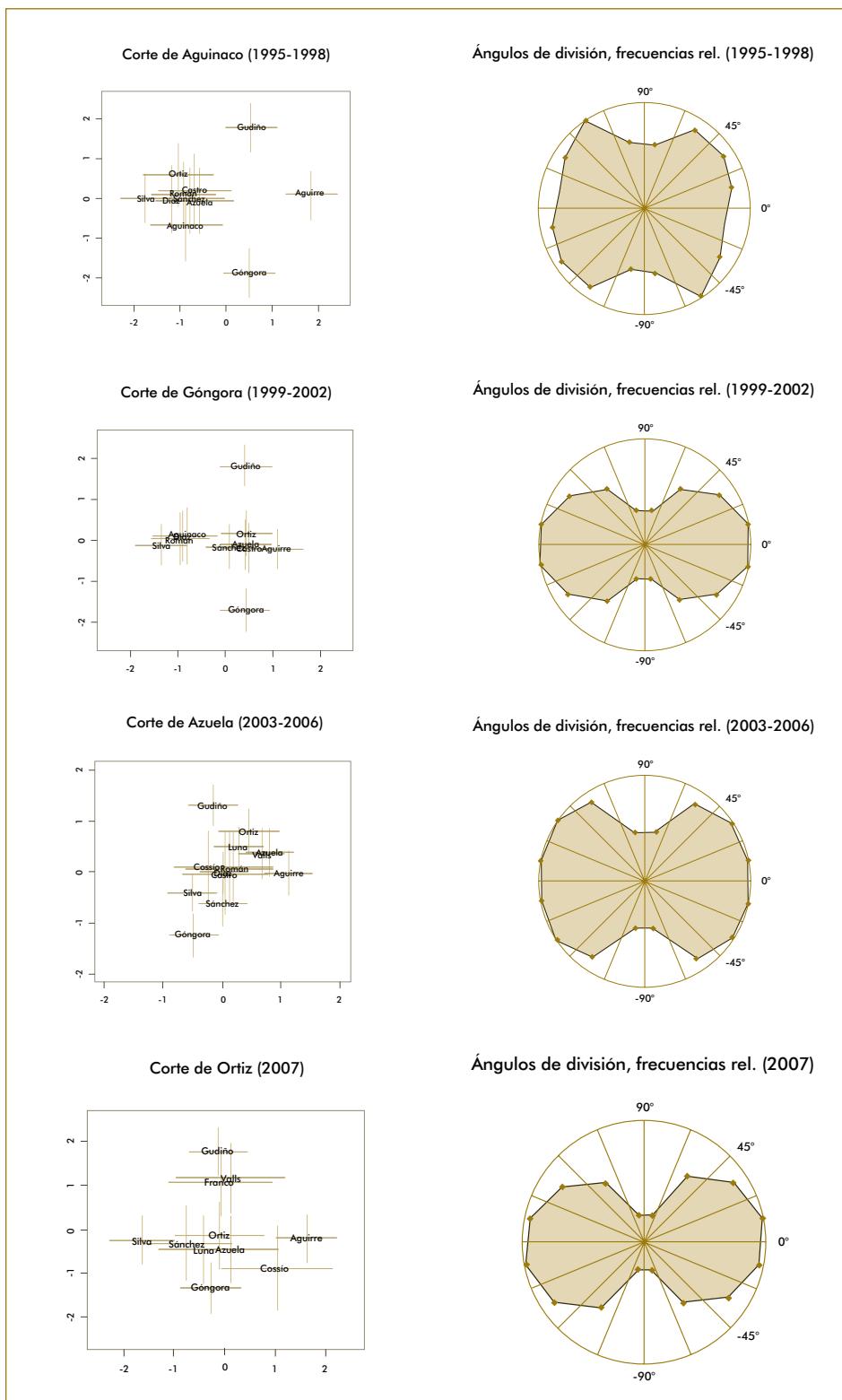
⁵ Formalmente, las hipótesis utilizadas para el cálculo fueron $x_{Gongora} \sim N([0, -2], [.25, .25])$; $x_{Gudiño} \sim N([0, 2], [.25, .25])$; $x_{Silva} \sim N([-2, 0], [.25, .25])$; y $x_{Aguirre} \sim N([2, 0], [.25, .25])$. Los “previos” (*priors*) no informativos fueron asignados a todos los otros parámetros: $x_i \sim N([0, 0], [1, 1])$; $d_i \sim N(0, 4)$; $m_i \sim N(0, 4)$; $a_i \sim \text{unif}(-\infty, \infty)$; and $b_i \sim N(0, 4)$. Tres cadenas fueron actualizadas cien mil veces cada una. Las primeras cincuenta mil exploraciones iniciales para cada cadena fueron descartadas, conservando cada quincuagésima simulación del resto—esto produjo una muestra de $3 \times 1000 = 3000$ simulaciones posteriores. Las *R-hat* de Gelman y Hill se aproximan a 1, insinuando que las cadenas convergieron en un estado estable.

La división izquierda-derecha se refiere a las diferencias clásicas respecto del papel del Estado en la economía que convencionalmente se traduce en el sistema de partidos. Al igual que en el terreno de la política partidista, esperamos encontrar una fuerte correlación entre la izquierda-derecha y el liberalismo-conservadurismo, vinculada con temas sociales tales como el aborto y los derechos de las minorías. Por tanto, una posición de izquierda, como la utilizamos aquí, puede ser definida de una o varias maneras posibles: apoyo a la intervención estatal en la economía así como una estrecha interpretación de los artículos 25, 26 y 27 de la Constitución, es decir a favor del monopolio del Estado (*izquierda económica*) y posicionamiento progresivo sobre temas sociales (*izquierda moral*). Por otro lado, una posición de derecha significa una interpretación más liberal de la Constitución, permitiendo una interpretación más flexible de los artículos 25, 26 y 27, y un enfoque más conservador al análisis de los derechos sociales e individuales. La segmentación izquierda-derecha debería estar particularmente presente después de la alternancia del poder político en el 2000, que como hemos visto trajo diferentes tipos de conflictos a la Suprema Corte (Sánchez, 2008).

Durante el periodo 1995-1998, cuando el Juez Aguinaco fue el Presidente del Tribunal, hubo un bloque sólido de 8 Jueces, como se representa en la gráfica 5. La interpretación más simple de la proximidad en los modelos espaciales es la similitud en la votación. Por tanto, con excepción de los Jueces Gudiño, Góngora y Aguirre, el resto votó de forma parecida la mayoría del tiempo. Las dos dimensiones son muy evidentes en el periodo, y son los votos minoritarios los que lo definen. Los tres Jueces anteriormente mencionados estuvieron en desacuerdo muy a menudo con el bloque mayoritario, pero no votaron juntos de forma sistemática (si no ocuparían posiciones adyacentes en el espacio). Es interesante hacer notar que los tres pertenecían al grupo de los siete Jueces cuyo nombramiento fue negociado por el PAN. Aguirre ocupaba la posición más de derecha en la dimensión izquierda-derecha, y Gudiño y Góngora se encontraban uno al lado del otro en esta dimensión ideológica, pero estaban posicionados en los extremos de la línea de segmentación interpretativista-legalista, Góngora representando al primero de estos y Gudiño al segundo.

Gráfica 5

Punto ideal estimado y ángulos de Corte por Presidencia



El modelo calcula parámetros informativos sobre qué tan a menudo los Jueces votan juntos. Por los supuestos del modelo espacial, cada voto segmenta el espacio en dos campos separados por una línea. La pendiente (a_i) y la constante (b_i) son calculadas junto con las coordenadas del punto ideal. La columna derecha de la gráfica 5 da una idea de los ángulos de las líneas calculadas en el periodo, como lo determina la ulterior distribución de las pendientes. Las gráficas rompen un círculo en ocho grupos de pendientes que se presentan como rebanadas de pastel, y reporta la frecuencia relativa con la cual las pendientes calculadas a partir de la distribución posterior caen en cada una de ellas. Las frecuencias aparecen como un punto dentro de cada rebanada y se leen como un histograma: el borde del círculo corresponde a la frecuencia máxima, por ello todos los otros puntos se reducen radialmente en proporción a la frecuencia relativa de segmentación con ese ángulo específico. La Corte del Juez Aguinaco tuvo segmentaciones en todos los ángulos excepto en los más verticales con más o menos la misma frecuencia. Por implicación, es menos probable que los Jueces Gudiño y Góngora voten juntos (esto requiere líneas de segmentación cercanas a 90° o -90° —casi la mitad de probabilidad de cualquier otro ángulo de segmentación— para ponerlos en el mismo lado). Eran más probables los casos donde Gudiño y Aguirre votaban en contra del resto (segmentaciones en pendiente de alrededor -45°) o Góngora y Aguirre en contra del resto (alrededor de 45°).

Durante el periodo 1999-2000, cuando el Juez Góngora fue el Presidente del Tribunal, el bloque compacto se rompió en dos grupos más o menos diferenciados. En gran medida, la Corte de Góngora puede definirse por su intención de llevar a la Corte hacia un interpretativismo significativamente mayor, con el Juez Gudiño claramente oponiéndose a la expansión de los poderes de la Corte. Los Jueces Azuela, Castro, Ortiz y Sánchez se desplazaron a la derecha de Aguirre en la gráfica, dejando a Aguinaco, Román, y Díaz a la izquierda con Silva. Este cambio define de forma más clara la dimensión izquierda-derecha en la Corte. Las líneas de segmentación tomaron principalmente ángulos horizontales (menos de 45° en valor absoluto), implicando que un lado de la división de izquierda-derecha votó con Góngora

(o Gudiño, invirtiendo la pendiente media) en oposición al otro lado y de Gudiño (o de Góngora). De nuevo, los Jueces Gudiño y Góngora rara vez votaron de la misma manera, como se ve por la poca frecuencia de las líneas de segmentación verticales: la dimensión interpretativista-legalista seguía básicamente definida por la oposición de estos dos Jueces, como en el periodo previo, con el resto de la Corte en el medio.

El periodo 2000-2006 del Juez Azuela coincidió con tres nuevos nombramientos en la Corte: los Jueces Aguinaco, Castro y Román fueron reemplazados por los Jueces Cossío, Luna y Valls. El espacio también parece mucho menos bidimensional que antes, con una distribución más fluida de puntos ideales. Una línea de aproximadamente 45° en el lado izquierdo de la gráfica parece capturar mucha de la variación en las posiciones de los Jueces, exceptuando a Gudiño y Aguirre. Las posiciones en las dimensiones horizontal y vertical de la Corte de Azuela se volvieron muy colineales, Góngora y Ortiz representando los extremos del espectro conjunto —*e.g.* Góngora como el Juez del ala izquierda/interpretativista y Ortiz como el del ala derecha/legalista. Sin embargo, los Jueces Gudiño y Aguirre partieron de este punto pero en direcciones opuestas. Y como en el primer periodo, hubo una distribución relativamente uniforme de los ángulos de segmentación (con la excepción de las categorías más verticales, mucho menos frecuentes que el resto).

El periodo final nos informa sobre el comienzo de la Presidencia de Ortiz en la Corte en el 2007. El espacio, como es evidente en la línea del fondo de la gráfica 5, se volvió nuevamente bidimensional, como en los primeros dos periodos, pero con Jueces esparcidos de forma más uniforme en el espacio que en el tercer periodo. Silva y Aguirre ocupan posiciones opuestas en la dimensión izquierda-derecha, aunque se encuentran lado a lado en la dimensión interpretativista-legalista. Dos bloques significativos pueden ser distinguidos observando un ángulo de 45 grados —Gudiño, Valls, Franco y Aguirre del lado derecho-legalista, y Góngora, Sánchez, Silva y Luna del lado izquierdo-interpretativista. El Juez Cossío se mueve cerca de Aguirre en esta última Corte, aunque vota a menudo con el bloque de Góngora. Ortiz está cerca del punto medio en ambas dimensiones.

5. EJEMPLOS DE LAS DIMENSIONES DE LA CORTE EN CASOS ESPECÍFICOS

Esta última sección ilustra la discusión sobre las segmentaciones de la Corte y el significado del espacio bidimensional al estudiar un subconjunto de resoluciones. Seleccionamos casos que reflejan el razonamiento legal a fin de esclarecer el significado de las filosofías judiciales y de la división política de izquierda y derecha.

(a) Interpretativistas y Legalistas. Empezamos discutiendo el famoso caso *Temixco* (1999) como una ilustración de la segmentación del interpretativismo-legalismo y de por qué afirmamos que el Juez Góngora es consistentemente el más interpretativista. La Corte estaba resolviendo una demanda interpuesta por el gobierno municipal de Temixco que impugnaba los procedimientos adoptados por la Legislatura del Estado de Morelos para resolver un conflicto de límites entre las municipalidades de Temixco y Cuernavaca.

En este caso la Corte declaró, por primera vez, la constitucionalidad de su poder para examinar los procedimientos seguidos por la Legislatura local mientras resolvía el conflicto de límites. El Juez Góngora afirmó que "... las controversias constitucionales fueron establecidas como un medio para proteger las esferas de competencia de los distintos poderes cuyo objetivo final es conseguir el bienestar de la gente, y por lo tanto, sería en contra del mencionado objetivo, y en contra del fortalecimiento del federalismo, negar el poder de controlar esas violaciones sobre la base de interpretaciones técnicas...". Esta nueva definición del alcance de las controversias constitucionales resultó en la expansión del poder de la Corte para ejercer control constitucional sobre las violaciones al debido proceso (sustantivo y procedimental) lo que significa que una impresionante variedad de casos ahora podían ser sujeto de control por la Corte.

Sin embargo, el éxito del Juez Góngora al alcanzar la mayoría en *Temixco* fue el resultado de una serie de precedentes redefiniendo el ámbito de las

controversias constitucionales.⁶ Originalmente, las controversias constitucionales estuvieron limitadas a resolver invasiones entre las distintas ramas y niveles del gobierno;⁷ pero posteriormente la Corte expandió el ámbito de las controversias constitucionales para incluir también violaciones directas a la Constitución.⁸ Más tarde, la Corte cambió el ámbito de control nuevamente para incluir el control sobre las violaciones indirectas a la Constitución —*i.e.*, violaciones a las Constituciones estatales “fundamentalmente relacionadas” con la Constitución Federal.⁹ Finalmente, el ámbito de las controversias constitucionales fue expandido para abarcar cualquier violación a la Constitución, fundamentalmente relacionadas o no, basándose en el principio de supremacía constitucional (*Temixco*, 1999).

Los Jueces Gudiño y Ortiz fueron la minoría disidente en *Temixco* pero discreparon por distintas razones. El Juez Gudiño estuvo en desacuerdo con la mayoría porque “no compartía la opinión de la mayoría de lo que significa interpretar la Constitución y cuáles son los límites de tal poder”. En su opinión, “la resolución aprobada por la mayoría asume que la interpretación de la Constitución no tiene límites, o que si existen pueden simplemente ser ignorados”.¹⁰ El Juez Ortiz discrepó con el procedimiento del caso.

Otro ejemplo reciente del debate entre los bloques interpretativista y legalista es *Nuevo León* (2006). El caso es importante porque la Corte tenía que decidir si un tribunal administrativo tenía facultades en las controversias constitucionales. Los argumentos utilizados por el bloque legalista en este caso, se parecían inevitablemente a la interpretación previa de la Corte

⁶ Para un análisis más detallado de la evolución (no lineal) del criterio de la Suprema Corte *cfr.* el voto disidente de Cossío en la controversia constitucional 18/2003.

⁷ “Controversia constitucional. La tutela jurídica de esta acción es la protección del ámbito de atribuciones que la Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado.” *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*, 1998.

⁸ “Controversias constitucionales entre un Estado y uno de sus municipios. A la Suprema Corte sólo compete conocer de las que se planteen con motivo de violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal.” Suprema Corte mexicana. *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*. 2000.

⁹ “Controversia constitucional. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución siempre que estén vinculados de modo fundamental con el acto o ley reclamados.” *Semanario Judicial de la Federación. Novena Época*. 1997.

¹⁰ Voto disidente del Juez Gudiño sobre *Temixco* (1999).

en el *Amparo Mexicali* (1991). Antes de la reforma de 1994, la Suprema Corte negó la ayuda a virtualmente todas las municipalidades en el país. La manera de hacer esto fue al interpretar estrictamente quién era un “poder” en el artículo 105 de la Constitución.¹¹ En ese tiempo, el artículo 105 estipulaba que la Suprema Corte tenía jurisdicción para resolver conflictos “entre dos o más Estados, entre los *poderes* de un Estado, y conflictos donde la Federación es parte.” De 1917 a 1991, la interpretación de la Suprema Corte fue que en vista de que las municipalidades no eran un “poder”, carecían de facultades para entablar una controversia constitucional. Una cuestión permaneció sin respuesta: si las municipalidades no eran un “poder” ¿qué eran entonces? La Corte no respondió esta pregunta ni ofreció alguna alternativa que supusiera una ayuda a los gobiernos municipales, desestimando todas las controversias constitucionales interpuestas por las municipalidades durante esos años.

En *Nuevo León* (2006), la Suprema Corte del Estado presentó una controversia constitucional en contra de la Corte administrativa del Estado. El asunto consistía en determinar si la Corte administrativa tenía jurisdicción para anular una decisión tomada por el Consejo de la Judicatura del Estado. Sin embargo, la Suprema Corte tenía que determinar primero si la Corte administrativa tenía facultades para ser parte en las controversias constitucionales. Una mayoría de Jueces, encabezada por el Juez Valls, interpretó que la Corte administrativa no era un “poder” y en consecuencia carecía de facultades para ser parte en una controversia constitucional. De acuerdo con la mayoría (Gudiño, Franco, Ortiz, Aguirre, Azuela, Luna y Valls), el único posible acusado en la controversia constitucional era el gobierno del Estado. La mayoría argumentó que a menos de que el caso fuera declarado un conflicto entre el gobernador y el Poder Judicial del Estado, la Suprema Corte debía desestimar el caso porque la Corte administrativa no es un “poder”.

¹¹ Recordemos que el artículo 105 es la disposición que regula el poder de la Suprema Corte para resolver controversias y acciones constitucionales.

La minoría disidente (Juez Cossío y Juez Góngora), por el otro lado, sostuvo que la Corte administrativa tenía facultades para ser parte en las controversias constitucionales. Como lo explicaron, las Cortes administrativas son tribunales que se especializan en temas administrativos, en especial conflictos respecto del ejercicio del poder público. Debido a su naturaleza, las Cortes administrativas son consideradas órganos separados del Poder Judicial pero también de las otras ramas del gobierno. Para la minoría, si la Corte reconocía que el gobernador tenía facultades como acusado, habría negado a las Cortes administrativas, y cualquier otra entidad autónoma de hecho (como el Instituto Federal Electoral), su independencia del Poder Ejecutivo. Además, la Corte estaría *de facto* privando a todas las entidades administrativas de cualquier protección constitucional. Finalmente, los Jueces Silva y Sánchez, los votantes claves, se unieron a la mayoría al considerar que la Corte administrativa carecía de facultades y el caso fue desestimado.¹²

Nuevo León no solamente sirvió para confirmar la existencia y significado de la línea divisoria interpretativista-legalista sino además nos permite mostrar cómo las posiciones de los Jueces en esta segmentación tienen implicaciones importantes respecto de la autonomía de las agencias administrativas y de las Cortes especializadas. Aquellos que defienden el legalismo, como es claro en este caso, también apoyan una interpretación estrecha de la separación de poderes y mayores límites en el rango de acción de la Suprema Corte en estos asuntos.

(b) La División Izquierda-Derecha y la decisión sobre la generación de electricidad. Analizamos el famoso caso sobre la generación de electricidad para ilustrar la segmentación ideológica de izquierda-derecha en la Corte mexicana. En 1992 el Presidente Salinas reformó la Ley de Electricidad para permitir la inversión privada en la generación de la energía eléctrica.

¹² Las razones de cada Juez para unirse a la mayoría fueron distintas. El Juez Silva finalmente estuvo de acuerdo con la mayoría al considerar que la Corte administrativa carecía de facultades para actuar por sí sola. Sin embargo, la Juez Sánchez emitió un voto más pragmático. Antes de unirse a la mayoría justificó su voto explicando que prefería tener al gobierno como acusado que ver el caso desestimado. Transcripción de la sesión del 21 de agosto del 2007.

La reforma estipulaba que la energía producida por la cogeneración, auto-suministro, productores independientes de energía, pequeña producción de energía, así como algunas exportaciones e importaciones por proveedores autorizados, no estarían sujetos a la prohibición de participación privada fundada en el artículo 27 de la Constitución mexicana. La nueva Ley de Electricidad también indica que el Poder Ejecutivo, a través de regulaciones, establecería las cantidades permitidas de energía que los productores privados podían vender a la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

Un año después de que la Ley de Electricidad fuera reformada, el Presidente Salinas (PRI) promulgó su primer reglamento sobre electricidad. Hasta la fecha, la regulación ha sido reformada tres veces. La primera, en mayo de 1994, cuando el Presidente Salinas estableció los límites del excedente de energía que los productores privados podían vender a la CFE. La segunda, en julio de 1997, cuando el Presidente Zedillo (PRI) reformó el reglamento para otorgar a los inversores mayor flexibilidad para participar en los procesos de oferta de capacidad y energía asociada. Finalmente, en mayo de 2001, cuando el Presidente Fox (PAN) intentó establecer nuevos límites al excedente que los productores privados podían vender a la CFE.¹³ Como es lógico, aunque las tres reformas fueron un ejercicio parecido del poder presidencial para crear leyes, ninguna de las reformas aprobadas durante los años fue impugnada. Solamente después de la elección del 2000 comenzaron los conflictos sobre el uso del poder presidencial en la creación de leyes.

Liderado por los partidos de oposición (PRI-PRD) en ambas cámaras, el Congreso presentó una controversia constitucional en contra de la reforma

¹³ La reforma consta principalmente de tres modificaciones. En primer lugar, un incremento hasta de 20MW para el autosuministro de los proveedores autorizados con una capacidad instalada de 40MW; hasta el cincuenta por ciento de su capacidad para el autosuministro de los proveedores autorizados con una capacidad instalada de 40MW; y hasta el cien por ciento de la capacidad excedente de los cogeneradores. En segundo lugar, la reforma autorizaba que la Secretaría de Energía modificara el porcentaje de energía que debía comprarse a los cogeneradores y a los autoabastecedores. Finalmente, la nueva ley autorizaba a la CFE a comprar el excedente de energía de los proveedores autorizados sin tener que pasar por un concurso.

de Fox (*Electricidad*, 2001) en julio del 2001. Esta controversia constitucional fue el primer caso donde la Suprema Corte tuvo que aceptar resolver un conflicto entre el Ejecutivo y ambas Cámaras del Congreso. Éste impugnó la legalidad de la regulación basándose en que, si bien la Ley de Electricidad no establecía ningún límite explícito a las cantidades que los co-generadores y proveedores autorizados de autosuministro pueden vender a la CFE, la ley siempre pretendió mantener la venta del excedente de energía de los inversores privados como una “excepción” respecto del derecho exclusivo del Estado de proporcionar electricidad, y no como un camino indirecto para abrir el sector eléctrico a la inversión privada.

La respuesta del Presidente fue que la Ley de Electricidad no establecía ningún límite a las cantidades de excedentes de energía que los inversores privados podían vender a la CFE. Mejor dicho, explícitamente estipulaba que el Presidente era el encargado de determinar los límites de dicha cantidad a través de reglamentos. Por tanto, si la regulación no caía fuera del ámbito de la legislación, actualizar las cantidades ya establecidas en la regulación no era una violación del Poder Legislativo.

Cuando la Corte resolvía el caso de la *Electricidad* (2001) tuvo que determinar la validez de la regulación respecto del propósito legislativo —*i.e.*, contrastarlo con la Ley de Electricidad. Sin embargo, una segunda interpretación fue promovida por los Jueces Góngora, Azuela, Ortiz y Díaz que consideraron que la Corte debía declarar la inconstitucionalidad de la regulación, no porque violaba el propósito legislativo, sino porque violaba los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, que explícitamente prohibían *cualquier* participación privada en el sector de la energía.

Al contrastar la regulación con la Ley de Electricidad, 4 de 11 Jueces votaron a favor de la regulación presidencial: Aguirre, Gudiño, Aguinaco y Sánchez. Como explicó el Juez Aguirre, la creciente participación de la inversión privada en el sector eléctrico no era algo nuevo, es un proceso que comenzó desde 1992 y fue apoyado por otros actos legislativos como la Ley

de la Comisión Reguladora de Energía y el TLCAN. De acuerdo con la minoría, la referencia explícita en la Ley de Electricidad a la facultad del Ejecutivo para establecer límites a las cantidades que la CFE podía comprar a los generadores privados, reflejaba el propósito legislativo al momento de adoptar la ley. Si la Legislatura en funciones tenía una intención diferente podía “desdelegar” la facultad al Poder Ejecutivo, reformando la Ley de Electricidad. Los restante siete Jueces, encabezados por el Juez Silva, quien estaba encargado de redactar el proyecto de sentencia, consideraron que “si confirmamos la constitucionalidad de la regulación, en la práctica ésta permitirá la privatización de un sector estratégico del país”¹⁴ Como se explicó anteriormente, las decisiones de la Corte sobre controversias de separación de poderes solamente pueden tener efectos generales cuando son votadas por una mayoría de ocho votos. Con el objetivo de alcanzar la mayoría requerida, dos días después de la votación inicial, la Juez Sánchez modificó su voto, de estar a favor del Presidente sobre bases estatutarias, a estar contra él al comparar la regulación con la interpretación literal de la Constitución.

Aunque el Congreso reclamaba una violación del principio de subordinación jerárquica en la controversia sobre la generación de electricidad, los Jueces Góngora, Azuela, Ortiz y Díaz consideraron que la “demanda efectiva” solicitada por el Congreso consistía en la oposición entre la regulación del Presidente y los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución. El tecnicismo legal para hacer esto era a través de *la suplencia de la deficiencia de la queja*.¹⁵

Tanto en las controversias como en las acciones constitucionales existe el concepto de “deficiencia de la queja”. Sin embargo, en las controversias constitucionales la Corte está limitada a corregir la “deficiencia de la queja”

¹⁴ Transcrito de la sesión del 25 de abril del 2002.

¹⁵ En el recurso de amparo, la “deficiencia de la queja” es un concepto muy desarrollado. Significa esencialmente que si un Juez se percata de que la acción del demandado está “incompleta” o es “deficiente”, puede “corregir” la demanda para asegurar que la equidad y justicia se conserven en el proceso. Las áreas más comunes del *amparo* donde se aplica este concepto son la ley del trabajo, donde sólo opera a favor de los trabajadores, y en la ley agraria, donde sólo opera a favor de la parte menos privilegiada, es decir los campesinos

mientras que en las acciones constitucionales la Corte tiene un poder mucho más amplio y puede decidir “sobre la violación de *cualquier* artículo de la Constitución”, que haya sido o no demandada por las partes.¹⁶ En el caso de *Electricidad*, la Suprema Corte aplicó un principio más cercano a las acciones constitucionales, que consiste en ejercer un control abstracto de la constitucionalidad de las normas generales, en lugar del enfoque más limitado de las controversias constitucionales como *Electricidad*, donde la Corte decide un conflicto concreto.

Cuando la mayoría de la Corte decidió que la regulación del Presidente Fox violaba el derecho exclusivo del Estado de proveer de electricidad, no solamente juzgó inconstitucional la regulación, sino que de manera más significativa también cuestionó la validez de la Ley de Electricidad aprobada por el Congreso (base legal para todos los contratos firmado con el sector privado durante los últimos 16 años).

El caso sobre la generación de *Electricidad* destaca la doble dimensión del espacio político dentro de la Corte mexicana. Los Jueces que votaron en contra de la regulación de la Ley de Electricidad no solamente votaron a favor de expandir el papel del Estado *vs.* el sector privado en la generación de electricidad. Esto Jueces también votaron a favor de una expansión del Poder Legislativo de la Corte sobre las otras ramas del gobierno. Para expandir los poderes de Corte se involucraron en una interpretación directa de la Constitución que los llevó a revisar la constitucionalidad de una ley que no había sido impugnada. El Juez Góngora, situado sistemáticamente en nuestros mapas en el cuadrante inferior/izquierdo personifica claramente la visión de una Corte más interpretativista/izquierdista. El Juez Gudiño sistemáticamente difiere de esta visión sobre la base del legalismo, y el Juez Aguirre sobre la base de la ideología. Por tanto, ambos votaron en contra de la decisión del caso sobre la *Electricidad*.

¹⁶ Los artículos 40 y 71 de la *ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*.

6. OBSERVACIONES FINALES

Este capítulo examina la expansión del poder de la Suprema Corte para crear políticas públicas desde 1994, cuando una reforma constitucional convirtió a la Corte en un tribunal constitucional. El análisis de las decisiones de las controversias y acciones constitucionales en el periodo ha ofrecido una visión integral de la actividad reciente de la Corte como árbitro en el sistema de pesos y contrapesos y entre los niveles de la disposición federal. El capítulo se desarrolla en la idea de los modelos de separación de poderes según los cuales la Suprema Corte nunca actúa en contra de los intereses de las ramas Ejecutiva y Legislativa simultáneamente, porque de lo contrario la decisión probablemente será anulada y/o los Jueces sancionados. La Corte sólo puede usar la interpretación legal como una herramienta de influencia política cuando las ramas electas tienen preferencias polarizadas y la Corte está ubicada en el centro.

A pesar del surgimiento de un gobierno dividido desde 1997, las condiciones para que la Corte tuviera influencia aparecieron hasta el triunfo del PAN en las elecciones presidenciales del 2000, trayendo suficiente fragmentación del poder político y de la polarización ideológica entre las ramas del gobierno. La regresión multivariada confirmó que la probabilidad de que la Corte declarara inconstitucional una ley aumentó significativamente después del 2000, pero sólo en el tipo de resoluciones (acciones constitucionales) con más probabilidad de involucrar conflictos ideológicos sustantivos. En las resoluciones de otro tipo (controversias constitucionales), principalmente utilizadas para resolver conflictos federales, la Corte mostró una marcada propensión a apoyar al PRI, el partido que puso en marcha el nuevo sistema judicial y que también controla la mayoría de unidades a nivel subnacional. Este patrón no ha cambiado desde el 2000.

Los modelos de separación de Poderes consideran a los Jueces legisladores en toga. Mientras que este reduccionismo ha ofrecido fuertes intuiciones sobre los determinantes políticos del comportamiento judicial, el modelo

tiene el inconveniente de no capturar la dimensión crucial de las filosofías judiciales. Es decir, los Jueces no son diferentes entre sí simplemente porque la ideología política predispone sus acciones; también difieren en su visión del papel que la Suprema Corte debe jugar en el sistema de separación de poderes.

Si vamos más allá de un modelo formal que incorpora esta segunda dimensión de la acción de la Corte, el capítulo también explora esta visión más completa de la política de la Corte al analizar los registros de los votos de los Jueces para proporcionar estimaciones de sus puntos ideales y confirmar si el espacio es en realidad bidimensional. El método revela que, cuando las opiniones de los Jueces se dividen, en realidad se fraccionan en dos dimensiones. Los casos estudiados confirmaron que la primera dimensión de segmentación es la división estándar de izquierda-derecha de la política normal, y el segundo corresponde al legalismo *vs.* interpretativismo.

Con el aumento de la fragmentación política en 1997, pero especialmente después del 2000, nuestros resultados demuestran que los Jueces han cambiado de lugar a lo largo de las dimensiones de la política judicial. El bloque compacto de ocho miembros ubicados a la izquierda del espectro en los primeros años (1995-1998) reveló subdivisiones a lo largo de las dos dimensiones.

Nuestros resultados econométricos y los análisis de decisiones representativas de la Corte sugieren la importancia de modelar las Cortes bajo este supuesto más realista del espacio de dos dimensiones. Los Jueces no sólo se dividen entre la segmentación de la ideología prevaleciente en la organización política que de forma más convencional divide ciudadanos, partidos políticos, y por tanto a las otras ramas del gobierno a lo largo de la línea izquierda-derecha, sino que también difieren respecto de la filosofía judicial o formas de interpretación legal que define los límites de las capacidades de la Corte para crear leyes. Incorporar esta segunda línea de división entre lo que hemos denominado legalistas *vs.* interpretativistas dentro de

los modelos formales de la Corte es importante para entender la gama completa de acciones políticas de ésta dentro del sistema de pesos y contrapesos, e incluso el surgimiento de posibles conflictos con otras ramas del gobierno. Sugerimos que un problema que confrontan los políticos es que la filosofía judicial de interpretación que probablemente prevalece puede ser inexacta, especialmente cuando las Cortes están recién creadas o en momentos de realineación cuando el espacio para los poderes de la Corte probablemente es expandido por primera vez o de formas que no fueron anticipadas previamente.

REFERENCIAS

- Bailey, Michael A. y Maltzman, Forrest. 2008. "Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court", *APSR* 102: 369-84.
- Bednar, Jenna, William Eskridge y John Ferejohn. 2001. "A Political Theory of Federalism", en *Constitutional Culture and Democratic*, eds. John Ferejohn, Jack N. Rakove y Jonathan Riley,. Rule Cambridge: Cambridge University Press.
- Carbonell Sánchez, Miguel. 1996. "Observaciones en Torno a la Facultad del Ejecutivo Federal para Dictar Reglamentos y sus Límites", *ABZ Información y Análisis Jurídicos*, vol. 23: 11-3.
- Carpizo, Jorge. 1978. *El presidencialismo Mexicano*, México, D.F.: Siglo XXI.
- Casar, María Amparo. 2002. "Executive-Legislative Relations: The Case of Mexico (1946-1997)", en *Legislative Politics in Latin America*, eds. Benito Nacif y Scott Morgenstern, New York: Cambridge University Press.
- Clinton, Joshua y Jackman, Simon y Rivers, Douglas. 2004. "Statistical Analysis of Roll Call Data", *APSR* 98:355-70.
- Cosío Villegas, Daniel. 1978. *El Sistema Político Mexicano*, México, D.F.: Cuadernos de Joaquín Mortiz.
- Cossío, José Ramón. 2000. "Comentario al Artículo 105 Constitucional", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, coord. Miguel Carbonell, México, Porrúa/UNAM

_____. 2001. "La Suprema Corte y la teoría constitucional", en *Política y Gobierno* 8(1).

Diario de Debates del Senado de la República. Enero, 1995: 195-240.

Domingo, Pilar. 2000. "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies*, no. 32.

Downs, Anthony. 1957. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper & Collins.

Enelow, James M. y Melvin J. Hinich (eds.). 1990. *Advances in the Spatial Theory of Voting*. New York: Cambridge University Press.

Epstein, Lee y Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington, D.C.: CQ Press.

Epstein, Lee, Jack Knight y Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* 35(1).

Eskridge William N. 1991. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", *Yale Law Journal* 101: 331-417.

Estévez, Federico y Magar, Eric y Rosas, Guillermo. 2008. "Partisanship in Non-Partisan Electoral Agencies and Democratic Compliance: Evidence from Mexico's Federal Electoral Institute", *Electoral Studies* 27: 257-271.

Ferejohn, John y Kramer, Larry. 2002. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", *New York University Law Review*, vol. 77 (octubre), 962-1038.

- Ferejohn, John, y Barry Weingast. 1992. "A Positive Theory of Statutory Interpretation", *International Review of Law and Economics* No. 12.
- Ferejohn, John, Bednar, Jenna y Eskridge, William. 2001. "A Political Theory of Federalism", en *Constitutions and Constitutionalism*, eds. Ferejohn, Rakove, Riley, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferejohn, John. 1998. "Dynamics of Judicial Independence: Independent Judges, Dependent Judiciary". Mimeo.
- _____. 1999. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", *Southern California Law Review*, vol. 72: 353-384.
- Finkel, Jodi S. 2008. *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru and Mexico in the 1990s.*, University of Notre Dame Press.
- Gates, John B. 1987. "Partisan Realignment, Unconstitutional State Policies, and the U.S. Supreme Court, 1837-1964", *American Journal of Political Science* 31(2).
- Geddes, Barbara. 1994. *Politician's Dilemma: Building State Capacity in Latin America*, Berkeley: University of California Press.
- Gelman, Andrew y Hill, Jennifer. 2007. *Data Analysis Using Regression and Multilevel/Hierarchical Models*, Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases.*, Cambridge: Cambridge University Press.
- González Compeán, Miguel y Peter Bauer. 2002. *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena.

- Helmke, Gretchen. 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Democracy and Dictatorship", *American Political Science Review* 96(2).
- Iaryczower, Matías, Pablo Spiller, y Mariano Tommasi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science* 46(4).
- Keck, Thomas. 2002. "Activism and Restraint on the Rehnquist Court: Timing, Sequence, and Conjuncture in Constitutional Development", *Polity* 35(1).
- Landers, William M y Posner, Richard A. 1975. "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law & Economics* 18(3): 875-901.
- Londregan, John B. 2000. *Legislative Institutions and Ideology in Chile's Democratic Transition*, New York: Cambridge University Press.
- Magaloni, Beatriz y Sánchez, Arianna. 2001. "Empowering Courts as Constitutional Veto Players: Presidential Delegation and the New Mexican Supreme Court." Presentado en la Asociación Americana de Ciencia Política, San Francisco.
- . 2006. "An Authoritarian Enclave: The Supreme Court in Mexico's Emerging Democracy." Presentado en la Asociación Americana de Ciencia Política, Philadelphia.
- . 2007. "From a Dictatorial Political Order to a Constitutional One: The New Mexican Supreme Court." Manuscrito sin publicar.
- Magaloni, Beatriz. 2003. "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", en

Democratic Accountability in Latin America, eds. Scott Mainwaring y Christopher Welna, New York: Oxford University Press.

———. 2006. *Voting for Autocracy: hegemonic party survival and its demise in Mexico*, Cambridge: Cambridge University Press.

Magaloni, Ana Laura. 2007. “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?”. Documento de Trabajo, Centro de Investigación y Docencia Económica, Mexico, D.F.

Magaloni, Ana Laura y Ana María Ibarra Olguín “La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una “defensa adecuada”. Documento de Trabajo, Centro de Investigación y Docencia Económica, Mexico, D.F.

Martin, Andrew D. y Quinn, Kevin M. 2002. “Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court”, *Political Analysis*, vol. 10: 134-153.

McCubbins, Mathew D., Roger G. Noll, y Barry Weingast. 1987. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”, *Journal of Law, Economics and Organizations* 3(2):243-277.

———. 1989. “Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies”, *Virginia Law Review* 75: 31-482.

McCubbins, Mathew D. 1997. “Abdication or Delegation? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma.” Inédito.

McCubbins, Mathew D., y Thomas, Schwartz. 1984. “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms”, *American Journal of Political Science* 28:167-179.

- Moustafa, Tamir. 2008. "Law and Resistance in Authoritarian States: The Egyptian Case", en *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, eds. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa (eds.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Pablo T. Spiller y Rafael Gely. 1990. *Congressional Control or Judicial Independence: The Determinants of U.S. Supreme Court Labor Relations Decisions, 1949-1988*, University of Chicago - George G. Stigler Center for Study of Economy and State 64.
- Poole, Keith T. y Rosenthal, Howard. 1997. *Congress: A Political-Economic History of Roll Call Voting*, New York: Oxford University Press.
- Ramseyer, J Mark, 1994. "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*, 23(2): 721-47.
- Ríos Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society* 49(1).
- Rosenthal, Howard. 1990. "The Setter Model", en *Advances in the Spatial Theory of Voting*, eds. Enelow, James M. y Hinich, Melvin J., Cambridge: Cambridge University Press.
- Sánchez, Arianna. 2003. "Congress, the Presidential Rulemaking Power and the Mexican Supreme Court: A Failed Attempt at Electricity Reform", M.A. Thesis, Stanford Law School.
- _____. 2008. "Beyond Legalism: The Mexican Supreme Court in the Democratic Era." Ph.D. Dissertation, Stanford Law School.
- Segal, Jeffrey y Harold J. Spaeth. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York: Cambridge University Press.

- Segal, Jeffrey A. 1990. "Supreme Court Support for the Solicitor General: the Effect of Presidential Appointments", *Political Research Quarterly* 43(1).
- Shapiro, Martin y Alec Stone. 2002. *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press.
- Smithey, Shannon. 1999. "Strategic Assertions of Judicial Authority." Presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, Ill.
- Staton, Jeffrey. 2004. "When Judges Go Public: The Selective Promotion of Case Results on the Mexican Supreme Court", Florida State University. Manuscrito.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2000. *Historia Legislativa y Parlamentaria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, PJF.
- Vanberg, Georg. 2000. "Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers", *Comparative Politics* 32: 333-353. CUNY.
- Weingast, Barry. 1997. "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law", *American Political Science Review*,. vol. 91: 245-63.
- Weldon, Jeffrey. 1997. "The Political Sources of Presidentialism in Mexico". En *Presidentialism and Democracy in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Matthew Shugart, New York: Cambridge University Press.

Capítulo 8

*Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina**

*Rebeca Bill Chávez***

*John A. Ferejohn****

*Barry R. Weingast*****

*Queremos agradecer a Catalina Smulovitz y a los otros colaboradores de este libro por sus útiles comentarios al presente capítulo.

** Profesora en la Academia Naval de Estados Unidos. Es doctora en ciencia política en la Universidad de Stanford. Es autora del libro *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina* (Stanford University Press, 2004) y de varios artículos sobre Estado de derecho y política comparada que han aparecido en *Comparative Politics*, *Journal of Latin American Studies*, *Latin American Politics and Society*, y *Latin American Essays*.

*** Profesor en los Departamentos de Ciencia Política y Derecho en la Universidad de Nueva York. Es miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias, así como de la Academia Nacional de Ciencias. Sus áreas primarias de interés incluyen la teoría política positiva, el estudio de instituciones y del comportamiento político y legal. Es editor, con Jack Rakove y Jonathan Riley de *Constitutional Culture and Democratic Rule* (Cambridge University Press, 2001). Sus numerosos artículos han sido publicados en prestigiosas revistas, entre las que se encuentran *American Political Science Review*, *Journal of Philosophy*, *International Review of Law and Economics*, *American Journal of Political Science*, *New York University Law Review*, *Duke Law Journal* y *Cornell Law Review*.

**** Ward C. Krebs Family Professor en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Stanford y Senior Fellow en la Hoover Institution. El profesor Weingast tiene un doctorado en economía por el California Institute of Technology. Sus áreas de investigación incluyen la economía política, la nueva economía de la organización y las instituciones, regulación e interpretación de instituciones legales, legislativas y constitucionales según la teoría de la elección racional. Es miembro de la American Academy of Arts and Science desde 1996. Autor y editor de varios libros y sus numerosos artículos académicos han sido publicados en las mejores revistas de la disciplina.

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo especifica las condiciones institucionales para la autonomía judicial. Se plantea la pregunta: ¿Cuándo es que los Jueces actúan de forma independiente respecto de los funcionarios electos? Aunque los académicos están de acuerdo en que la autonomía judicial es una condición esencial para el imperio de la ley en los sistemas presidenciales, no existe un consenso sobre las circunstancias en las que tiene lugar. Argumentamos que cuando las ramas ejecutiva y legislativa se unen en contra de las Cortes, éstas tienen pocos recursos para defender un desempeño independiente, que incluye arbitrar los conflictos entre las distintas ramas y hacer valer los derechos. En contraste, cuando surgen desacuerdos significativos y sostenidos en contra de los funcionarios electos —como los que suceden en los gobiernos divididos— los Jueces tienen la habilidad de impugnar la actuación del Estado y mantener un desempeño independiente, sin miedo del castigo político.¹

¹ Bednar, Eskridge, y Ferejohn (2001) presentan una teoría relacionada de las condiciones para los convenios federales estables. Debido a que los Jueces a menudo juegan un papel preservando el federalismo, no debe sorprendernos que factores similares subrayen la estabilidad de los convenios federales y de un Poder Judicial independiente.

Intentamos demostrar que una postura nacional sobre el contínuum de la autonomía judicial no depende sólo de las garantías de “papel” que establecen la duración de por vida en el cargo (o algún otro periodo de larga duración), o de las protecciones en contra de la reducción de salario. Las prácticas informales, que permiten a los funcionarios electos controlar a las Cortes, a menudo eclipsan las garantías formales (constitucionales) de independencia judicial. Las prácticas subconstitucionales institucionalizadas pueden moldear la estructura de incentivos que enfrentan los Jueces, de modo que sea improbable que se opongan a la política del gobierno. Estas prácticas subconstitucionales pueden consistir en retener los fondos del Poder Judicial, imponer limitaciones a la jurisdicción de las Cortes, o medidas más drásticas como despedir Jueces y una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales. El gobierno unificado permite al Presidente y al Congreso emplear estas prácticas o amenazar con hacerlo con el objetivo de subordinar las Cortes a sus propósitos.²

Para simplificar, utilizamos el término gobierno “unificado” cuando las ramas políticas tienen en gran medida preferencias políticas similares y el término “dividido” cuando esta condición no existe. El gobierno unificado tiene lugar cuando las ramas legislativa y ejecutiva están controladas por un partido mayoritario relativamente homogéneo, que es el caso típico pero no es, de ninguna manera, una condición necesaria para el control unificado. Las instancias del gobierno dividido o, tal vez de forma más descriptiva, la fragmentación política, pueden surgir de distintas formas. Una manera es la división habitual de control de las ramas ejecutiva y legislativa por partidos o coaliciones ideológicamente distintos. Otra forma ocurre cuando un partido mayoritario controla las ramas políticas, pero la mayoría es ideológicamente heterogénea. La fragmentación también puede ser mantenida constitucionalmente a través del requerimiento de mayorías especiales para cierto tipo de legislación, como las reformas constitucionales. En vista de que sólo consideramos dos casos empíricos en este capítulo, no analizamos estos modos alternativos de fragmentación política de forma sistemática.

² Cfr. Chávez (2004) para una discusión a fondo sobre la relación entre las prácticas informales y la autonomía judicial.

Este capítulo se desarrolla de la siguiente forma. Comenzamos desarrollando nuestra teoría del Poder Judicial independiente. En las siguientes dos secciones, proporcionamos apoyo a nuestra tesis al examinar el desarrollo del Poder Judicial independiente en los Estados Unidos y Argentina. En ambos casos, nuestro enfoque proporciona explicaciones de los altibajos que sufrió la autonomía judicial. Presentamos nuestras conclusiones en la última sección.

2. UN MODELO ESPACIAL DE LA INDEPENDENCIA DE LA SUPREMA CORTE Y LOS JUEGOS SECUENCIALES SUBYACENTES

La teoría espacial de la independencia de la Suprema Corte explica claramente por qué determinados presidentes son capaces de someter al Poder Judicial. La teoría espacial indica que el control unificado del partido de las ramas ejecutiva y legislativa dificulta la independencia judicial en los sistemas presidenciales. El gobierno unificado bajo un único partido dominante puede despojar al Poder Judicial de su autonomía y por tanto, de su capacidad para actuar como un control de las otras ramas del gobierno. Cuando el partido del Presidente controla una mayoría en el Congreso, las ramas ejecutiva y legislativa juntas pueden anular las decisiones de la Corte o castigar a los Jueces. El gobierno dividido, por otro lado, facilita la autonomía judicial. Permite a la Legislatura controlar al Presidente y viceversa, creando un clima donde el Poder Judicial puede funcionar.

Los modelos espaciales similares a los que ayudan a explicar la doctrina judicial de los Estados Unidos y el control de legalidad son útiles para explicar la presencia o ausencia de la independencia de la Suprema Corte.³ Este trabajo emplea un modelo espacial que asume un espacio político unidimensional e identifica el punto ideal del Presidente como P, del Congreso como C, y de la Suprema Corte como SC.⁴ El modelo asume que el Presidente, Congreso y la Suprema Corte tienen preferencias políticas coherentes y con-

³ Para ejemplos de esos modelos espaciales, cfr. McCubbins, Noll, y Weingast (1995) y Ferejohn y Weingast (1992).

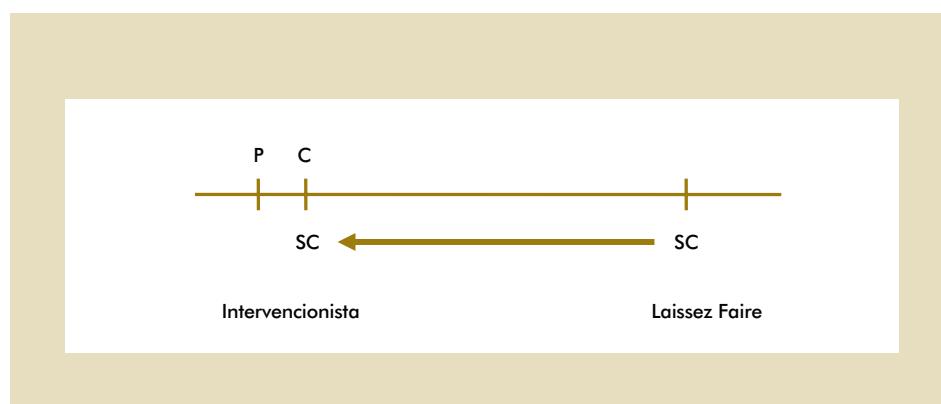
⁴ C representa la posición del promedio de miembros del Congreso, y no refleja el bicameralismo.

sistentes. El movimiento de izquierda a derecha, a lo largo del eje, representa un cambio de preferencias, por ejemplo, de la intervención del Estado en la economía a políticas más cercanas al *laissez faire*. Consideramos la situación política ilustrada en la gráfica 1, cuando las preferencias del Presidente y Congreso están juntas por un periodo de tiempo sustancial. Para simplificar, hicimos un modelo de las preferencias políticas centrándonos en el grado de intervención política en los mercados. Dada esta configuración de preferencias, la Suprema Corte es incapaz de sostener políticas que provienen de la posición preferida de los funcionarios oficiales.⁵

Si trata de implementar políticas a la derecha de C —por ejemplo, a su punto ideal, SC— entonces P y C pueden usar la legislación y las prácticas informales (tales como presupuestos, expansiones de la Corte, o amenazas explícitas) para reubicar las decisiones legales entre P y C.

Gráfica 1

Modelo espacial del gobierno unificado



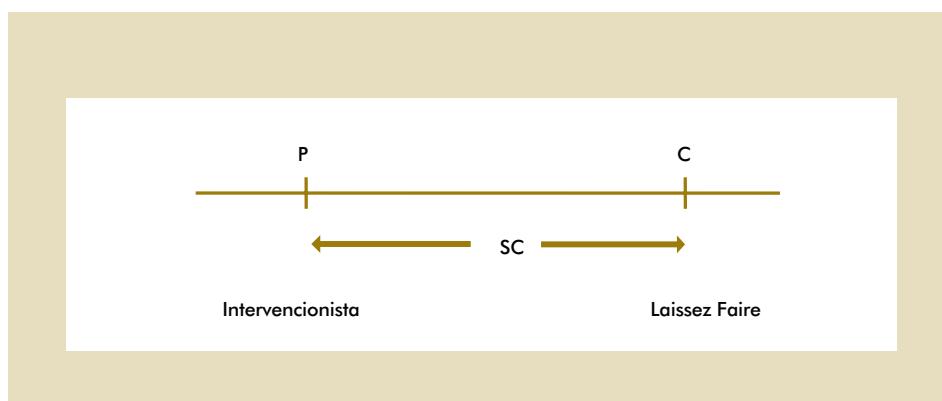
Por otro lado, si la brecha entre las preferencias del Presidente y las del Congreso es grande, la Corte puede impugnar la política del gobierno con más facilidad. El intervalo entre P y C, durante el gobierno dividido, da a la Corte la libertad de promulgar resoluciones que impugnen a las otras ramas.

⁵ Para los propósitos de este capítulo, la observación importante es la distancia que separa los puntos ideales de P y C en lugar de que P se encuentre a la izquierda de C.

En este escenario, representado en la gráfica 2, la Corte puede emitir una resolución en cualquier lugar dentro del espacio entre P y C.

Gráfica 2

Modelo espacial del gobierno dividido



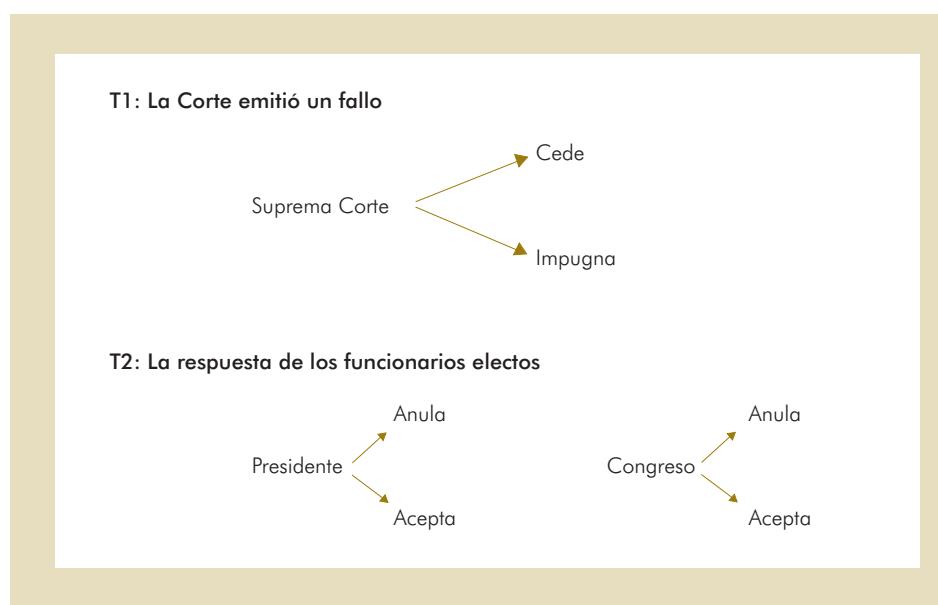
En las decisiones sobre las iniciativas del gobierno de dudosa constitucionalidad, el Juez hace una elección estratégica: impone su autonomía al impugnar la política o confirma la posición constitucionalmente débil del gobierno.⁶ La elección del Juez depende de cómo respondan las otras ramas al cuestionamiento. Si un Juez prevé que el gobierno será capaz de “anular” o sortear la decisión, es menos probable que se oponga al gobierno. Por “anular” nos referimos a una variedad de acciones, tales como designar un bloque de Jueces leales en la Suprema Corte, forzar a los Jueces a renunciar, o simplemente ignorar las decisiones judiciales. En contraste, si un Juez prevé que el gobierno aceptará sus decisiones, es más probable que dicte una resolución que cree controversia.

⁶ Una cantidad en aumento de literatura sobre las Cortes en América Latina argumenta que un Poder Judicial independiente es el resultado de las elecciones estratégicas de los actores relevantes. Por ejemplo, *cfr.* Iaryczower, Spiller, y Tommasi (2002), Finkel (2008), Chávez (2004), and Helmke (2005) sobre Argentina; Scribner (2004), Hilbink (2007), Couso (2003), y Barros (2003) sobre Chile; Taylor (2008) sobre Brasil; y Finkel (2005), (2008), Ríos-Figueroa (2007), Domingo (2000), y Magaloni (2008) sobre México. En el capítulo 9 de este libro, Scribner presenta una comparación matizada de Argentina y Chile. De forma creciente, los académicos han encontrado que la competencia entre partidos promueve Cortes independientes. En aquellos países, donde un partido gobernante prevé que permanecerá en el poder indefinidamente, el desarrollo de la autonomía judicial es poco probable. En contraste, donde dos o más partidos compiten agresivamente uno contra otro, es probable que un partido gobernante acepte e incluso promueva Cortes autónomas. Los estudios comparados de otras regiones, incluyendo Asia, Europa del Este, Medio Oriente, y los Estados Unidos, apoyan la afirmación de que el grado de competencia entre partidos proporciona una explicación convincente de los niveles cambiantes de la autonomía judicial.

Para investigar los incentivos judiciales, desarrollamos un juego que ilustra el dilema estratégico que enfrenta la Corte. En T1, asumimos que el gobierno ha realizado una acción de constitucionalidad cuestionable. La Corte tiene dos opciones: ceder ante la administración o impugnarla. En T2, el Presidente y el Congreso son los actores. Con el propósito de anular a la Corte, el Presidente y el Congreso deben estar de acuerdo. Si la Corte prevé que tanto el Presidente como el Congreso estarán de acuerdo en anular su decisión, es poco probable que ella impugne esta posición. Este resultado es más probable bajo un gobierno unificado que dividido. El gobierno unificado permite a los miembros del mismo partido coordinar sus acciones en contra de la Corte. El gobierno dividido, o la fragmentación política, permite a los miembros de la oposición prevenir las estrategias típicas para anular a la Corte. Un Senado dominado por la oposición, por ejemplo, puede frustrar los planes presidenciales para expandir la Corte o para utilizar el juicio de responsabilidad para destituir a los Jueces por razones políticas. Si la Corte pronostica que el Presidente anulará pero el Congreso aceptará la decisión o viceversa, puede confrontar al gobierno. Si cada quien actúa por su cuenta, ni el Presidente ni el Congreso tienen el poder para anular la decisión de la Corte.

Gráfica 3

El Juego Secuencial



3. APLICACIÓN DEL MARCO DE TRABAJO TEÓRICO AL CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Nuestro enfoque aporta claridad a la evolución de la independencia judicial en el curso de la historia de los Estados Unidos. Cuando un partido mayoritario homogéneo ha controlado la Presidencia y el Congreso, la Suprema Corte ha tendido a reflejar las preferencias partidistas de la mayoría. En contraste, cuando el Congreso y el Presidente han estado divididos ideológicamente, la Corte ha tenido más espacio para actuar de forma independiente.⁷ El modelo espacial descrito arriba propone una relación causal entre la fragmentación política y la posibilidad de acción judicial independiente. Esperamos que la Corte observe el nivel de fragmentación y luego dicte opiniones independientes sólo cuando las condiciones externas permitan que se mantengan esas decisiones. La literatura sobre la historia política de los Estados Unidos sugiere que los patrones de control partidario de las ramas electas tienden a ser relativamente estables durante largas eras electorales y que la heterogeneidad interna de los partidos tiende a producir un nivel moderado de fragmentación ideológica. Por tanto, esperamos que la Corte sea capaz de ejercer algo de independencia en condiciones normales. Sin embargo, cuando hay una repentina disminución de fragmentación —tal vez después de una elección con una victoria aplastante que cambia el control partidista del gobierno— la Corte puede ser incapaz de ajustar sus decisiones para reflejar el cambio. Esta incapacidad puede deberse a un simple error; o bien porque el cambio no es tan evidente como sucede después, como sucedió durante los primeros años del *New Deal*; o bien porque la Corte puede ser incapaz de modificar las decisiones sin perder un sentido de legalidad.

En esta sección examinamos cuatro eras electorales: el periodo de la elección de 1800 a la Guerra Civil, el periodo de la Guerra Civil al *New*

⁷ Los partidos políticos de los Estados Unidos nunca han sido homogéneos, al menos no recientemente, por eso nuestra caracterización debe ser entendida como relativa. Afirmamos que hay un grado relativamente alto de acuerdo entre los funcionarios electos durante ciertos periodos y que la Corte está bajo más presión para acceder a las coacciones provenientes de las ramas electas durante esos periodos.

Deal, el periodo del *New Deal* hasta 1980, y el periodo de 1980 hasta nuestros días. Esta lista de épocas es provisional, pero creemos que cada era muestra suficiente homogeneidad para hacerla útil a nuestros propósitos. Por supuesto, los estudiantes de política de los Estados Unidos no necesitan que les recuerden que el control del gobierno por parte de un partido mayoritario, ideológicamente unificado, es un evento bastante raro en la historia de los Estados Unidos. Los partidos políticos de los Estados Unidos tienden a ser relativamente heterogéneos internamente, y tienden a reflejar diferencias regionales así como ideológicas. Por tanto, uno podría suponer que las circunstancias son normalmente favorables para un Poder Judicial Federal, políticamente independiente.

Sin embargo, cuando estas condiciones normales fracasan y las ramas políticas están controladas por una mayoría determinada y unificada, las condiciones para la independencia política son menos favorables. Esperamos que bajo estas circunstancias la Suprema Corte se abstenga de perseguir una agenda que está en desacuerdo con la mayoría unificada, y que la Suprema Corte trate de evitar también la confrontación política de las Cortes federales (Ferejohn y Kramer, 2002). Además, cuando la Corte ha tratado de seguir su propia agenda política frente a las ramas unificadas políticamente, a menudo ha sido forzada a retractarse de la confrontación consiguiente.⁸ Sin embargo, podemos enfatizar que un *impasse* de este tipo no es necesario para que la Corte distinga las circunstancias políticas en las cuales puede desarrollarse la doctrina legal, libre de la interferencia política de aquellas circunstancias en que debe replegarse ante las ramas políticas.

a. La Corte ante bellum

Comenzamos por examinar los periodos en los que un partido único dominaba las ramas políticas. El periodo de 1800 a 1856 representa tal periodo.

⁸ La noción de una Corte con una agenda política no excluye la posibilidad de que los Jueces puedan estar motivados a obedecer valores legales. En efecto, algunas de las confrontaciones entre la Corte y el Congreso discutidas aquí son resultado de que algunos Jueces creían que estaban obligados a respetar lo que veían como valores legales, incluso ante el riesgo de poner en peligro la situación política de la Corte.

Después de la terminante derrota del Partido Federalista en las elecciones de 1800, el Partido Demócrata fue capaz de establecerse como el partido gubernamental dominante, controlando una o ambas ramas, durante casi todo el periodo. En vista de que los demócratas dominaban el Senado y la Presidencia, la composición de la Corte evolucionó de ser unánimemente federalista a claramente demócrata. Para mantener el control durante un periodo de tiempo tan largo, una era durante la cual asuntos y personalidades cambiaron significativamente, el Partido Demócrata tuvo que convertirse en un partido amplio que estuviera abierto a corrientes ideológicas diversas. No obstante, los demócratas generalmente compartieron un compromiso con el gobierno nacional, como tarifas bajas y diseño de políticas públicas basadas en una mayor intervención del Estado. Por tanto, no es de sorprender que durante la mayor parte de este periodo la Corte rara vez impugnara la legislación nacional. Mientras la Corte estuvo dirigida por John Marshall, los líderes demócratas pocas veces propusieron aumentar la autoridad federal e, incluso cuando lo hicieron, la Corte estuvo dispuesta a apoyar tal expansión. La Corte de Marshall se ocupó de apoyar proyectos nacionales atípicos como el Banco de los Estados Unidos (en *McCulloch vs. Maryland*) y evitó que los Estados transgredieran la jurisdicción federal (nuevamente en *McCulloch vs. Maryland* y en *Gibbons vs. Ogden* donde la Corte desarrolló la idea de una Cláusula de Limitación de Comercio de los Estados implícita o latente). Las circunstancias no cambiaron más adelante, cuando los demócratas aseguraron el control completo de la Corte bajo la dirección de Roger Taney como jefe del tribunal.⁹ De hecho, la Corte echó abajo parte de las leyes del Congreso solamente dos veces durante este periodo: una al principio de la era de la hegemonía demócrata en *McCulloch vs. Maryland* (1803) y nuevamente al final del periodo con la decisión *Dred Scott* (1857).¹⁰

⁹ Sin embargo, irónicamente, los demócratas comenzaron a recomendar una expansión de la jurisdicción federal en la legislación de los esclavos fugitivos que era apoyada por la Corte de Taney

¹⁰ No discutimos en detalle la decisión *Dred Scott*. Se trata de un caso donde la Corte dictó una decisión de gran controversia moral frente a un sistema gubernamental dividido. Por tanto, no hubo oportunidad real de que las ramas políticas, como fueron constituidas en 1857, acordaran anular la decisión. Lo que probablemente no fue contemplado por la Corte. *Dred Scott* fue la posibilidad de una reacción popular o electoral. Mientras que este tipo de posibilidad puede ajustarse bien en nuestro marco de trabajo teórico, nos llevaría muy lejos en el territorio de las controversias historiográficas.

En efecto, Marbury ilustra el segundo tipo de evidencia que apoya nuestras afirmaciones, ya que cuando la Corte es forzada a tomar una decisión en circunstancias políticas desfavorables, tiene que modificar sus acciones para que se ajusten a esas circunstancias. Como observamos al principio de este largo periodo de gobierno demócrata, los jefersonianos confrontaron una Corte federalista unánime que tenía una concepción mucho más amplia de la autoridad del gobierno nacional que aquella propugnada por Jefferson y Madison durante la década de 1790. Los Jueces no sólo tenían que apoyar las expansiones de la jurisdicción federal sino también debían hacer valer de forma entusiasta las Leyes de Extranjería y Sedición en contra de los oponentes demócratas de la administración Adams. Como última réplica, el Congreso federalista promulgó una ley (que los demócratas llamaron la “ley de los Jueces de media noche”) durante la última sesión de 1801, justo antes de que Jefferson asumiera el cargo, que creó una serie de cargos judiciales y luego actuó de forma inmediata para llenar esos cargos con fieles federalistas.

Cuando John Marshall, el saliente secretario de Estado, no convocó una comisión para uno de los nuevos Jueces, William Marbury, el nuevo secretario de Estado, James Madison, no estuvo dispuesto a arreglar ese descuido. Marbury tuvo que demandar por su cargo, solicitando a la Suprema Corte que dictara una orden judicial para que Madison le entregara su comisión. Podía haber estado animado por el hecho de que Marshall iba a ser el nuevo jefe del Tribunal y, aparentemente, Marshall no encontró ninguna razón para excusarse del caso.

Al mismo tiempo, el nuevo Congreso demócrata promulgó la Ley Orgánica de 1802 que, entre otras cosas, revocó dieciséis de los cargos judiciales que habían sido creados en 1801 por el Congreso federalista saliente.¹¹ Como se mencionó arriba, los Jueces federalistas ya ocupaban esos cargos, y por tanto, su cancelación equivalía a combatir directamente a los Jueces.

¹¹ Además de abolir los cargos judiciales, la Ley de 1802 restauró los deberes de circuito de los Jueces de la Suprema Corte. Los Jueces estaban obligados a dejar la Corte por un periodo cada año a fin de ejercer como Jueces de circuito ordinarios en los Estados. No hay duda de que los demócratas consideraron este oneroso deber como un castigo por el flagrante comportamiento político de los Jueces federalistas.

En vista de que esto violaba la garantía constitucional de permanencia vitalicia en el cargo, se interpuso una demanda para invalidar la Ley Judicial de 1802. La Corte de Marshall tuvo que decidir estos dos casos prácticamente al mismo tiempo y a la sombra del control demócrata unificado de las ramas políticas.

Si esta combinación de temas no era suficientemente difícil para la Corte de Marshall, los demócratas comenzaron a exigir que se interpusieran juicios de responsabilidad en contra de muchos Jueces. Iniciaron con el proceso en contra del Juez John Pickering que, además de su *bona fides* federalista, era un alcohólico y tal vez un enfermo mental. Después de que Pickering fue juzgado y condenado en 1804, la administración y sus partidarios comenzaron a buscar un premio mayor. Al final, el Juez Samuel Chase fue procesado, y estuvo a punto de ser condenado por el Senado. En el caso de Chase, no se le acusaba de ser incompetente o errático en el Tribunal. De hecho, los demócratas probablemente pensaban que sus decisiones y opiniones estaban relacionadas, de forma muy predecible, con sus convicciones federalistas. Hay pocas dudas de que el juicio de responsabilidad de Chase se debía a su entusiasta persecución de las Leyes de Extranjería y Sedición y estaba ideológicamente motivado.

En vista de estas circunstancias, Marshall y sus colegas tenían muchas razones para abordar con extremo cuidado los casos que les presentaban. Marshall no podía dudar que Jefferson había ignorado la orden judicial de otorgar la comisión a Marbury, por la que éste último demandaba. El jefe del Tribunal también podía pronosticar una fuerte reacción del Congreso si esta Corte anulaba la Ley Orgánica de 1802. Por tanto, no tomó ninguno de los dos caminos. En su lugar, Marshall argumentó que Marbury no tenía bases para dirigirse a la Suprema Corte porque había presentado equivocadamente su demanda ante la Corte como un asunto de su competencia en lugar de recurrir a la Corte de apelación. La Constitución no otorgaba autoridad a la Corte para intervenir en un caso así; esto estaba estipulado en una sección de la Ley Orgánica de 1789. Y, como señaló Marshall, el Congreso no tenía poder para alterar la jurisdicción original de la Suprema Corte,

fijada en la Constitución. Mientras Marshall dejó claro que la Corte debía haber estado preparada para entregar la comisión a Marbury, también declaró que el Tribunal no estaba en posición de otorgar la ayuda solicitada porque el estatuto que le confería jurisdicción era inconstitucional. En efecto, Marshall sermoneó a la administración de Jefferson diciendo que era incorrecto negar a Marbury su puesto, al mismo tiempo que impuso la autoridad de la Corte para controlar y probablemente anular la legislación federal.

Tanto el caso Marbury como su acompañante *Laird vs. Stuart*, que confirmaba la Ley Orgánica de 1802 sobre bases técnicas, representaron una retirada sustancial de la Corte federalista. Estos casos permitieron al gobierno de Jefferson despedir a Jueces federales, y no hacer valer el derecho de nombramiento demandado por Marbury. Esta evidencia sugiere que Marbury y *Laird vs. Stuart* representan un conjunto de decisiones donde la Corte responde de acuerdo con los incentivos revelados por el modelo espacial. En efecto, el estrecho margen por el que el Juez Chase escapó a la condena del Senado implica que la retirada de la Corte probablemente apenas fue suficiente para prevenir una mayor erosión de la autoridad judicial. Si Marshall hubiera perseguido sus inclinaciones federalistas en cualquiera de estos dos casos, la subsecuente confrontación con Jefferson probablemente habría llevado a un resultado histórico muy diferente.

b. Reconstrucción y hegemonía republicana

El segundo periodo de extendida dominación de un único partido en el gobierno fue entre 1860 y 1932, cuando el Partido Republicano dominó la política nacional. El gobierno estuvo unido bajo los republicanos por más de la mitad en treinta y seis Congresos, mientras que estuvo unido bajo los demócratas durante solamente cuatro Congresos. Durante estos setenta y dos años, un periodo de rápida industrialización caracterizado por la masiva inmigración, disturbios laborales y repetidas desintegraciones en los sectores agrarios e industrial, la Suprema Corte dictó decisiones en gran parte en línea con las preferencias políticas republicanas. En lo que se llamó la jurisprudencia de

la era *Lochner*, la Corte sistemáticamente echó abajo intentos estatales y locales y algunas veces nacionales de imponer restricciones reguladoras en la emergente economía industrial, atribuyendo a la Constitución un papel fundamental en la protección de la libertad contractual y respecto de cualquier restricción en los contratos de trabajo, incluso en el trabajo de niños, que calificó como inconsistentes con el propósito constitucional.¹²

Al tratarse de un asunto histórico, es difícil decir qué sucedió primero: la oposición republicana a las restricciones legales sobre la industria o el desarrollo de la Corte de la libertad económica como un derecho constitucional fundamental (aunque no expresado). Sin embargo, es claro que la política republicana y la doctrina judicial encajaron bien durante este periodo. Por supuesto, parte de esta congruencia fue resultado del hecho de que los nombramientos republicanos alteraron la composición de la Corte, pero en parte fue consecuencia de la falta de voluntad de los Jueces para echar abajo la legislación nacional en semejante clima político. En aquellos casos donde los Congresos republicanos estaban dispuestos a imponer restricciones reguladoras (como en la Ley Interestatal de Comercio de 1887, la Ley Sherman Antimonopolios, y la Ley Hepburn en 1906), la Corte no se interpuso.

Aunque durante este periodo alguna legislación del Congreso fue anulada, las decisiones más importantes tomadas por la Corte se centraron en la legislación estatal y local en lugar de las leyes del Congreso. Además, es importante señalar que la homogeneidad del Partido Republicano decayó después de 1900 con el ascenso del ala progresista del partido. Esta renovada fragmentación política permitió a la Corte actuar de forma más independiente en el ejercicio de políticas doctrinales que estuvieron aisladas del partido mayoritario. Además, después de esta falta de unidad mayoritaria, siguió un breve interregno demócrata bajo el mandato del Presidente Woodrow

¹² No estamos afirmando que el desarrollo de los principios de *Lochner* fuera resultado del deseo de los Jueces de permitir el desarrollo industrial. Es mucho más probable que los Jueces no fueran capaces de distinguir las leyes de trabajo de la legislación de interés especial que violaba su idea de debido proceso, que reducía el ejercicio legítimo del poder público a leyes generales en lugar de particulares. *Cfr.* Gillman, 1993. Hay que señalar que el mismo *Lochner* no estuvo decidido hasta 1905; se trataba de una ley de Nueva York que pretendía regular las condiciones de empleo de los panaderos.

Wilson, que también permitió un poco más de independencia en el proceso de toma de decisión de la Corte.

Aunque el periodo de la Guerra Civil al *New Deal* estuvo marcado por una difícil armonía entre las decisiones de la Corte y las referencias de las ramas políticas, el partido mayoritario no fue ideológicamente homogéneo durante gran parte de esta era, y también existieron periodos de gobierno dividido e incluso breves periodos de gobierno demócrata. Por tanto, creemos que en la mayor parte del periodo, la armonía de la política judicial y las preferencias del Partido Republicano se explican mejor por el aumento de la composición republicana de la Corte, propiciada principalmente por el control republicano de los nombramientos de la Suprema Corte, que por cualquier miedo judicial de represalia política. Sin embargo, como en la era *ante bellum*, las circunstancias de los primeros años de la era ponen más a prueba la teoría espacial.

Después de la Guerra Civil, los republicanos radicales aseguraron el control de las Cámaras del Congreso. Su control fue suficientemente seguro para permitir la imposición de un régimen militar en los Estados del sur e interponer un juicio de responsabilidad en contra del Presidente Andrew Johnson cuando intentó interferir con esta acción. En ese punto, la Corte estaba dominada por demócratas y republicanos, que eran moderados en comparación con los republicanos radicales que controlaban el Congreso, y en consecuencia se oponía a las políticas de reconstrucción del órgano. En los términos de nuestro modelo, estas circunstancias fueron desfavorables para la acción judicial independiente.

El establecimiento de gobiernos militares en los Estados del sur después de la guerra y especialmente el uso de tribunales militares para enjuiciar civiles produjeron un gran número de confrontaciones serias entre las distintas ramas. Los casos importantes involucraron el acceso al recurso de *habeas corpus* por parte de personas enjuiciadas por Cortes militares. En *Ex Parte Vallandigham* (1863), que fue decidido durante la guerra, la Corte se negó

a interferir con las Cortes militares. Pero en *Ex Parte Milligan*, decidido en 1866, la Corte cambió su postura y revocó una sentencia de muerte impuesta por un tribunal militar sobre la base de que las Cortes civiles en Indiana, el Estado donde Milligan fue juzgado, estaban disponibles y eran competentes para enjuiciarlo. Esta decisión provocó indignación en el Congreso republicano. Después de Milligan siguieron rápidamente otros dos casos donde la Corte echó abajo la Ley Federal de 1865, que imponía juramentos de lealtad a los candidatos al cargo en los Estados del sur. Fue en este escenario que la Corte decidió *Ex Parte McCardle*.

Las circunstancias de *Ex Parte McCardle* eran suficientes: McCardle era un editor de periódico de Mississippi que había sido llevado ante una Corte militar por publicar artículos críticos sobre la Reconstrucción. Presentó un recurso de *habeas corpus* en una Corte federal sobre la base de la Ley *Habeas Corpus* de 1867, que no sólo autorizaba a las Cortes federales a resolver recursos de *habeas corpus* sino que permitía apelaciones ante la Suprema Corte. Después de que la Corte de circuito negara la ayuda, McCardle apeló ante aquélla, que decidió el caso.

A través de Washington se esparcieron los rumores de que la Corte había decidido a favor de McCardle y estaba preparada para ordenar su liberación. Tal acción era equivalente a una repudiación judicial de la reconstrucción militar. Los republicanos en el Congreso estaban bastante preocupados de que la Corte anulara la decisión de la de circuito, así que inmediatamente revocaron las porciones de la Ley *Habeas Corpus* de 1867 que autorizaban presentar apelaciones ante la Suprema Corte (en la llamada ley “en contra de McCardle” de 1868), poniendo en tela de juicio el caso. En su opinión, de 1869, el jefe del Tribunal, Salomon P. Chase, señaló que la Corte carecía de jurisdicción y se vio obligado a desestimar la petición de alterar la jurisdicción de apelación de la suprema Corte y que tal autoridad se extendía a la revocación de la Ley *Habeas Corpus* de 1867.

Muchos meses más tarde, en otro caso de *habeas corpus*, *Ex Parte Yerger*, Chase afirmó que la ley en contra de McCardle no invalidaba completamen-

te los recursos de *habeas corpus*. Después de todo, el artículo I de la Constitución afirmaba que, excepto en ciertas circunstancias de emergencia, la prerrogativa al Gran Recurso (*Great Writ*) siempre estaba disponible. Por tanto, la revocación de 1868 no podía eliminar el derecho de petición de auxilio por medio del *habeas corpus*. En efecto, la solicitud de Yerger estaba basada en la Ley Judicial de 1789. Pero la renuncia judicial en el caso *McCardle*, ya había tenido lugar. Por consiguiente, para cuando la Corte concedió la petición de Yerger, él ya había sido liberado. *Yerger* representó en el mejor de los casos una reafirmación hueca de que la Corte podía imponer limitaciones al gobierno de la Reconstrucción si elegía hacerlo (lo que no hizo).¹³ En decisiones posteriores, la Corte Chase respaldó la política del gobierno de Reconstrucción en otros conflictos que se presentaron.

c. Del New Deal a la Revolución de Reagan

Las elecciones de 1932 marcaron un punto decisivo en el paisaje político de los Estados Unidos cuando el Partido demócrata ganó un importante apoyo en el gobierno, por primera vez desde la elección de Abraham Lincoln, en 1860. Aunque no era obvio en aquel tiempo, podemos observar en retrospectiva que las elecciones de principios de la década de los treinta inauguraron una larga era de dominio demócrata de la política, y eventualmente, de las ramas judiciales. Como en los dos periodos previos, la Suprema Corte emitió resoluciones que fueron en gran parte congruentes con las preferencias políticas del gobierno nacional. Sin embargo, la mayoría demócrata generalmente no era ideológicamente homogénea y era incapaz de mantener control ininterrumpido de ambas ramas del gobierno federal. En efecto, gran parte de este periodo estuvo dominado por el surgimiento y estabilidad de una coalición bipartidista conservadora, que gozaba del apoyo mayoritario en una o ambas Cámaras del Congreso.¹⁴

¹³ Aunque la Corte emitió una opinión en *Yerger* —en efecto, utilizando la ocasión para sermonear al Congreso de que no tenía autoridad para invalidar el recurso de *habeas corpus*— este discurso fue equivalente a poco más que un acoso verbal, ya que la Corte no ordenó a nadie que hiciera nada en el caso. Esta opinión se equipara a lo que hizo Marshall en el caso *Marbury* al indicar cómo se habría comportado la Corte de tener jurisdicción.

¹⁴ La coalición surgió en 1937 y 1938, en parte en oposición a la ley de Roosevelt de crear una Corte compuesta por Jueces leales, y jugó un papel habitual en el proceso legislativo a partir de ese momento.

El hecho de que hubiera pocas confrontaciones acaloradas entre los Jueces federales y las ramas políticas se debió probablemente al hecho de que la composición ideológica de la Corte correspondía aproximadamente con la de las ramas políticas, y no a alguna timidez política de los Jueces. En efecto, en gran parte de este periodo, la relativa falta de unidad de los demócratas y su fracaso para evitar que aumentara el control de los republicanos de la Presidencia implica que la Corte tenía una justa cantidad de libertad para actuar de forma independiente. Sin embargo, al menos en el área de regulación económica, la Corte no tenía tales ambiciones. Durante la mayor parte de este periodo, el Congreso, el Presidente y la Suprema Corte estuvieron juntos en nuestra configuración espacial.¹⁵

Como sucedió en los primeros dos periodos, la transición a esta nueva era no fue de ninguna manera sencilla. En efecto, las elecciones de 1932-1936 produjeron las mismas condiciones de confrontación que vimos en 1800 y en 1866. Sin embargo, durante el primer periodo de Franklin Roosevelt de 1932 a 1936, la suprema Corte objetó exitosamente la redefinición del papel del gobierno federal en la economía. En efecto, la Corte logró declarar inconstitucionales la mayoría de los programas intervencionistas del *New Deal*. Hasta la victoria aplastante en las elecciones de 1936, era poco evidente que 1932 marcara el inicio de una era de hegemonía demócrata. Por tanto, la Corte fue capaz de conservar su postura republicana de *laissez faire* durante cuatro años, como se encuentra descrito en el modelo espacial de la gráfica 2. La Corte resolvió en contra de la Ley de Pensiones de Ferrocarriles de 1934, la Ley de la Recuperación Industrial Nacional de 1933, la Ley de Ajuste Agrícola de 1933, y la Ley de Conservación del Carbón Bituminoso de 1935 (Cohen y Varat 1993).

Sin embargo, con el paso del tiempo, se puso en duda la viabilidad de la postura independiente de la Corte. Los demócratas aumentaron su repre-

¹⁵ El gobierno permaneció unido bajo los demócratas y mantuvo una economía intervencionista durante principios de los años cincuenta, cuando Dwight Eisenhower asumió la Presidencia y nombró a Earl Warren en la Corte.

sentación en el Congreso en 1934, en las elecciones de mitad de periodo. Después de que los demócratas ganaran una mayoría de dos tercios en la Cámara de Representantes y en el Senado junto con casi tres cuartos de las legislaturas estatales en 1936, el Juez Roberts, de la Suprema Corte, cambió su oposición a las leyes regulatorias del salario mínimo en *West Coast Hotel*¹⁶ y comenzó a aprobar la legislación del *New Deal* en casos subsecuentes.¹⁷ Para el momento del famoso cambio del Juez Roberts en 1936-1937, ya se había vuelto claro que las elecciones de 1932 marcaban un cambio electoral duradero en lugar de temporal. Por tanto, para 1942 la Corte confirmó una amplia aplicación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, la Ley de Estándares de Buen Trabajo, y la Ley de Ajuste Agrícola (Cohen y Varat, 1993, 205).

d. La Corte Rehnquist

A principios del siglo XXI, es cada vez más claro que hemos entrado a una nueva era de alineación entre las ramas políticas y las Cortes federales. Por supuesto, no podemos saber cuánto durará este alineamiento y debemos admitir que, a diferencia de las eras anteriores, ésta no comenzó con un “bang”

¹⁶ El voto de Roberts que apoyó la Ley del Salario Mínimo en *West Coast Hotel* fue sorprendente porque sólo diez meses antes votó para anular una ley prácticamente idéntica sobre el salario mínimo en Nueva York. Roberts no escribió una opinión en el primer caso; ni lo hizo en muchas otras decisiones donde apoyaba legislación del *New Deal*. Algunos historiadores del derecho han sugerido que el plan de Roosevelt de llevar a la Corte un bloque de Jueces leales no fue la razón del voto de Roberts, ya que dicho plan fue anunciado hasta el mes siguiente. Otras teorías no dan importancia al anuncio del plan de crear una Corte leal; el factor causal fue consecuencia de las elecciones de noviembre de 1936. Algunos historiadores del derecho también dan crédito a la última protesta de Roberts según la cual nunca habría votado para invalidar la ley de Nueva York, si la cuestión para invalidar la decisión de la Corte que establecía el precedente de control (la decisión 1923 – *Adkins vs. Hospital Infantil*– que echó abajo una ley de salario mínimo previa), hubiera estado ante la Corte, como sucedió con el caso *West Coast Hotel*. Dejamos a los lectores evaluar la plausibilidad de esta explicación; es decir, si Roberts modificó sus motivos después del hecho.

¹⁷ Una corriente de la historia del derecho niega que el Juez Roberts realmente capitulara ante la presión demócrata. Cushman (1998), por ejemplo, argumenta que algunas partes de las primeras opiniones de Roberts (especialmente su opinión en el caso de 1934, *Nebbia v. NY*, donde apoyó un proyecto de Nueva York para regular los precios de la leche) fueron consistentes con su opinión en *West Coast Hotel* (1937), y por lo tanto su voto en este y otros casos no debe ser visto como un “cambio” sino como consistente con su primera jurisprudencia. No dudamos que los actores legales vean la necesidad de presentar sus ideas como basadas en principios y regularidades y no como respuesta a factores legalmente irrelevantes. Esto es parte de lo que significa ser un profesional legal. Y si un actor legal es competente, no tendrá problema en encontrar una historia “interna” plausible de este tipo. En efecto, en la nota previa indicamos que el propio Juez Roberts ofreció una explicación semejante (aunque la credulidad es exagerada en este caso). Por ello, sería imposible confrontar la lectura revisionista de Cushman en el contexto de un único evento. La fuerza de un modelo político como el que presentamos en este capítulo es su capacidad para explicar un largo y diverso patrón de juicios.

—es decir, con una elección considerada por muchos como una “realineación crítica” (Key, 1955, Burnham, 1970). En su lugar, una combinación de circunstancias políticas permitió a los republicanos rehacer esencialmente la Corte antes de tomar el control de las dos ramas políticas.¹⁸ A diferencia de los regímenes previos, la era actual no comenzó con un recalcitrante intento de la Corte de mantener el statu quo en contra de una nueva y vigorizada mayoría política. Por el contrario, la propia Corte, despacio al principio de los años setenta y con una confianza en aumento durante las siguientes dos décadas, comenzó a minar las bases doctrinales de la era del *New Deal*.

Con la elección de Ronald Reagan, el Presidente cambió repentinamente a la derecha y la Corte conservadora se vio frente a una situación dividida que, como sabemos, duró hasta finales de 1992. Además, el periodo de gobierno demócrata unificado resultó efímero y fue tal vez un preludio de un periodo más largo de gobierno republicano unificado. Por tanto, las condiciones se volvieron favorables para que la Corte se dirigiera hacia la dirección conservadora, y estas condiciones duraron hasta el 2000. A diferencia de las eras anteriores, el cambio fundamental en las circunstancias políticas no fue ocasionado por un colapso repentino de la fragmentación política sino más bien por un aumento inesperado. Además, en vista de que la Corte no tiene tanto control sobre su agenda como las ramas políticas, el movimiento en la política fue bastante gradual al inicio, regulado por la velocidad con la que los litigantes presentaban casos y por la disposición de las Cortes inferiores federales y estatales (que estuvieron sujetas a dinámicas similares) para plantear cuestiones que tuviera que resolver la Suprema Corte.

Con la ventaja de la visión retrospectiva, podemos ver las consecuencias del cambio de la política judicial con mayor claridad, especialmente en las áreas del federalismo, derecho penal, derechos civiles y regulación económica. Tal vez el cambio en la política judicial es más evidente en la juris-

¹⁸ Estos eventos incluyen el hecho de que los presidentes demócratas tuvieron pocas oportunidades de hacer nombramientos (Jimmy Carter no hizo un solo nombramiento en cuatro años), nombraron Jueces conservadores (John F. Kennedy nombró a Byron White), o los Jueces que nombraron tuvieron que dejar la Corte pronto (Abe Fortas y Arthur Goldberg).

prudencia federalista donde, en una serie de decisiones, la Corte estableció los límites de la autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio y la Sección 5 de la catorceava enmienda, y fortaleció la protección de la autoridad del Estado en las enmiendas décima y onceava. Todavía no es claro qué tan lejos llegará esta línea de la política judicial, pero no hay duda de que la autoridad del Congreso para tratar temas sociales ha sido sustancialmente limitada, especialmente si la legislación afecta los Estados.

No obstante, esta última era no ha sido testigo de una confrontación constitucional dramática del tipo que marcó el inicio de las primeras eras. Esto no significa que el Congreso demócrata no haya reaccionado a las iniciativas de la Corte. Eskridge ha documentado ampliamente que el Congreso respondió a las reglas legales de la Corte en el ámbito de los derechos civiles al promulgar nuevas leyes que aclaraban la determinación del Congreso de realizar un cambio en esa área (Eskridge, 1991). Pero aún no ha habido una confrontación constitucional y parece difícil que una tenga lugar en el futuro inmediato.

Tal vez es sorprendente que la línea del federalismo no se desarrolló más después de que George W. Bush asumió el cargo. Y mientras la Corte permaneció bastante conservadora, en un gran número de asuntos los Jueces Kennedy y O'Connor no estuvieron dispuestos a llevar más lejos las decisiones conservadoras. En efecto, la línea de decisiones provocadas por la guerra en contra del terrorismo ha presenciado restricciones judicialmente impuestas en los poderes del gobierno federal para establecer tribunales especiales para procesar presuntos combatientes ilegales, o mantenerlos indefinidamente sin cargos.

El nombramiento reciente de John Roberts como Presidente de la Corte y el reemplazo de Sandra O'Connor por Samuel Alito no han alterado nuestras conclusiones. Nuestra teoría sugiere que la Corte de Roberts debe ser cauta en las circunstancias actuales. El Juez Roberts parece, hasta ahora, estar dedicado a lo que Cass Sunstein ha denominado minimalismo judicial, que

recomienda decidir los casos sobre las bases más estrechas posibles. Tal postura puede dar a la Corte más espacio para maniobrar al confrontar el control democrático unificado de las ramas políticas, limitando el alcance de cualquier decisión contramayoritaria. Aún no es claro si esta estrategia tendrá éxito.

4. APLICACIÓN DE MARCO DE TRABAJO TEÓRICO A ARGENTINA

La experiencia histórica de Argentina también ha demostrado una relación causal entre la fragmentación política y la probabilidad de acción judicial independiente. Como en los Estados Unidos, cuando el Congreso argentino y el Presidente han tenido una ideología dividida, la Suprema Corte ha demostrado una mayor capacidad para actuar de forma independiente. Por otro lado, cuando la Presidencia y el Congreso han controlado un partido mayoritario homogéneo, la Corte ha tendido a reflejar las preferencias de ese partido. Mostramos que durante periodos de gobierno unificado, los poderes Ejecutivo y Legislativo han sido capaces de coordinar sus acciones e involucrarse en prácticas subconstitucionales informales, tales como la designación de un bloque de Jueces leales en la Corte y la remoción o destitución de Jueces por razones políticas. Bajo estas condiciones, la Corte ha sido incapaz de defender un curso independiente.

El balance ejecutivo-judicial de poder ha favorecido típicamente al Ejecutivo en el sistema ultrapresidencial de Argentina, pero algunas veces el Poder Judicial ha sido capaz de coaccionar a las ramas electas del gobierno. En esta sección examinaremos el balance ejecutivo-judicial durante cuatro eras: de 1862 hasta 1946, de 1946 hasta la transición democrática argentina en 1983, la administración de la Unión Cívica Radical (UCR) de Raúl Alfonsín (1983-1989), y la Presidencia del Partido Justicialista (PJ) de Carlos Menem (1989-1999). Como en nuestro análisis de los Estados Unidos, la lista de eras es provisional, pero pensamos que hay suficiente homogeneidad intra-era para que la clasificación sea útil a nuestros propósitos.

a. La fragmentación política de la pre-era Perón

La fragmentación política en la temprana historia de Argentina permitió a los Jueces mantener un curso independiente. Durante la era de 1862-1946, la fragmentación política aumentó en una de las dos formas: la división del control sobre las ramas políticas por partidos ideológicamente distintos o el control de las ramas políticas por una coalición mayoritaria ideológicamente heterogénea. De 1862 hasta 1880, la competencia entre los tres partidos relevantes alentó un gobierno dividido. Los años comprendidos entre 1880-1906 fueron un periodo de gobierno unificado bajo el Partido Autonomista Nacional (PAN), pero el PAN era ideológicamente heterogéneo. Debido a su falta de identidad y a su bajo nivel de disciplina, la coalición del PAN colapsó en 1906 (Remmer, 1984; Molinelli, 1991). La fundación de la UCR en 1891 contribuyó a la desaparición del PAN. De 1916 a 1930, la UCR capturó la Presidencia pero enfrentó un Senado dominado por la oposición conservadora. En 1924, la contienda de facciones internas escindió el UCR, dificultando más la habilidad del bloque UCR en el Congreso para actuar como una mayoría unificada (Molinelli, 1998; Alonso, 2000). El golpe de Estado militar de 1930 llevó a la alianza conservadora al poder, pero con la excepción de un periodo de cuatro años, las administraciones conservadoras de Concordancia enfrentaron un Congreso hostil. Además, como el PAN, la Concordancia era una coalición ideológicamente heterogénea (Falcoff y Dolkart, 1975).

Esta fragmentación política estableció el escenario para enfrentar al gobierno sin miedo al castigo de las ramas políticas.¹⁹ En efecto, la fragmentación impidió que los presidentes se involucraran en prácticas como la Corte “en bloque” y purgas. De 1868 hasta el primer periodo de Perón como Presidente, el tamaño de la Suprema Corte permaneció constante con ocho

¹⁹ En teoría, los Jueces argentinos tienen la autoridad para declarar cualquier acto ejecutivo o legislativo inconstitucional. El artículo 116 de la Constitución argentina establece las bases para el control judicial: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.” De acuerdo con una ley de 1862, entre los deberes del Poder Judicial se encuentra asegurar que ninguna rama del gobierno viole la Constitución. Una ley de 1868 estipuló que los Jueces aplican la Constitución como la ley suprema, otorgando a las Cortes federales el poder de examinar la constitucionalidad de leyes y decretos (Fayt, 1994).

miembros. Además, los presidentes de Argentina respetaron la disposición constitucional que otorgaba permanencia de por vida en el cargo mientras los Jueces tuvieran buena conducta. Ningún Juez fue removido del cargo por razones políticas. La composición de la Corte cambió sólo después de la muerte, jubilación, o renuncia de miembros.²⁰ Como resultado de este respeto por la protección de la duración en el cargo, los presidentes a menudo se toparon con Jueces que habían sido nombrados por la oposición.

La Corte regularmente confrontó al Ejecutivo durante este periodo. En *Ríos* (1863), la Corte declaró inconstitucional un decreto ejecutivo sobre la base de que el Presidente no tenía poderes judiciales. El Presidente había otorgado poder a un oficial militar en el Puerto de Rosario, permitiendo que el oficial decidiera en un asesinato cometido a bordo de un barco en el Río Paraná. En respuesta, la Corte declaró que el Presidente no podía ejercer o delegar poderes judiciales; solamente el Congreso tiene el poder para crear Cortes (Carrió 1996, 33-34). En la decisión *Calvete*, de 1864, la Corte reafirmó su poder para controlar la constitucionalidad de las decisiones de todas las Cortes inferiores (Eder, 1960; Fayt, 1994). En la decisión *Municipalidad de la Capital*, de 1888, la Corte afirmó su poder para ejercer control constitucional: “Esta atribución moderadora es uno de los fines fundamentales del poder judicial federal y una de las mayores garantías para considerar que los derechos están protegidos en contra de posibles e involuntarios abusos de poder” (Nino, 1993, 316-17).

De forma similar, en *Sojo* (1887), el equivalente argentino de *Marbury vs. Madison*, la Corte decidió sobre la constitucionalidad de una ley del Congreso. Eduardo Sojo, el editor de un periódico, apeló directamente ante la Suprema Corte después de que el Congreso ordenó su encarcelamiento por publicar un dibujo considerado ofensivo para la dignidad de la Legislatura. Sojo eludió a las Cortes inferiores y fue directamente a la Corte con su petición de *habeas corpus*. De acuerdo con la Constitución, la Corte

²⁰ De los 38 Jueces que dejaron la Suprema Corte entre 1862 y 1945, el 53 por ciento murió mientras estaba en la Corte, el 31 por ciento alcanzó la edad legal de jubilación, y el 16 por ciento renunció. Cfr. Molinelli, Palanza, y Sin, 1999.

tiene jurisdicción original solamente en casos relacionados con embajadores, diplomáticos extranjeros, o una provincia argentina. Por tanto, a fin de evitar la primera instancia y las Cortes de apelación, Sojo invocó una ley del Congreso de 1863 y exigió que la ley extendiera la jurisdicción original de la Corte. En su decisión, la Corte declaró que la Constitución prevalecía si entraba en conflicto con una ley del Congreso. También argumentó que su misión era asegurar que las distintas ramas del gobierno no sobrepasaran los poderes que les eran otorgados por la Constitución (Fayt, 1994, 69).

Durante esta primera fase de la historia de Argentina, la Suprema Corte del país defendió derechos individuales y evitó la represión del gobierno hacia sus oponentes políticos. Por ejemplo, la Corte negó a las Cortes militares el poder de procesar civiles, y aprobó el derecho de que los ciudadanos arrestados por rebelión fueran liberados bajo fianza. De 1862 a 1932, la Corte hizo valer el artículo 32 de la Constitución que prohibía al Congreso restringir la libertad de prensa. Miller cita una docena de casos donde la Corte resolvió que el Poder Judicial Federal no podía ejercer una jurisdicción penal sobre la prensa, incluso cuando el gobierno tuviera interés en un caso en particular (Miller, 1997, 1998).

b. La era de 1946 a 1983 del gobierno unificado

El primer periodo de un gobierno unificado prolongado en Argentina tuvo lugar entre 1946 y 1983, un periodo donde los presidentes tuvieron el apoyo legislativo necesario para “anular” las decisiones de la Cortes y manipular a los Jueces. En efecto, la Corte se abstuvo de impugnar a las ramas políticas durante esta era. El partido del presidente era relativamente homogéneo y tenía la mayoría en ambas Cámaras del Congreso durante 1946-1955, 1958-1963 y 1973-1976. Al igual que durante el gobierno unificado, la fragmentación política era baja durante los regímenes militares de facto de 1955-1958, 1966-1973, y 1976-1983.²¹

²¹ Sin embargo, hay que señalar que incluso los gobiernos militares algunas veces deben obedecer la ley. Durante la dictadura de Pinochet en Chile, las fuerzas armadas estaban divididas por servicios bien diferenciados y eran potencialmente controlados entre sí. El ejército actuaba como una soberanía colectiva

En 1946, el Partido peronista, también conocido como PJ, consiguió todos excepto dos escaños en el Senado y dos tercios de la Cámara de Representantes. Perón emprendió una manipulación e intimidación de los distritos electorales para asegurar que su partido ganara escaños en las elecciones de mediados de periodo. En 1948, los peronistas ganaron el control absoluto del Senado y catorce escaños adicionales de la Cámara de Representantes. Durante los dos periodos de Perón en el cargo (1945-1955), el PJ demostró un alto grado de homogeneidad ideológica. Utilizó su autoridad como partido presidencial para sancionar y expulsar oponentes del partido (Luna, 1984; Gambini, 1999; Crassweller, 1987). Un partido disciplinado también controló ambas ramas políticas durante la administración de la Unión Cívica Radical Intransigente (UCRI), de Arturo Frondizi (1958-1962).²²

Las administraciones militares que gobernaron durante la fase 1946-1983 de la historia de Argentina tenían el poder para castigar a los Jueces independientes. Después de cada golpe, la disolución del Congreso conducía a un gobierno militar “unificado”, que permitía la manipulación de las Cortes. Por ejemplo, tras los golpes de 1955, 1966 y 1976, los gobiernos militares eludieron los canales constitucionales para purgar a la Corte. Un intento sostenido de la Corte para obligar a los militares habría provocado peligrosas sanciones.

Como resultado de este gobierno unificado, las prácticas informales como una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales y la violación de la protección de duración en el cargo de los Jueces se volvieron la norma. Debido

en lugar de una entidad unificada. Con el objetivo de asegurar que ningún servicio único dominara, los distintos grupos aceptaron un conjunto de reglas que limitara su poder. Al igual que en una democracia, si un gobierno autoritario consta de una pluralidad de actores que participan en él, a la larga dicho gobierno creará reglas que obliguen a quienes gobiernan o crean las reglas (Barros, 2003).

²² El UCRI de Frondizi mantuvo una mayoría de dos tercios en la Cámara de Representantes y absoluto control del Senado. Además, Frondizi castigaba a los miembros de partido que estaban en desacuerdo. Por ejemplo, para obtener el apoyo necesario para la ley de 1960 que permitía a las compañías privadas invertir en los recursos naturales de Argentina y que contradecía la plataforma nacionalista del UCRI, Frondizi amenazó con expulsar a miembros del UCRI que se oponían a la ley. Una vez aprobada la ley, Frondizi expulsó a tres y suspendió a seis legisladores del UCRI que habían votado en contra de la ley (Smulovitz, 1988; Szusterman, 1993, 131-43; Rodríguez Lamas, 1984, 72-73). En los años cincuenta, el UCRI se dividió temporalmente en dos partidos: el UCRI y la Unión Cívica Radical del Pueblo (UCRP).

a que los poderes Legislativo y Ejecutivo eran capaces de coordinar sus acciones para castigar a los Jueces independientes, los Jueces demostraron una falta de voluntad para confrontar al Presidente. Los presidentes argentinos comenzaron a utilizar su discrecionalidad sobre un gran número de Jueces como un medio para subordinar a la Corte. Perón redujo el número de Jueces de ocho a cinco en 1950. En 1958, Frondizi aumentó el número de cinco a siete. Después del golpe de 1966, el número volvió a caer a cinco. Durante la era 1946-1983, Argentina sólo tuvo tres años de fragmentación política. De 1963 a 1966, el Presidente Arturo Illia enfrentó un gobierno dividido, que le impidió someter a las Cortes. Su UCRI tenía solamente un tercio de la Cámara de Representante e Illia fue incapaz de formar una coalición que apoyara sus leyes. La presencia de una fuerte oposición legislativa contribuyó al fracaso de su intento en 1963 de expandir la Corte de siete a once Jueces.

El gobierno unificado y los frecuentes golpes también contribuían a la discrecionalidad del Ejecutivo sobre los nombramientos judiciales. Después de cada golpe militar y del subsecuente regreso al gobierno civil, el Ejecutivo tenía la oportunidad de seleccionar nuevos Jueces. En 1946 Perón reemplazó cuatro de cinco Jueces por sus aliados políticos. Después de los golpes de 1955 y de 1966, los gobiernos militares designaron Jueces antiperonistas que eran favorables a las fuerzas armadas.

En contraste con los inicios de la historia de Argentina, la Corte se caracterizó por una tasa elevada de cambios después de 1946. Por consiguiente, la Corte experimentó purgas en 1946, 1955, 1966, 1973 y 1983. Perón adoptó la práctica de destituir a los Jueces. En respuesta a las resoluciones desfavorables, el Senado controlado por el PJ interpuso juicios de responsabilidad en contra de cuatro Jueces en 1947. El único Juez que mantuvo su cargo fue un partidario militante de Perón. En 1973, el gobierno de PJ destituyó a toda la Corte. Después de los golpes de 1955, 1966, y 1976, los gobiernos *de facto* evitaron los canales institucionales para purgar a la Corte.

La Corte logró refrenarse bastante durante este periodo de gobierno unificado. El juicio de responsabilidad de Perón en contra de cuatro Jueces envió un mensaje claro: los Jueces que contradigan los intereses del gobierno enfrentan un castigo político. En efecto, después de los juicios de responsabilidad, la Corte apoyó actos de dudosa constitucionalidad. Por ejemplo, en la decisión *Balbin*, de 1950, la Corte apoyó la ley de 1949 que prohibía el *desacato*, ofendiendo el buen nombre de un funcionario del gobierno. La Corte aceptó que el gobierno utilizara la ley para suspender a un asambleísta de la oposición sobre la base de que había insultado la dignidad de Perón, y de ese modo permitió que el gobierno silenciara a los legisladores de la oposición (Carrió, 1996, 51-53). Los límites del control constitucional continuaron bajo el gobierno militar de 1976-1983. La Corte no logró detener la desenfadada violación de derechos constitucionales y validó legislación de constitucionalidad cuestionable. La Corte apoyó decretos que sometían civiles a tribunales militares y que prohibían la venta o posesión de ciertos libros. Solamente después de que su popularidad doméstica cayó en picada y que se encontró bajo el creciente escrutinio internacional, la Corte comenzó a aceptar peticiones de *habeas corpus* para individuos que habían estado en prisión durante varios años (Zaffaroni, 1994, 268; Helmeke, 2002).

5. EL GOBIERNO DIVIDIDO DE LA ADMINISTRACIÓN DE ALFONSÍN (1983-1989)

La fragmentación política permitió el movimiento en dirección de la autonomía judicial bajo Alfonsín. El UCRI de Alfonsín nunca tuvo la mayoría en el Senado, y los senadores se involucraron en una intensa negociación entre partidos sobre los nombramientos judiciales. Alfonsín nombró personas de prestigio en la Suprema Corte, y solamente dos de los cinco designados eran miembros del UCR. El gobierno dividido también permitió que la mayoría PJ en el Congreso rechazara la propuesta de Alfonsín de 1987 de aumentar el tamaño de la Corte de cinco a siete Jueces.

Debido a los años de fragmentación política de Alfonsín, el Poder Judicial demostró una renovada habilidad para confrontar al Ejecutivo. Las resoluciones reflejaron una creciente independencia respecto del Presidente. En el contexto de nuestro modelo espacial, el espacio entre las preferencias del Presidente Alfonsín y las preferencias del Congreso es amplio, lo que permite que la Corte tenga la habilidad de impugnar la política del Ejecutivo. Al decidir en contra de iniciativas del gobierno de constitucionalidad cuestionable, los Jueces hicieron la elección estratégica de reafirmar su autonomía. En vista de que la administración aceptaría sus resoluciones bajo el gobierno dividido, los Jueces fueron libres de dictar decisiones adversas.

La Corte declaró inconstitucionales importantes decisiones políticas de Alfonsín. La resolución *Rolán Zappa* rechazó la justificación de emergencia económica de Alfonsín para incautar los activos de las personas pensionadas. En la decisión *La Prensa*, la Corte prohibió a la administración imponer controles de precios en los periódicos. Además, la Corte entró en una era de activismo sin precedente en la protección de derechos constitucionales. Las decisiones de la Corte apoyaron la libertad de expresión, el derecho a la información y la protección de la privacidad (Nino, 1992, 668-73). En este sentido, Scribner señala (en este libro) que la ideología y actitudes liberales de los Jueces se ponen en marcha bajo periodos de gobiernos divididos que les permiten hacer valer los derechos individuales como el derecho de libertad de expresión.

a. La hegemonía del PJ de 1989 a 1997

En contraste con la era de Alfonsín, durante los primeros ocho años de Menem en el cargo (1989-1997), las ramas políticas estuvieron controladas por una determinada mayoría, y la Corte se abstuvo de perseguir una agenda que estaba desfasada de los deseos de la mayoría unificada del PJ. El PJ tenía la mayoría absoluta en el Senado, que contribuía a la discrecionalidad de Menem respecto de los nombramientos judiciales. El PJ y sus aliados dominaron la Cámara de Representantes hasta 1997.

El PJ en el Congreso actuó como un bloque relativamente homogéneo durante ese periodo. La forma en que los legisladores del PJ votaron demostró un alto grado de disciplina. Durante las reuniones semanales del bloque PJ, los líderes del partido informaban a los legisladores las posturas oficiales del partido en las próximas votaciones. Los legisladores del PJ que se oponían a la postura oficial usualmente faltaban a la sesión en lugar de registrar una abstención o votar en contra de su partido. Además, el PJ votaba como un bloque unido en las reuniones del Congreso que crean dictámenes, es decir, los reportes de mayoría y minorías sobre legislación propuesta. Los miembros del PJ presentes en dichas reuniones votaron el mismo dictamen en 496 de 507 votaciones de la Cámara de Representantes, o el 98 por ciento, y en 519 de 525 votaciones del Senado, o 99 por ciento (Jones, 2002, 151-158; Jones, 1997, 279).

El puesto de Menem como Presidente *de facto* del PJ le proporcionó un conjunto de herramientas para imponer disciplina. Estas herramientas fueron esenciales debido a la descentralización del PJ. Menem tenía que imponer disciplina ya que no sucedía de forma natural (Levitsky, 2000).²³ Aunque los estatutos del PJ prohibían que el Presidente de la Nación fuera el líder del PJ, Menem fungió también como Presidente del Partido. Con el objetivo de mantener una fachada de respeto de las leyes formales, el PJ designó a Menem como Presidente del Partido y luego lo colocó en sabático. En realidad, Menem desempeñó el cargo de Presidente de Partido. El rol dual de Menem como líder del PJ y Presidente de la Nación le permitió crear incentivos para que los legisladores del PJ apoyaran su política. Utilizó su discrecionalidad sobre el acceso a las listas electorales del PJ, los recursos económicos y los puestos de dirección del partido para oponerse a la naturaleza descentralizada del mismo. Con estos valiosos recursos, Menem premiaba a los legisladores del PJ que votaban según sus órdenes y castigaba a aquellos que se apartaban de ellas (Mustapic, 1998).

²³ Después del derrocamiento de Perón, surgió una organización descentralizada, informal que eclipsó la jerarquía formal vertical.

El gobierno unificado permitió que Menem emprendiera prácticas para subordinar al Poder Judicial. Expandió la Corte de cinco a nueve Jueces en 1990, lo que le permitió nombrar a cuatro Jueces que le eran leales. Menem utilizó su poder de nombramiento para crear una mayoría pro-gobierno, conocida en Argentina como la “mayoría automática menemista”. La mayoría de los Jueces nombrados por Menem tenía pocos estudios y habían demostrado su lealtad al PJ. Rodolfo Barra, un peronista incondicional, era un ejemplo representativo de los Jueces nombrados por Menem en 1990. Barra admitió su deferencia por Menem: “Mis únicos jefes son Perón y Menem” (Verbitsky, 1993, 56). Durante su cargo como Juez de la Corte, Barra declaró: “Yo sólo emito resoluciones que son favorables a los funcionarios de la administración.” (Baglini, 1993, 101-102). Adolfo Vázquez, el Juez designado por Menem en 1995, afirmó que “cuando hay un caso en contra del gobierno, yo no resuelvo en contra de la administración” (Guagnini, O’Donnell y Sermán, 1997, 10).

La Corte de Menem se abstuvo de confrontar al Ejecutivo en casos de gran importancia política. De 1989 hasta 1997, con la ayuda de su partido, Menem evitó fallos fuera del insignificante intervalo entre P y C. Las preferencias políticas de Menem y de la Legislatura controlada por el PJ son prácticamente indistinguibles. La posición de P dictaba el conjunto de alternativas políticamente viables de la Corte. Debido a las restricciones impuestas por el control de PJ de las ramas ejecutiva y legislativa, la Corte tenía muy poca fuerza independiente. Ésta se derrumbó ante la presión de un gobierno unificado de PJ y aprobó la política controversial de Menem.

La decisión de la Corte de hacer valer el decreto de Menem donde destituía a Ricardo Molinas, el fiscal encargado de las investigaciones administrativas, fue representativa de la postura de la Corte respecto del Presidente. El decreto de Menem violaba el derecho constitucional de una defensa y la protección de permanencia en el cargo de fiscal. De acuerdo con la ley argentina, el juicio de responsabilidad es el único medio para destituir al fiscal en jefe. Tanto las Cortes de Distrito como las de apelación

habían fallado a favor de Molinas. La Corte revirtió la decisión de la Corte inferior y mantuvo el decreto de Menem (Carrió, 1996, 160,168; Baglini, 1993, 147-149). La resolución *Molinas* representó la retirada de la Corte y fue parte de un grupo importante de decisiones donde la Corte respondió de acuerdo con los incentivos mostrados por el modelo espacial.

En la resolución *Peralta*, de 1990, la Corte se alineó con el Presidente cuando apoyó el decreto del Plan Bonex de Menem, de 1990. En contraste con la resolución *Rolón Zappa* de Alfonsín, la Corte de Menem anuló las decisiones de la Corte inferior y aceptó la justificación económica del Presidente para conseguir poderes extraordinarios. Al permitir que los bancos aceptaran depósitos con bonos que tenían un bajo valor en el mercado, el decreto del Plan Bonex de Menem liberó a los bancos de la obligación de regresar los depósitos en efectivo. Al apoyar el decreto, la Corte concedió al Ejecutivo enorme discrecionalidad sobre los depósitos bancarios, violando el artículo 17 de la Constitución, que declara que la propiedad es inviolable. En efecto, la decisión permitió que el gobierno utilizara la emergencia económica como pretexto para infringir los derechos de propiedad (Carrió, 1996, 174-177; Cafferata, 1996, 125-132; Bianchi, 1991). Además, *Peralta* autorizaba el uso de los decretos de necesidad y urgencia, una herramienta que permitió a Menem eludir al Congreso si elaboraba legislación.²⁴

La decisión de *Aerolíneas Argentinas*, de 1990, apoyó otra política controversial. La privatización de la aerolínea propiedad del Estado tuvo lugar en un momento crítico de la implementación del plan de Menem para tratar la crisis económica argentina. Un legislador de UCR se opuso a la venta de la aerolínea por irregularidades. En respuesta al fallo de un Juez de distrito que ordenó la suspensión de la venta, el Ministro de Obras Públicas evadió las Cortes de Apelación y apeló directamente ante la Suprema Corte. Para eliminar los obstáculos a la privatización de la aerolínea, la Corte obtuvo jurisdicción sobre el caso al reclamar que la venta era “un asunto institucional

²⁴ Para un análisis sobre los decretos de necesidad y urgencia en Argentina, *cfr.* Chávez, 2004.

serio”. Aplicó, *per saltum*, una forma en que la Corte Superior puede evadir a las inferiores, argumentando que el asunto requería una rápida resolución para evitar el “daño irreparable”. La resolución estableció un peligroso precedente según el cual la Suprema Corte podía utilizar *per saltum* para intervenir en cualquier caso que involucrara un “asunto institucional serio” (Bianchi, 1997).

El escándalo alrededor de la desaparición de un fallo en contra del Banco Central Argentino también puso en duda la independencia de la Corte de Menem. El 8 de junio de 1993, cinco Jueces firmaron una resolución a favor de un abogado que estaba tratando de cobrar sus honorarios al Banco Central. El abogado intentaba que un banco que estaba en liquidación, el Banco Patagónico, pagara por sus servicios. Se dirigió al banco encargado de la liquidación, el Banco Central de Argentina, porque el Banco Patagónico no podía pagar sus honorarios. La administración de Menem argumentó que dicha decisión provocaría un daño financiero enorme al Banco Central al incitar casos similares. La decisión del 8 de junio desapareció del registro de la Corte. Una nueva resolución a favor del Banco apareció el 16 de junio con la firma de cuatro Jueces que votaron en contra de la decisión original. Los funcionarios del Ejecutivo habían presionado al jefe del tribunal para reemplazar la decisión del 8 de junio con una decisión en favor de la administración de Menem. El comité auditor de la Suprema Corte sostuvo que el Juez del tribunal era el responsable de la desaparición.

La Corte también intervino en las elecciones locales para asegurar la victoria a favor de los candidatos pro-Menem. En 1992, la Corte Federal intervino en la elección para gobernador en la Provincia de Corrientes. La Suprema Corte de la Provincia había apoyado la decisión del Colegio Electoral de Corrientes según la cual el candidato del Pacto Autonomista Liberal (PAL) había derrotado al candidato del PJ. El PJ de Corrientes apeló ante la Suprema Corte Federal, y la Corte de Menem nulificó la elección en el día de la apelación. Al declarar nula la decisión del Colegio Electoral, la Corte violó el artículo 105 de la Constitución, que declara que las provincias

eligen a sus oficiales sin intervención federal (Carrió, 1996, 186; Verbitsky, 1993, 211-218; Baglini, 1993, 151-155). La Corte también intervino en elecciones locales en el caso *Avellaneda*. Aunque las elecciones estaban repletas de irregularidades, la Corte decidió que el candidato menemista podía asumir la alcaldía de Avellaneda (Baglini, 1993, 150-151; Verbitsky, 1993, 191-197).

b. Fragmentación política durante los dos últimos años de Menem en el cargo

Las elecciones de mitad de periodo de octubre de 1997 marcaron el comienzo del retorno a la fragmentación política. El UCR y el recientemente formado Frente por un País Solidario (Frepasso) unieron sus fuerzas para convertirse en la Alianza Trabajo, Justicia y Educación que venció al PJ. Por primera vez, Menem tuvo dificultades para imponer su agenda en la Cámara de Representantes. La mayoría de *Alianza* en la Cámara de Representantes creó la oportunidad para que los Jueces hicieran valer su autonomía. Mientras la brecha entre las preferencias de Menem y las del Congreso se expandieron, la Corte ganó más libertad para dictar resoluciones en contra de los intereses del Presidente. La posición de P ya no dictaba el conjunto de alternativas políticamente viables de la Corte. Ésta podía dictar sentencia en cualquier lado dentro del creciente intervalo entre P y C.

Un cambio en la composición del Tribunal no fue necesario para que la Corte reafirmara su autonomía. La fragmentación política era suficiente para dar a los Jueces la oportunidad de decidir en contra de los intereses del Ejecutivo. Por ejemplo, el gobierno dividido estableció el escenario para que la Corte se opusiera a la reelección de Menem para un tercer periodo consecutivo, que al final Menem decidió no buscar. Antes de la derrota del PJ en las elecciones de mitad de periodo de 1997, parecía probable que la Corte permitiera que Menem se postulara por un tercer periodo, a pesar de la prohibición constitucional de más de dos periodos consecutivos. La fuerza en aumento de la oposición en el Congreso después de 1997 permitió a la Corte resistir la presión del Ejecutivo. Los Jueces, incluyendo miembros de la

“mayoría automática de Menem”, señalaron que declararían inconstitucional un tercer periodo si el caso llegaba a la Suprema Corte.

La misma también cambió su postura sobre la venta ilegal de armas a Ecuador y Croacia. Antes de 1997, la Corte apoyó a Menem al respaldar sus esfuerzos para interrumpir las investigaciones sobre el papel de los funcionarios públicos en las ventas. En respuesta a los esfuerzos para condenar a los funcionarios en las Cortes de primera instancia, la administración trató de apelar directamente a la Corte. A diferencia de la resolución de *Aerolíneas Argentinas*, de 1990, que aplicó *per saltum*, la Corte se negó a eludir a las de apelación en 1999.

En la Argentina posterior al gobierno de Menem, la fragmentación e inestabilidad política (siete presidentes desde que Menem dejó el cargo en 1999) ha dado a la Corte la oportunidad de dictar decisiones de alto perfil que confrontan al gobierno. En efecto, en las decisiones *Smith* y *Tobar*, de 2002, el caso *San Luis*, de 2003, la decisión 2006 *Badaro*, y el caso *Rosza*, de 2007, la Suprema Corte limitó el poder del Estado (Kapiszewski, 2005; Levitsky y Murillo, 2008, 21). Aunque los peronistas mantuvieron una mayoría a lo largo de la era Kirchner (2003-actualidad), en contraste con los primeros años de Menem, el partido se volvió muy fragmentado. Incluso Néstor Kirchner (2003-2007), que se distingue por su consolidación del poder, enfrentó un PJ escindido en el Congreso. En las elecciones de mitad de periodo de 2005, el PJ presentó múltiples listas rivales, a menudo contraponiendo el Frente Para la Victoria (FPV) de Kirchner a las facciones en pugna apoyadas por los oponentes de Kirchner dentro del PJ. De hecho, las listas electorales del PJ contenían tantos candidatos no-peronistas como anti-Kirchner (Jones, 2006, 6). Además, desde que Cristina Fernández de Kirchner tomó el lugar de su marido en el 2007, el poder del PJ en el Congreso ha seguido erosionándose. En las elecciones legislativas del 2009, el FPV perdió su mayoría en ambas Cámaras, lo que dio a la Corte mayor libertad para ejercer su independencia respecto del Presidente.

6. CONCLUSIONES

Este capítulo presenta una teoría que explica por qué el nivel de autonomía judicial en un determinado país puede sufrir altibajos con el tiempo. Los Jueces tienen típicamente pocos recursos para resistir los intentos de los funcionarios electos de modificar las decisiones judiciales. Como Alexander Hamilton argumenta en *El Federalista* 78, la Corte no tiene ni la cartera ni la espada y por tanto no tiene los medios para resistir la voluntad unificada de las otras partes del gobierno. Argumentamos que la fragmentación del poder entre las ramas electas puede establecer el escenario para un Poder Judicial independiente. En un sistema presidencial, esta fragmentación a menudo ocurre a través de la elección de un gobierno dividido políticamente. Cuando partidos diferentes ocupan los poderes Ejecutivo y Legislativo del gobierno, el Poder Judicial tiene más libertad para dictar resoluciones en contra de una de las ramas políticas. La historia de la independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos y en Argentina muestra que este enfoque ofrece bastante claridad respecto de las vicisitudes de la independencia judicial.

Nuestra teoría es parte de una nueva corriente sobre la obediencia de la Constitución, según la cual para apoyarla, es necesario que los funcionarios políticos tengan incentivos para acatar las disposiciones constitucionales.²⁵ Las principales características de las Constituciones democráticas, incluyendo el Estado de derecho, los derechos de los ciudadanos y la propia democracia, deben ser autocumplidas para perdurar. Nuestro enfoque contribuye con esta corriente al mostrar un conjunto de condiciones donde puede sostenerse un aspecto crítico del Estado de derecho, es decir, un Poder Judicial independiente. En particular, mostramos un conjunto de condiciones en las que los funcionarios políticos tienen incentivos para anular las decisiones de las Cortes y otras en las que respetarían la autonomía de las decisiones.

²⁵ Cfr., por ejemplo, Ordeshook, 1992; Przeworski, 1991; y Weingast, 2003.

Sin embargo, nuestro enfoque tiene limitaciones. La teoría espacial que hemos presentado es una explicación “externalista” del comportamiento judicial, ya que plantea qué condiciones externas a las Cortes o a la ley pueden moldear los incentivos de los Jueces y por tanto, puede alterar su comportamiento. Podemos imaginarnos otras explicaciones externalistas que no se centran en el carácter de las ramas políticas sino en las disposiciones de las formaciones sociales con poder como el ejército, los gobiernos regionales relativamente independientes, los sindicatos de trabajadores, los grupos étnicos minoritarios, o los movimientos sociales. Con excepción del trabajo sobre el papel de los movimientos sociales o coaliciones de reforma, tales explicaciones externas alternativas siguen estando poco desarrolladas en la literatura.²⁶

Las teorías externalistas se oponen a las explicaciones internas del comportamiento judicial. Parte de la misma idea de legalidad o del Estado de derecho es la noción de que hay una explicación para cualquier resolución judicial correcta que se remite solamente a las fuentes internas de la ley, incluyendo estatutos, decisiones previas, y principios aceptados de interpretación. Por tanto, no debemos sorprendernos de que, en casi todos los casos que hemos discutido en este capítulo, también exista una explicación interna más o menos plausible del resultado, al menos una que sea plausible para los actores e intérpretes legales. Por tanto, el cuestionamiento surge de la relación entre las explicaciones internas y externas. Al igual que Hilbink y Kapiszewski, no pensamos que la relación sea de estricta oposición. Podría ser cierto que hay dos explicaciones separadas y que no se traslapan sobre lo que lleva a un Juez a decidir un caso de una manera en particular. Esto puede ocurrir de maneras distintas.

²⁶ La floreciente literatura sobre la construcción del Estado de derecho consta de impresionante erudición sobre el papel clave de los actores no-estatales, en particular la sociedad civil y la comunidad internacional (Peruzzotti y Smulovitz, 2006). En Guatemala y México, las organizaciones no gubernamentales han sido actores clave en la promoción de la reforma judicial (Sieder, 2003; Domingo, 2004). En un impresionante estudio sobre la implementación de la política judicial en México, Staton muestra cómo el apoyo público de las Cortes presiona a los funcionarios estatales para cumplir fallos adversos (Staton, 2004).

En primer lugar, es posible que las explicaciones internas estén disponibles para casi cualquier patrón de decisiones. Aun si la explicación externa específica es cierta, siempre hay una explicación interna *ex post* disponible. Sin embargo, podríamos decir en este caso que la explicación interna está haciendo el trabajo causal. Los realistas jurídicos puros y otros estudiosos a menudo adoptan ese punto de vista. Una segunda posibilidad es tal vez más interesante: tanto los factores internos como externos establecen límites reales a las decisiones, sin definirlos en sentido estricto. Típicamente, uno pensaría que las Cortes no están obligadas a hacer un arreglo específico en función de las circunstancias adversas externas sino que tienen alguna elección respecto de qué línea desean tomar. La opinión de John Marshall en *Marbury* ejemplifica tal creatividad frente a la cruda realidad, una forma de “arrebatar” una victoria (la legitimidad del control constitucional) a la necesidad de ceder ante los demócratas jeffersonianos en el asunto del propio Sr. Marbury. Obviamente, sobre la base de este trabajo, no podemos determinar la forma más plausible donde las explicaciones externa e interna puedan interactuar. Y algunas circunstancias políticas pueden plantear el conflicto entre la ley y la política de forma tan seria que solamente la explicación externa parece viable. Sin embargo, podríamos afirmar que tales circunstancias son escasas.

Además, nuestra teoría está formulada para sistemas presidenciales donde se supone que el Poder Judicial goza de independencia constitucional respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo, que son ramas coordinadas o “iguales”. En la mayoría de los sistemas parlamentarios europeos, la independencia judicial no está generalmente garantizada y toma una forma bastante diferente, ya que el ejercicio de la autoridad judicial (y ejecutiva) en dichos sistemas debe estar estrictamente subordinada a la Legislatura; los Jueces deben hacer valer las leyes que el Parlamento elabora y no se les permite anularlas sobre bases constitucionales. En tales sistemas, la independencia judicial se encuentra típicamente protegida de otras formas. Algunas veces el Poder Judicial es esencialmente autoreclutado: los Jueces son electos a través exámenes de la administración pública administrados por el Poder Judicial, y el ascenso se obtiene por el mismo medio o bien a través

de paneles de funcionarios judiciales de alto rango. Además, en tales sistemas, los Jueces pueden protegerse y a su institución, al tomar un punto de vista muy literal de los códigos legales legislados y dejar que la Legislatura reforme el código si desea que los Jueces se comporten de forma distinta. Mientras una simple mayoría pueda promulgar o cambiar la legislación, una mayoría parlamentaria tiene poca necesidad de intentar interferir con los Jueces.

Sin embargo, se podría poner en práctica nuestra idea de la fragmentación política de formas que puedan adaptarse a la realidad del gobierno parlamentario. Por ejemplo, los gobiernos de coalición o minoritarios, ambos muy comunes en los sistemas parlamentarios, probablemente tienen menor capacidad para responder a los fallos judiciales adversos y por tanto pueden dar a los Jueces más espacio para actuar de forma autónoma. Podríamos construir una gran variedad de medidas que pueden representar con precisión el grado en que los miembros de la coalición se oponen a las decisiones judiciales. Además, muchos gobiernos parlamentarios contemporáneos parten del modelo estándar (Westminster) al tener una segunda Cámara con auténticos poderes legislativos. Asimismo, el desarrollo relativamente reciente de las Cortes Constitucionales a lo largo del mundo ha introducido la posibilidad de que los Jueces constitucionales tengan poderes y protecciones constitucionales explícitos (como en la posguerra en Alemania e Italia, en la Quinta República en Francia, y en Canadá después de la Carta de los Derechos y las Libertades) y puedan actuar de forma muy independiente respecto de las otras ramas electas del gobierno (Ferejohn y Pasquino, 2004). Efectivamente, dichos gobiernos presentan una separación de poderes fundada tradicionalmente en los sistemas presidenciales. Finalmente, el surgimiento de poderosas instituciones judiciales supranacionales, como la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de los Derechos Humanos, presenta arenas donde los Jueces son capaces de actuar de forma independiente. Esta tendencia es evidentemente más visible en el Reino Unido, que recientemente incorporó la Convención Europea de los Derechos Humanos, permitiendo a sus Jueces ejercer un tipo moderado de control constitucional sobre los estatutos parlamentarios.

REFERENCIAS

- Alonso, Paula. 2000. *Between Revolution and the Ballot Box: The Origins of the Argentine Radical Party*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Baglini, Raúl, et al. 1993. *Juicio a la Corte*, Buenos Aires: Mecanografix.
- Barros, Robert. 2003. "Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile", en *Democracy and the Rule of Law*, eds. J. M. Maravall y A. Przeworski, New York: Cambridge University Press.
- Bednar, Jenna, William Eskridge, y John Ferejohn. 2001. "A Political Theory of Federalism", en *Constitutional Culture and Democratic Rule*, ed. John Ferejohn, Jack N. Rakove, y Jonathan Riley, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bianchi, Alberto B. 1997. "¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional?", *El Derecho* 172.
- _____. 1991. "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *La Ley (Jurisprudencia)* 41.
- Burnham, Walter Dean. 1970. *Critical Elections and the Mainsprings of American Politics*, New York: Norton.
- Cafferata, Fernando J. 1996. *Nuevas Instituciones en la Constitución Nacional*, Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Carrió, Alejandro. 1996. *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Chavez, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford University Press.
- Cohen, Linda R., y Matthew L. Spitzer. 1994. "Solving the *Chevron* Puzzle", *Law and Contemporary Problems* 57.
- Cohen, William, y Jonathan D. Varat. 1993. *Constitutional Law: Cases and Materials*. 9th ed., Westbury, N.Y.: Foundation Press.
- Couso, Javier A. 2003. "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, 10.
- Cushman, Barry. 1998. *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford: Oxford University Press.
- Domingo, Pilar. 2000. "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies*, 32.
- Eder, Phanor J. 1960. "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal* 21.
- Eskridge, William N., Jr. 1991. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", *Yale Law Journal* 101.
- Eskridge, William N. Jr., y John Ferejohn. 1992. "Making the Deal Stick: Enforcing the Original Constitutional Structure of Lawmaking in the Modern Regulatory State", *Journal of Law, Economics and Organization* 8.
- Falcoff, Mark y Ronald H. Dolkart. 1975. "Political Developments", en *Prologue to Perón: Argentina in Depression and War, 1930-1943*, ed. Falcoff y Dolkart, Berkeley: University of California Press.

Fayt, Carlos. 1995. *Nuevas fronteras del derecho constitucional: La dimensión político-institucional del Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires: La Ley.

_____. 1994. *La supremacía constitucional y la independencia de los Jueces*, Buenos Aires: Depalma.

Ferejohn, John A., y Larry D. Kramer. 2002. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", *New York University Law Review* 77.

Ferejohn, John, y Pasquale Pasquino. 2004. "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *University of Texas Law Review* 81.

_____. "Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Toward an Institutional Theory of Constitutional Justice", en *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe*, ed. Wojciech Sadurski, The Hague: Kluwer Law International.

Ferejohn, John, y Barry Weingast. 1992. "A Positive Theory of Statutory Interpretation", *International Review of Law and Economics*, 12.

_____. 1992. "Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation", *Georgetown Law Journal* 80.

Finkel, Jodi S. 2008. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.

_____. 2005. "Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s", *Latin American Politics and Society*, 47.

- Gambini, Hugo. 1999. *Historia del Peronismo: El poder total, 1943-1951*, Buenos Aires: Planeta.
- Gely, Rafael, y Pablo T. Spiller. 1990. "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the *State Farm* and *Grove City* Cases", *Journal of Law, Economics and Organization* 6.
- Gillman, Howard. 1993. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Power Jurisprudence*, Durham: Duke University Press.
- Ginsburg, Thomas. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press.
- Guagnini, Lucas, Santiago O'Donnell, y Ernesto Semán. 1997. "Estado contra Vázquez", *Tres Puntos* 1: 10-11.
- Helmke, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, New York: Cambridge University Press.
- _____. 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy", *American Political Science Review* 96.
- Hilbink, Elisabeth. 2007. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, New York: Cambridge University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Iaryczower, Matías, Pablo T. Spiller, y Mariano Tommasi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina, 1935-98", *American Journal of Political Science* 46.

Ishiyama-Smithey, Shannon y Ishiyama, John. 2002. "Judicial Activism in Post-Communist Politics", *Law and Society Review*, 36.

Jones, Mark P. 2006. "Consolidating Kirchner's Control: The 2005 Elections in Argentina", *Harvard Review of Latin America* 1 (Spring/Summer).

———. 2002. "Explaining the High Level of Party Discipline in the Argentine Congress", en *Legislative Politics in Latin America*, ed. Scott Morgenstern y Benito Nacif, Cambridge: Cambridge University Press.

———. 1997. "Evaluating Argentina's Presidential Democracy: 1983-1995", en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, ed. Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, Cambridge: Cambridge University Press.

Kapiszewski, Diana. 2005. "The Supreme Court and Constitutional Politics in Post-Menem Argentina" Trabajo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Ciencia Política, Washington, DC.

Key, V.O. 1955. "A Theory of Critical Elections", *Journal of Politics*. 17.

Levitsky, Steven. 2000. "An Organized Disorganization: Informal Structures and the Persistence of Mass Organization in Argentine Peronism" Trabajo presentado en Reunión Anual de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Miami, Florida.

- Levitsky, Steven y María Victoria Murillo. 2008. "Argentina: From Kirchner to Kirchner", *Journal of Democracy* 19 (April).
- Luna, Félix. 1984. *Perón y su tiempo: La Argentina era una fiesta*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Magaloni, Beatriz. 2008. "Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico", en *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, ed. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa, Cambridge: Cambridge University Press.
- McCubbins, Mathew, Roger Noll, y Barry Weingast. 1995. "Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law", *Southern California Law Review* 68.
- Miller, Jonathan M. 1998. "Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina", *Hastings International and Comparative Law Review* 21.
- _____. 1997. "Courts and the Creation of a 'Spirit of Moderation': Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929", *Hastings International and Comparative Law Review* 20.
- Molinelli, N. Guillermo, M. Valeria Palanza, y Gisela Sin. 1999. *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina: Materiales para su estudio*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial.
- Molinelli, Guillermo. 1991. *Presidentes y Congresos en Argentina: Mitos y realidades*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano.
- _____. "Sobre 'Gobierno unificado/dividido' en América Latina." Manuscrito sin publicar. 4 de abril de 1998.

- Mustapic, Ana María. 1998. "Oficialistas y diputados: las relaciones Ejecutivo-Legislativo en la Argentina" Trabajo presentado en la Conferencia Legislaturas en América Latina: Perspectivas Comparadas, Ciudad de México.
- Nino, Carlos S. 1993. "On the Exercise of Judicial Review", en *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, ed. Irwin P. Stotzky, Boulder: Westview.
- Ordeshook, Peter C. 1992. "Constitutional Stability", *Constitutional Political Economy* 3.
- Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz, eds. 2006. *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in New Latin American Democracies*, Pittsburg: University of Pittsburgh Press.
- Przeworski, Adam. 1991. *Democracy and the Market*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ramseyer, J. Mark. 1994. "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*, 23.
- Remmer, Karen L. 1984. *Party Competition in Argentina and Chile: Political Recruitment and Public Policy, 1890-1930*, Lincoln: University of Nebraska Press.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society*, vol. 49, no. 1, Spring 2007 "The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics and Society*, 49.
- Rodríguez Lamas, Daniel. 1984. *La presidencia de Frondizi*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

- Sieder, Rachel. 2003. "Renegotiating 'Law and Order': Judicial Reform and Citizen Responses in Post-war Guatemala", *Democratization*, 10.
- Smulovitz, Catalina. 1988. *Oposición y gobierno: Los años de Frondizi*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- Staton, Jeffrey K. 2006. "Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results", *American Journal of Political Science* 50 (enero).
- _____. 2004. "Judicial Policy Implementation in Mexico City and Mérida", *Comparative Politics*, 37.
- Szusterman, Celia. 1993. *Frondizi and the Politics of Developmentalism in Argentina, 1955-62*, London: Macmillan.
- Taylor, Matthew M. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford: Stanford University Press.
- Verbitsky, Horacio. 1993. *Hacer la Corte: La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta.
- Weingast, Barry R. 2003. "The Self-enforcing Constitution", Working Paper, Stanford University.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1994. *Estructuras Judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Sociedad Anónima Editora.

Capítulo 9

*C*ortes, poder y derechos en Argentina y Chile*

*Druscilla Scribner***

* Quisiera agradecer a los colaboradores, editores y dictaminadores por sus útiles comentarios y sugerencias. Este capítulo se basa en la investigación financiada por Fulbright Chile, Fulbright Argentina, y el Programa de Becas Boren.

** Profesora en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Wisconsin, Oshkosh. Es doctora en ciencia política por la Universidad de California en San Diego. Sus intereses de investigación son política comparada de América Latina, estudio comparado de los tribunales y del papel de las mujeres en la política, y el impacto de las Cortes regionales en la política nacional. Su tesis doctoral es *Limiting Presidential Power: Supreme Court-Executive Relations in Argentina and Chile*. Sus artículos han sido publicados en revistas como *Comparative Politics* y *Politics and Gender*.

I. INTRODUCCIÓN

Con el regreso de la democracia a la región, los académicos han hecho énfasis en el papel del Poder Judicial, que enfrenta dos “tendencias peligrosas” en América Latina: las restricciones sobre derechos fundamentales democráticos, como la libertad de expresión; y el crecimiento de un poder presidencial centralizado y sin restricciones (Gargarella, 2004, 182). ¿Bajo qué condiciones políticas es más probable que los Jueces arbitren conflictos políticos sobre el uso del poder y sean los mediadores de las relaciones entre el poder del Estado y los derechos individuales? Este capítulo pretende dar respuesta a esta pregunta a través de un análisis histórico comparativo del impacto de las condiciones internas y externas del entorno político en el activismo judicial contra el Ejecutivo en casos referentes al uso presidencial de poderes de excepción y a la protección judicial activa de la libertad de expresión en Chile y Argentina. Los casos de estos dos países presentan relaciones históricas entre el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte muy diferentes. Aunque la autoridad judicial para controlar la acción gubernamental se ha expandido en ambos países en el periodo de tiempo examinado, aproximadamente desde 1940 hasta el 2000, por más de seis décadas hubo una considerable

variación en la respuesta judicial al uso presidencial de poderes de excepción y protección de derechos, probablemente más variación de lo que predijeron las explicaciones tradicionales sobre las Cortes latinoamericanas (hasta el grado que éstas no eran consideradas relevantes para el estudio).¹

La primera parte de este capítulo elabora un análisis comparativo de Chile y Argentina respecto al registro empírico de datos sobre las decisiones de la Corte en estas dos áreas (poderes de excepción y libertad de expresión). La sección concluye situando a Argentina y Chile en dos dimensiones: una dimensión horizontal que captura si las Cortes superiores sirven como “árbitro de poder” (limitando el poder político) y una dimensión vertical que representa el grado en que dichas Cortes garantizan los derechos individuales. La segunda parte presenta dos explicaciones del proceso de toma de decisiones judiciales. La primera considera a los Jueces como ideólogos sin restricciones y por tanto enfatiza en los factores internos de la Corte. El segundo enfoque ve a los Jueces como creadores estratégicos de políticas públicas, limitados políticamente y destaca los factores externos a las Cortes como trascendentes para entender el comportamiento judicial. Ambos enfoques se ocupan de la deferencia judicial ante el poder del Estado y de la débil protección de derechos.

Después, presento un análisis comparativo del proceso de toma de decisión en casos relacionados con el poder de excepción y la libertad de expresión en Chile y Argentina, utilizando una base de datos longitudinal de las decisiones judiciales en cada país. La tercera sección se centra en una discusión sobre los resultados de este análisis. Esta discusión involucra muchos aspectos importantes. En primer lugar, no hay garantía de que, teniendo el espacio para actuar de acuerdo con sus propias creencias, los Jueces preferirán asumir un papel activo como árbitros del poder político o promoviendo los

¹ Por ejemplo, Mechan (1967) escribe en los años sesenta que debido a la dominación política del Poder Ejecutivo no es necesario considerar o estudiar los poderes Legislativo y Judicial del gobierno —ambos subordinados al Ejecutivo. Dos décadas más tarde Wynia (1984) señala que los pesos y contrapesos entre los tres poderes del gobierno son más un mito que una realidad en América Latina.

derechos individuales. En segundo lugar, los Jueces no juegan el mismo papel en cada arena política. En resumen, la mezcla de factores (políticos) que ayudan a explicar mejor el comportamiento judicial respecto del Ejecutivo en cuestiones de poder estatal, difiere de aquellos factores (ideológicos) asociados con la protección judicial de (o la incapacidad para proteger) los derechos fundamentales.

2. PODERES DE EXCEPCIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CORTES:

UNA BREVE VISIÓN DE CONJUNTO

Este trabajo se centra específicamente en las relaciones entre la Suprema Corte y el Ejecutivo en dos áreas: el uso de los poderes de excepción (también denominada aquí como poderes de emergencia) por los presidentes y la protección judicial de la libertad de expresión en dos países vecinos con historias muy diferentes de la interferencia política en el Poder Judicial. Chile es uno de los pocos países en la región que se considera tiene una historia democrática bastante estable e instituciones de rendiciones de cuentas que funcionan, incluyendo una Suprema Corte libre de interferencia política declarada, en gran parte porque la influencia presidencial en los nombramientos del Poder Judicial es mediada por la misma Corte. Chile también se destaca de sus vecinos por haber instaurado prácticas estables en cuanto a la duración de los Jueces en el cargo y procedimientos de nombramiento y remoción consistentes.

Por su parte, Argentina se caracteriza por la inestabilidad institucional, el hiper-presidencialismo, y la severa politización de la Corte a lo largo del tiempo (O'Donnell, 1998b). La duración en los cargos pertenecientes al Poder Judicial no ha sido respetada en Argentina; y casi cada gobierno del periodo posterior a la guerra ha creado su "propia" Corte. Si comparamos los Jueces de la Suprema Corte en los dos países, los argentinos renuncian más a menudo o son destituidos del cargo, mientras que los chilenos tienen tendencia a morir en el cargo o jubilarse, y gozar casi del doble del promedio de duración

en el cargo que sus contrapartes argentinos (Scribner, 2004). Además, la dependencia política, específicamente de la Suprema Corte argentina, es considerada responsable de la concentración de poder en la rama ejecutiva del gobierno y de la endeble protección judicial de los derechos individuales consagrados en la Constitución (Oteiza, 1994).

La dominación presidencial política e institucional en América Latina tiene orígenes legales formales y raíces políticas informales. En Chile y Argentina éstas implican expansiones significativas del poder presidencial bajo los regímenes militares, el uso de declaraciones de estado de excepción para limitar las libertades individuales (y la autoridad provincial en Argentina) a lo largo del tiempo, y el poder para legislar en materias consideradas urgentes (a menudo respecto una emergencia económica) tanto durante el periodo democrático como en el autoritario. A su vez, la dominación presidencial del sistema político ha impactado de forma negativa la calidad de la representación democrática y de los derechos individuales constitucionales. El resto de esta sección presenta un breve panorama de cómo las dos Supremas Cortes nacionales han respondido a las controversias constitucionales y legales en relación con el uso presidencial de poderes de excepción y de aquellas relacionadas con la libertad de expresión. El resumen de la acción/inacción judicial de estas áreas clave abarca desde la Presidencia de Alessandri hasta los años noventa (1932-2000) en Chile y a partir de la Presidencia de Perón hasta la década de los noventa (1946-2000) en Argentina.

a. Poderes de excepción

Actualmente, el uso del poder de excepción por los Ejecutivos es mucho menos común que hace medio siglo. Los presidentes invocan poderes policíacos explícita o implícitamente, en respuesta a una gran variedad de crisis, producto de agitaciones políticas domésticas e internacionales, trastornos económicos severos o desastres naturales. Durante los periodos de excepción, los Presidentes son investidos con autoridad para restringir temporalmente los derechos individuales como un medio para obtener el control

inmediato de la situación. En esos momentos, cuando otros canales de control y moderación están cerrados, “todas las miradas se dirigen hacia las Cortes superiores para restringir los impulsos de poder” (Gargarella, 1996, 246). Desafortunadamente, la opinión ampliamente sostenida de la Cortes en Argentina y Chile es que incluso en periodos de democracia constitucional, la autoridad presidencial para suspender derechos, bajo estados de excepción, ha encontrado únicamente una débil resistencia. La “... norma para las Cortes y Legislaturas [en Argentina, por ejemplo] ha sido la abdicación en favor del Poder Ejecutivo, ya sea a través de un apoyo activo o bien por medio de la falta de acción” (Banks y Carrió, 1993, 6).

Para encontrar la respuesta judicial en los casos de poderes de excepción de cada país, me centro únicamente en los conflictos relacionados con tres tipos de poderes de excepción: estados de sitio (declarado en respuesta a un disturbio político interno o doméstico), facultades extraordinarias (el Poder Legislativo otorga autoridad de emergencia al Ejecutivo), y estados de emergencia.² Estos estados de excepción han sido un hecho histórico para

² Los poderes de excepción tienen raíces legales y formales muy diferentes en cada país y esto, a su vez, ha tenido un impacto tanto en los tipos de poderes impuestos por los presidentes como en las doctrinas desarrolladas por los Jueces para impugnar las acciones presidenciales. Por ejemplo, en Argentina el *estado de sitio* (específicamente) supone la posibilidad de restricciones de derechos más generales que en el caso chileno, y ha sido ampliamente utilizada hablando de preocupaciones de seguridad interna. El estado de sitio es la única situación de poderes de excepción constitucionalmente reconocida en Argentina. En contraste, la Constitución chilena también permite que el Legislativo otorgue poderes de emergencia (*facultades extraordinarias* necesarias para defender al Estado, conservar el régimen constitucional, o proteger la paz interna del país) que conllevan a un ámbito más grande de poderes de excepción (incluyendo restricciones sobre los derechos fundamentales) en lugar de aquellos previstos por el estado de sitio de Chile (Caffarena de Jiles, 1957; Bravo Michell y Sharim Paz, 1958; Mera, González y Vargas, 1987a, 1987b). Todas las principales leyes que confieren facultades extraordinarias a los presidentes democráticamente electos en Chile fueron presentadas ante el Congreso por medio de un mensaje presidencial. Hasta 1994, la Constitución argentina no reconocía explícitamente las concesiones legislativas de poder al Ejecutivo. En su lugar, las crisis económicas y sociales han sido confrontadas en Argentina, así como lo han sido en los Estados Unidos, por medio del ejercicio de los *poderes policiales* del gobierno para asegurar el bienestar general o proteger los intereses públicos vitales. A finales de los años ochenta y durante la década de los noventa, los presidentes argentinos Alfonsín y Menem respondieron a las situaciones económicas con un tipo único de medida legal extraordinaria: sin ningún fundamento en la legislación de emergencia, los decretos presidenciales de emergencia fueron aprobados por el Congreso y denominados en función de sus grados de necesidad y urgencia. Estos decretos enfrentaron una gran cantidad de críticas legales (Ekmekdjian, 1989; García Belsunce, 1993; Lugones, Garay, Dugo y Corcuera, 1992; Pérez Hualde, 1995; Sagüés, 1990) y posteriormente, los DNU (Decretos de Necesidad y Urgencia) fueron incorporados en la Constitución de 1994 (Badeni, 1994; Comadira, 1995; Dromi, y Menem, 1994; Pérez Hualde, 1995; 1997). Finalmente, *los estados de emergencia* no fueron reconocidos constitucionalmente en ninguno de los dos países; sin embargo, los gobiernos militares en ambos países han instaurado estados de emergencia. En Chile, el “estado de emergencia” como un régimen de excepción fue originalmente creado por gobiernos democráticamente electos para responder a los temas de seguridad durante la Segunda Guerra Mundial y posteriormente se amplió para incluir las justificaciones

los regímenes democráticos y autoritarios desde principios del periodo constitucional, tanto en Chile como en Argentina. Por ejemplo, en Argentina, entre 1862 y 1986, hubo 44 declaraciones de estado de sitio solamente bajo gobiernos democráticos —de esas declaraciones, 64% fueron decretadas por el Presidente (Molinelli, 1989). En Chile, que tiene una de las historias democráticas más largas en la región, la población vivió bajo estado de sitio o condiciones de estado de emergencia durante un total de 12 años y 3 meses antes del *coup d'état* de 1973 (Garretón Merino). En la historia contemporánea de Argentina y Chile, de los años treinta en adelante, el concepto de “seguridad nacional” ha sido asociado con orden interno o doméstico. En ambos países, las declaraciones de regímenes de excepción han sido justificadas por una doctrina de seguridad nacional internamente focalizada. Durante los periodos democráticos, los estados de sitio, estados de emergencia y otorgamientos de poderes de emergencia fueron utilizados y justificados, algunas veces de forma paradójica, como necesarios para preservar las instituciones democráticas y mantener el Estado de derecho (Garretón Merino, 1987).

Durante los últimos gobiernos autoritarios en Chile y Argentina, esta doctrina de seguridad nacional sufrió cambios fundamentales y fue utilizada para justificar una reestructuración total de las relaciones entre Estado y sociedad, tanto en las esferas política como económica. Las Cortes Supremas de ambos países han sido objeto de importantes críticas por su desempeño bajo los gobiernos militares respecto de la protección de derechos fundamentales. Diez mil peticiones de *habeas corpus* y de *amparo* fueron desestimadas cuando las Cortes abandonaron su papel constitucional de protección de derechos individuales frente a la tiranía.³ Aun así, las doctrinas

de “conmoción interna” y fue utilizado para confrontar conflictos internos (Caffarena de Jiles, 1957; Mera, Gonzalez y Vargas, 1978b). La Ley de Seguridad Interior del Estado aprobada el 6 de agosto de 1958, autorizó de forma permanente al Presidente a declarar los estados de emergencia sin el permiso expreso del Congreso (Schweitzer).

³ Bajo el gobierno militar en Chile, la Suprema Corte desestimó todos, excepto diez de los 5,400 recursos de *habeas corpus* interpuestos por la Vicaría de Solidaridad entre 1973 y 1983. Sobre la aquiescencia de la Suprema Corte chilena *cfr.* ICJ (1992), Vaughn (1993), Vargas Viancos (1995), y Jon M. Van Dyke y Gerald W. Berkeley (1992) “Redressing Human Rights Abuses”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 243, 249-251.

utilizadas y los argumentos reunidos por los Jueces, ya sea para apoyar o controlar el poder bajo la dictadura, están muy relacionados con aquellos empleados durante periodos democráticos.

Las controversias legales a los poderes de excepción cuestionan ya sea la legalidad/constitucionalidad de la declaración de poder de excepción o bien la medida individual a través de la cual el individuo busca liberación o reparación (como una orden de arresto, detención, negación para entrar o salir del país, duración de la restricción, etcétera). La jurisprudencia de la Suprema Corte en estos temas es compleja y ha variado a lo largo del tiempo, aunque en ambos países hay una evolución general, no lineal, hacia un mayor control constitucional de las acciones individuales del Ejecutivo (Scribner, 2004). En general, los temas legales, constitucionales y doctrinales involucrados en el ejercicio de una autoridad excepcional son similares en ambos regímenes de excepción (*e.g.* estados de sitio) y emergencia o legislación extraordinaria, ya que cada uno está justificado por circunstancias que crean un “estado de necesidad”. En el corazón de las controversias legales y constitucionales en estos temas compiten las interpretaciones de los límites constitucionales del Poder Ejecutivo y las relaciones constitucionales entre los individuos y el poder del Estado.

La mayoría de los cuestionamientos sobre el uso de poderes de excepción implican medidas ejecutivas que tienen como consecuencia violaciones de derechos individuales, arrestos, y detenciones. Por tanto, los recursos de *habeas corpus* y *amparo* son el camino más común para reparar este tipo de violaciones a los derechos individuales, y típicamente los casos llegan a las Cortes Supremas en la instancia de apelación.⁴ Los caminos adicionales para corregir las violaciones de derechos incluyen el *recurso de protección* en Chile y el *recurso extraordinario* en Argentina, que también llega al Tribunal

⁴ En América Latina, el *derecho de amparo*, que solo puede ser una *acción* o *recurso*, fue establecido por primera vez en la Constitución Federal Mexicana (1857, artículos 101 y 102) como una forma de proteger todos los derechos individuales con carácter constitucional. Mecanismos institucionales similares son los *mandados de segurança* de Brasil (denominados en español, mandamiento de amparo); el *recurso de protección* de Chile (artículo 20 de la Constitución de 1980); la *acción de tutela* de Colombia (1991); y el *amparo* de Chile, Costa Rica y Argentina.

Superior por medio de un procedimiento de apelación (Nogueira Alcalá, 1999; Soto Kloss, 1982; 1986; Morello, 1999). Mientras ambas Cortes han confirmado generalmente que el *amparo* procede como el último recurso disponible por los individuos para proteger su libertad personal, la Suprema Corte de Argentina ha sido mucho más celosa de su competencia constitucional (especialmente bajo regímenes autoritarios) para salvaguardar derechos individuales, que la Suprema Corte chilena (Schribner, 2004; Peña González, 1997). Además, los regímenes autoritarios a menudo han dispuesto importantes limitaciones a la posibilidad de los individuos para buscar reparación en las Cortes y también han situado a la autoridad judicial en la incómoda posición de tener que reconciliar los actos revolucionarios con la Constitución nacional. En Chile, bajo el régimen de Pinochet, las medidas promulgadas bajo la autoridad de las facultades extraordinarias no eran susceptibles de ser impugnadas por medio de ningún recurso judicial, salvo el de reconsideración ante la autoridad administrativa apropiada.⁵ La Suprema Corte encontró que la aplicación de los recursos de *amparo* y *protección* estaba limitada por esta disposición (Silva Bascuñan, 1986; Peña González, 1997; Hilbink, 2007).

En la temprana jurisprudencia de Argentina, la Suprema Corte tendía a rehuir el control de la acción del Ejecutivo sobre el terreno de la separación de poderes (“cuestiones políticas”). Sin embargo, a finales de la década de los cincuenta, la Corte desarrolló gradualmente un examen de dos niveles de razonabilidad (proporcionalidad) que le permitía considerar la relación entre la libertad afectada y la justificación indicada por el gobierno y los objetivos detrás de una declaración de sitio (Kartheiser, 1986).⁶ Con mayor

⁵ Bajo el art. 24 transitorio, el Poder Ejecutivo para arrestar y detener individuos bajo el estado de sitio se había ampliado. No se requería de ningún motivo específico para llevar a cabo un arresto y cualquier individuo podía ser detenido durante cinco días sin haber sido formalmente acusado de un crimen. Este plazo podía extenderse otros 15 días en el caso de actos terroristas, por los cuales no se requería que el Ejecutivo ofreciera pruebas.

⁶ En el famoso caso de 1959 *Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio L.* (Fallos 243:504; 22-mayo-59) la mayoría estableció que las medidas que afectaban derechos constitucionales distintos de la libertad personal física podían estar sujetas al examen de razonabilidad que autorizaba a la Corte a controlar los actos del Ejecutivo que eran *manifiestamente poco razonables o arbitrarios*. La decisión es típica de una estrategia empleada por la Suprema Corte argentina que Gargarella (1996) y Groisman (1997) describieron por separado como apoyo judicial al Poder Ejecutivo, mientras que al mismo tiempo se conserva o expande la capacidad de la Corte para ejercer control sobre las acciones del Ejecutivo. Este es un indicativo de una estrategia de “control suave”, como lo señalan Epstein Knight y Shvetsova (2001).

frecuencia la Corte encontró que los actos del Ejecutivo impugnados no eran poco razonables o arbitrarios, por tanto las acciones presidenciales en esos casos no ameritaron control constitucional. Sin embargo, en los años setenta la Corte argentina amplió el alcance del control constitucional a las acciones del Ejecutivo. El tribunal argumentó que, con respecto al uso de poderes de excepción para restringir los derechos individuales, solamente aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio representara un peligro real y presente bajo las circunstancias actuales podían ser razonablemente restringidos, y dichas restricciones debían ser proporcionales a los objetivos planteados por la declaración inicial de estado de sitio.⁷ El mismo razonamiento ha sido utilizado por la Suprema Corte de Argentina respecto de la autoridad extraordinaria ejercida en respuesta a las crisis sociales y económicas.⁸

En el caso argentino existe una clara evolución de la doctrina a través del tiempo respecto de los poderes de excepción. En particular, la Suprema Corte de Argentina aplicó un examen de razonabilidad para la detención y otras medidas que afectaban las libertades físicas a mediados de los años setenta. Sin embargo, hay mucha variación entre la aplicación de la doctrina y la posición asertiva sobre el control constitucional de la acción ejecutiva, ya que la doctrina nacida en los años setenta no era aplicada de forma comprensiva y consistente bajo el régimen militar (Bergalli, 1984).⁹

⁷ Bidart Campos (1994) indica el comienzo de esta doctrina más expansiva a partir de la decisión mayoritaria en *Mallo, Daniel* (Fallos 282: 392; 10-May-72).

⁸ Un ejemplo importante es el famoso caso *Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional* (Fallos 313:1513; 27-Dic-90). En la resolución "Peralta", de 1990, la Suprema Corte sostuvo que las condiciones de emergencia que existían en el momento que la DNU fue dictada, permitían una interferencia y restricciones razonables en los derechos de propiedad (Domi y Menem, 1994). En su fallo, la Corte se basó en la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Home Building y Loan Association vs. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 426 (1934), que había sido dictada en medio de la gran depresión y apoyaba las medidas de emergencia involucradas en el caso. Justo un año después la Suprema Corte de los Estados Unidos invirtió su postura cuando la era conservadora *Lochner* comenzó a adquirir forma. Otros casos donde una "doctrina de emergencia" similar es aplicada son *Camps* (LL, T1987-D, p 185 – validando la Ley de Debida Obediencia con argumentos que incluyen la existencia de una crisis militar grave), "Videla Cuello" (LL, T1991D, p. 518 – validando la suspensión de la sentencia judicial en contra del Estado por un periodo de dos años), *Cocchia* (Fallos 316:2624, 2-Dic-93), y *Video Club Dreams* decidido el 6 de junio de 1995 en donde la Corte encontró que el DNU del Presidente, que creaba un nuevo impuesto (y en consecuencia invadía atribuciones del Legislativo) no podía ser justificado por una emergencia o riesgo social grave (Gelli, 1995; Sagüés, 1996).

⁹ Bidart Campos (1994) señala que para Argentina el cambio hacia esta doctrina respecto de los casos relacionados con la libertad física comenzó a finales de los años setenta con el caso *Pérez de Smith* (Fallos

En Chile, dicha autoridad judicial tuvo lugar, pero fue inusual antes de 1973. Los ejemplos incluyen decisiones como *Antonio Aparicio H.* (GAT, 1946, 2.2.414; 9-Jul-46) y *Antonio Ferrán Sabaté* (RDJ/1953:2.4.171, 2-oct-53).¹⁰ Sin embargo, bajo el régimen militar la Corte se replegó al formalismo. La postura general de la Suprema Corte de Chile respecto de los recursos de *habeas corpus* y *amparo* interpuestos en contra del régimen militar fue similar a la de la Suprema Corte de Argentina antes del cambio gradual a la aplicación del examen de razonabilidad a las medidas de excepción (ICJ 1992; Meza, González y Vargas, 1987b; Peña González, 1997; Río Álvarez, 1990).

b. Libertad de expresión

Las restricciones a la libertad de expresión son un mecanismo clave por medio del cual los Poderes Ejecutivos han mantenido el dominio político y han reprimido a la oposición durante los periodos democráticos y autoritarios.¹¹ El derecho a la libertad de expresión y opinión es generalmente considerado como una piedra angular de la sociedad democrática: un derecho

297:338; 19-Abr-77 y Fallos 300:832; 20-Jul-78) seguido por *Zamorano* (Fallos 298:441; 9-Ago-77 y Fallos 298:685; 15-Sep-77) en donde una orden ejecutiva de detención bajo estado de sitio fue impugnada – la decisión de la Corte consolidó su competencia para controlar la razonabilidad de los actos del Ejecutivo. Otros ejemplos son: *Tizio* (Fallos 299:294; 15-Dic-77) y *Timerman* (Fallos 300:816; 20-Jul-78 y 301:771; 17-Sep-79) relacionados con arresto y detención; *Moya* (Fallos 303:696; 2-Apr-81) y *Solari Irigoyen* (Fallos 305:269; 11-Mar-83).

¹⁰ Por ejemplo, la Suprema Corte chilena sostuvo en *Antonio Aparicio H.* (GAT, 1946, 2.2.414; 9-Jul-46) que podía revisar la razonabilidad de los actos ejecutivos individuales bajo los poderes de excepción. Se trata de un caso sobre un ciudadano español que fue expulsado de Chile por decreto del Ministerio del Interior por haber participado en actividades políticas. El sujeto intentó recurrir a las Cortes a través de la acción de *amparo*. Cuando la Corte solicitó un reporte del caso a la Dirección General de Investigaciones fue evidente que no existían hechos que sostuvieran la acusación de actividad política del gobierno. La Corte argumentó que aunque la *Ley de Seguridad Interior* diera facultades especiales al Ministerio del Interior para arrestar y expulsar a los extranjeros a través de un simple decreto, esta autoridad no era absoluta dado que la libertad individual está garantizada en la Constitución y que el Poder Judicial debe intervenir para proteger ese derecho fundamental cuando fuera violado. En consecuencia, los Jueces no tienen prohibido participar en cuestiones relacionadas con los hechos y antecedentes que la autoridad administrativa considera que justifican la expulsión. En la decisión *Ferrán*, la Corte se limitó a aceptar el recurso de *amparo* y al ordenar la liberación de Ferrán S., dejó válido al decreto de expulsión por razones de separación de poderes, invocando al art. 4 de la Constitución (Mera, González y Vargas, 1987a).

¹¹ Las restricciones a la libertad de expresión se encuentran explícitamente incluidas en varios tipos de poderes de excepción, aunque tales restricciones no son exclusivas de las circunstancias no-democráticas o de excepción política en ambos países.

cuyo disfrute demuestra el grado en que todos los otros derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales son disfrutados (Human Rights Watch, 1998; Levit, 1999). La libertad de expresión incluye el derecho a buscar y recibir información así como el derecho de expresar e impartir información. Por consiguiente, la libertad de expresión incluye aquellos derechos relativos a la libertad de prensa (calumnia, difamación y censura previa), la relación entre libertad de expresión y orden público, la relación entre expresión y el derecho personal o institucional de honor y privacidad, los derechos a la información, el derecho de réplica, y todas las formas de censura de los medios de comunicación (publicaciones, películas, televisión y expresión artística).

Tanto en Chile como en Argentina la libertad de expresión ha recibido históricamente reconocimiento constitucional. Sin embargo, la ley chilena es formalmente más restrictiva que la ley argentina y aun contiene algunas de las disposiciones más restrictivas del ejercicio de la libertad de expresión en el hemisferio (Lanao, 2002; Lauvsnes, 2006). Las disposiciones legales que regulan la difamación, el desacato a la autoridad y la censura previa se remontan a la Ley de la Defensa de la Democracia (1948) y a la Ley de Seguridad del Estado (1958), y han sido reforzadas en el Código Penal y en el Código Militar (González y Martínez, 1987; González, 2000). El artículo 6(b) de la Ley de Seguridad del Estado prohíbe “insultos y desacatos” al “Presidente de la República, Ministros de Estado, senadores o diputados, miembros de las Cortes Superiores de Justicia, contralor general de la República, comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el director general de los carabineros” (Lauvsnes, 2006, 50). El artículo 6(b) ha sido el mecanismo utilizado con mayor frecuencia (bajo democracia y dictadura) para restringir las libertades de expresión a través de la penalización de la difamación (Lanao, 2002). González (2000) afirma que, aunque existen diferencias, la Suprema Corte de Chile ha resuelto en general en favor de los casos de difamación, percibiendo las declaraciones difamatorias que involucran a las autoridades públicas también como una amenaza al orden

público (bajo la Ley de Seguridad del Estado). Esta visión estuvo vigente durante la década de los noventa (Medina, 1996).¹²

Asimismo, la Corte chilena tiene un registro mixto pero conservador cuando se trata de sopesar la libertad de expresión (en particular insultos o *desacatos*) y los derechos de honor, reputación y privacidad plasmados en la Constitución de 1980. En numerosas ocasiones este “acto de balance” ha resultado en una censura judicial previa (Banda Vergara, 1999; Zúñiga Urbina, 2000).¹³ Asimismo, la postura de la Corte respecto de la censura previa (también reconocida en la Constitución de 1980) fue objeto de intenso debate durante los años noventa y provocó una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra de Chile (siguiendo la decisión de la Suprema Corte de Chile en 1997, de impedir la proyección de la película *Tentación de Cristo*).¹⁴ En Chile, la censura previa y las continuas restricciones de difamación sobre la libertad de expresión violan los estándares internacionales respecto de libertad de expresión hasta la presente década. Algunos aspectos del régimen legal en Chile han sido subsecuentemente reformados;¹⁵ sin embargo, los casos de difamación continúan en colisión con los estándares internacionales (CIADH).¹⁶ En ge-

¹² Por ejemplo los casos: 1994 *Juan Andrés Lagos* y *Francisco Herrerros*, 1996 *Barrios, Aravena y Cuadra*, en el 2007, el Tribunal Constitucional decidió su primer caso de libertad de información (*Casas Cordero et al vs. El Servicio Nacional de Aduanas*; Rol No. 634-2006) dictando una resolución que encontraba que el derecho de acceso a la información del gobierno está protegida por la garantía constitucional de libertad de expresión (esta decisión siguió la jurisprudencia establecida por la CIADH en *Claude Reyes et al vs. Chile*).

¹³ Cfr. *El Libro Negro de la Justicia Chilena* (Matus, 1999). Ruiz-Tagle Vial (1998-99) en su comentario sobre *Donoso Arteaga y otros contra revista CARAS* (recurso de protección, Corte Suprema 1998) sugiere que la decisión de *CARAS* presenta un método alternativo (un análisis proporcional) para balancear el derecho al honor y privacidad y la libertad de expresión.

¹⁴ Chile eliminó la censura al cine en el 2002.

¹⁵ La reforma constitucional de 2005 eliminó la difamación como una ofensa en contra de los personajes públicos y las leyes sobre el desacato fueron descartadas del Código Penal (aunque aún permanece en el Código de Justicia Militar) (Freedom House, 2007). “En agosto de 2008 la Presidenta Michelle Bachelet promulgó una ley que creaba un Consejo Independiente para la transparencia. El Consejo, compuesto de cuatro miembros, tendrá los poderes para exigir a los funcionarios poner a disposición del público la información disponible, así como imponer sanciones si fracasaban en hacerlo. La ley debe entrar en vigor en abril de 2009” (Human Rights Watch)

¹⁶ Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile encontró al periodista Víctor Gutiérrez culpable de “difamar” a Cecilia Bolocco (la ex esposa de Carlos Menem) en octubre de 2008; según se informa Gutiérrez estaba planeando presentar una apelación ante la CIADH (comité para proteger periodistas, *Chile: Suprema Corte confirma la sentencia de difamación*, 31 de octubre 2008. En línea. UNHCR Refworld, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4919a9ab2d.html> [consultado el 8 de febrero de 2009]).

neral, como Couso y Hilbink demuestran en su contribución a este libro y en trabajos previos, las Cortes chilenas han sido renuentes a hacer valer y proteger los derechos en general.

En comparación, el régimen legal argentino respecto de las restricciones sobre libertad de expresión e información nunca ha implicado los tipos de restricciones inherentes en la muy antigua (y muy aplicada) Ley de Seguridad del Estado (Lanao 2006). Lauvsnes (2006, 53) afirma, en un estudio comparativo de la calumnia y la difamación en los años noventa, que respecto de Chile, los casos de calumnia y difamación en Argentina más a menudo han “involucrado al Ejecutivo y sus asociados que han respondido con juicios ante la Corte cuando las declaraciones les causaron ‘daño moral’”. Como en Chile, las leyes de difamación representan el impedimento más grave a la libertad de expresión y opinión. La condena Horacio Verbitsky, decretada por la Suprema Corte de Argentina en 1992, por la violación de las leyes argentinas contra los insultos, difamación y desacatos, se convirtió en una guía para la acción cívica en apoyo a la libertad de prensa y expresión, y en 1994 el Congreso de Argentina revocó las disposiciones sobre insultos del Código Penal y adoptó el criterio de dolo absoluto de *Times vs. Sullivan* (Lanao, 2002).¹⁷

La jurisprudencia argentina sobre censura previa y difamación también ha sido muy variada con el tiempo (Pellet Lastra, 1993; Sagüés, 1997; Bianchi y Gullco, 1997). Por ejemplo, la Corte ha reconocido muchas veces el derecho a publicar sin censura previa como limitado por la facultad del Estado de utilizar su poder policial para preservar la moral pública, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública. Esta fue la posición asumida, por ejemplo, en *Editorial Sur*, 257 Fallos 275 (1963) y en *Mallo*, 282 Fallos 392

¹⁷ *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) que estableció que un funcionario público debe probar “que la declaración era hecha con “dolo real” – es decir, con el conocimiento de que era falso o sin preocuparse de si era falso o no”, para que la demanda por difamación de resultado. La Suprema Corte argentina también aplicó el criterio del dolo absoluto en *Solá, Joaquín Miguel s/injurias and Ramos, Juan José c/LR3 Radio Belgrano y otros*. Pero se contradujo en *Menem, Eduardo* (1998) (cfr. Gargarella, 2004, página 190 para un breve análisis).

(1972).¹⁸ La Corte cambió su doctrina y señaló que “la verdadera esencia de la libertad de prensa reside fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan del derecho a publicar sus ideas en la prensa sin censura previa, es decir, sin el control previo de la autoridad respecto de lo que se dirá” (*Calcagno*, 269 Fallos 195, 1967) (citado en Sagüés, 1997).¹⁹ Pero la libertad de expresión (publicación y diseminación) continúa estando limitada porque las Cortes han tenido un compromiso creciente con la censura previa, en particular en la década de los noventa (Sagüés, 1997; Vittadini Andrés, 1999).²⁰ Respecto de la difamación y calumnia (considerados en Chile como crímenes en contra del honor) “la dignidad de los políticos es defendida diligentemente por el Poder Judicial argentino” (Vittadini Andrés, 1999, 172).²¹ Lauvsnes (2006, 66) describe la jurisprudencia de la Corte argentina sobre difamación como “confusa” y señala que “las doctrinas que rodean la libertad de expresión parecen ser, al menos poco desarrolladas, en términos de aplicación y coherencia con los criterios internacionales sobre derechos humanos”.

En resumen, mientras los académicos advierten un conservadurismo judicial consistente hacia los derechos en Chile, hay una mucha mayor variedad en el caso argentino (Sagüés, 1997; Vittadini Andrés, 1999; Bidart Campos, 1994). Estos patrones son evidentes en simples estadísticas sumarias de las decisiones de la Corte en las áreas críticas de poderes de excepción y de libertad de expresión, así como se refleja en el análisis multivariado. El resumen cuantitativo de las decisiones presentadas abajo utiliza una base de datos longitudinal y transversal de las decisiones judiciales en cada área temática, desde 1940 hasta el 2000 (Scribner, 2004). El marco temporal cubierto incluye múltiples cambios de gobierno y

¹⁸ Se refiere específicamente a la obscenidad y a la protección de la moral pública.

¹⁹ Esta declaración fue citada en *Prensa Confidencial* y de nuevo en *Sánchez Sorondo*.

²⁰ Los ejemplos incluyen *Servini de Cubria*, CSJN, 315 Fallos 1943 (1992).

²¹ Cfr. *Ponzetti de Balbin* 306 Fallos 1982; en *Campillay* la Corte resolvió que las autoridades debían abstenerse de interferir con la libertad de prensa excepto en los casos que transgreden la dignidad humana (cfr. Miguel Angel Ekmekdjian, “La Doctrina del Fallo “Campillay” Otra Vez en Juego”, en *Rev. Jurídica El Derecho*, Mar. 30, 1995).

oposición, e incluye tanto los periodos de gobierno democrático como autoritario en ambos países. La base de datos incluye todas las decisiones relevantes publicadas por la Suprema Corte en ambos países durante el periodo de tiempo y de forma tan exhaustiva como es posible. Solamente aquellas decisiones que contaban con tres criterios básicos fueron incluidas en la base de datos: 1) fueron publicadas como una resolución completa, lo que significa que fueron firmadas por todos los Jueces participantes e incluyen el texto completo de la mayoría, las opiniones discrepantes o concurrentes; 2) la cuestión central en el caso presentó una impugnación explícita a los poderes de excepción o a la libertad de expresión;²² y 3) la decisión de la Corte sobre esa impugnación no fue ambigua. En Argentina, seleccioné solamente aquellas decisiones que reunieran estos tres criterios y que hubieran sido publicadas en el registro oficial de la Corte (la colección *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*). La Suprema Corte de Chile no mantiene un registro oficial de las resoluciones de la Corte; por lo tanto, seleccioné sus decisiones que reunieran esos criterios y fueran publicadas en uno o más de los tres periódicos legales principales: *Revista de Fallos del Mes*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y la *Gaceta Jurídica*.²³

El siguiente cuadro resume las resoluciones de la Corte (codificadas como “favorables” a la posición del Presidente sobre poder de excepción y

²² La base de datos incluye los siguientes tipos de casos de libertad de expresión en ambos países: *libertad de expresión, opinión, información, prensa, imprenta o palabra; honra; desacato, desafuero de parlamentarios por desacato al Presidente o un Ministro; delitos de abuso de publicidad; censura previa; censura cinemática o en el ámbito del radiodifusión y/o televisión; y derecho a reunión cuando el caso se trata de expresión política*. Para los poderes de excepción, los casos incluidos son impugnaciones constitucionales o legales a los tres tipos de poderes de excepción discutidos arriba. En algunos casos esas medidas ejecutivas que restringían la libertad de expresión están justificadas por el poder de excepción.

²³ Mientras esta base de datos es tan exhaustiva como es posible, capturando todos los casos que reúnan el criterio mencionado arriba, existen claras limitaciones para armonizar el método del grupo de datos. Las publicaciones de los *fallos* en Argentina, así como la publicación de las decisiones en los periódicos legales en Chile, representan solamente una fracción de los casos que en realidad se deciden en ambas Cortes; miles de casos simplemente nunca son publicados. Además, la inclusión para la publicación es sometida al criterio (desconocido) de los editores de estas publicaciones. Las publicaciones de esos casos bajo el régimen de Pinochet en Chile, en específico, pueden ser parciales. En respuesta a estas limitaciones de información, uno puede lamentarse por el triste estado del registro judicial llevado, la falta de información histórica comparativa y el rechazo a la posibilidad de un estudio sistemático comparativo y longitudinal de la ley y políticas en conjunto. En cambio, este análisis mantiene las limitaciones en mente y donde es posible trata de localizar análisis comprensivos cualitativos en ambos países que aporten evidencia que confirme, no confirme y por lo demás informe sobre la historia presentada por los datos comparativos.

“favorables” a la protección de la libertad de expresión) sobre impugnaciones explícitas a los poderes de excepción utilizada para confrontar las crisis políticas, sociales y económicas bajo la democracia y dictadura, así como casos que involucren variados temas de libertad de expresión.

Porcentaje de Resoluciones de la Corte
(Chile: 1932-1999 - Argentina: 1946-1999)

	Favorable al uso presidencial de los poderes de excepción		Favorable a las libertades de expresión o de prensa	
	Chile (N=177)	Argentina (N=147)	Chile (N=111)	Argentina (N=127)
Total				
Durante Dictadura	79% (N=130)	64% (N=73)	40% (N=37)	38% (N=29)
Durante Democracia	45% (N=47)	80% (N=74)	54% (N=74)	50% (N=98)

Muchas comparaciones aparecen en este resumen. En primer lugar, existe una clara divergencia en la dirección de las resoluciones, especialmente en los casos de poderes de excepción, dependiendo del tipo de régimen. Los dos países presentan resultados muy diferentes respecto de los poderes de excepción, con las mismas probabilidades de encontrar a la Corte argentina en contra del Ejecutivo bajo la dictadura, como la Corte chilena bajo democracia.²⁴ Respecto de los casos que involucran la libertad de expresión en ambos países, más casos se deciden bajo condiciones democráticas y con mayor frecuencia a favor de proteger la libertad de expresión. Además, ambas Cortes nacionales protegen el derecho a la libertad de expresión más a menudo bajo condiciones democráticas (pero la brecha es muy estrecha).

²⁴ La coincidencia de los poderes de excepción con la libertad de expresión atenúa las diferencias de régimen en alguna medida. En Argentina durante el gobierno democrático, la Suprema Corte resolvió en contra de las demandas de libertad de expresión o prensa en aproximadamente 68% de los casos cuando el estado de sitio estaba en efecto. En condiciones no democráticas, la Corte decidió el 72% del tiempo en contra de la libertad de expresión durante un estado de sitio legal. Bajo ambos gobiernos, democrático y no-democrático, en ausencia de una declaración efectiva de estado de sitio, la Corte decidió en contra de la libertad de expresión en solamente 45% del tiempo. Bajo periodos de estado de sitio en Chile, la Corte decidió en contra de la libertad de expresión en aproximadamente 59% de las veces; en la ausencia de sitio, el número cae a 46%.

La discusión anterior y breve resumen proporcionan algunas indicaciones aproximadas para situar a Chile y Argentina en dos dimensiones de activismo judicial: una dimensión “horizontal” respecto de la separación de poderes y una dimensión “vertical” respecto de los derechos.

Salvaguardar los derechos individuales

		Sí	No
Limitar otros actores políticos	Sí	Argentina (<i>algunas veces</i>) Chile (<i>algunas veces-débilmente</i>)	
	No		Argentina (<i>algunas veces</i>) Chile (<i>más a menudo moderado</i>)

Sin embargo, en ninguno de los dos países el papel de la Corte parece ser coherente o fijo durante el prolongado periodo considerado aquí. Además, las tendencias en el proceso de toma de decisión no incorporan bien las fluctuaciones en la doctrina, el ritmo del cambio, la respuesta de la doctrina internacional basada en los derechos, o las expansiones y contradicciones de la competencia del control constitucional. La siguiente sección se centra en una evaluación de las explicaciones alternativas del comportamiento judicial en ambos países en estas dos dimensiones.

3. LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES:

EVALUACIÓN DE LA HISTORIA POLÍTICA

La literatura sobre la política judicial destaca dos situaciones donde la política “importa” en el proceso de toma de decisión de la Corte y puede explicar la propensión de las Cortes a replegarse ante las ramas políticas o emprender un activo control constitucional. Una postura es ver a los Jueces como fundamentalmente independientes de las fuerzas políticas; así, tales Jueces votan de acuerdo a sus preferencias ideológicas, políticas o legales. La política se infiltra en el proceso de toma de decisiones a través de las posiciones

políticas e ideológicas que los Jueces designados tienen en la Corte. El modelo actitudinal propone “que la Suprema Corte [Estados Unidos] decide los conflictos a la luz de los hechos y de acuerdo con las actitudes y valores ideológicos de los Jueces” (Segal y Spaeth, 2002, 87).²⁵ Las actitudes de los Jueces respecto de controlar el poder del Estado y proteger los derechos individuales pueden estar vinculadas políticamente con los nombramientos del Presidente (*e.g.* los *menemistas* designados en la Corte Suprema de Argentina) o vinculados ideológicamente con las características de la formación de los Jueces (incluyendo una ideología conservadora institucional, como en el caso de Chile (Hilbink, 2007)). En cada caso, es la composición de la Corte y los puntos de vista ideológicos y políticos de los Jueces los que afectan el proceso de toma de decisión. Gran parte de la manipulación de la Corte Argentina por parte del Ejecutivo ha sido encaminada precisamente a conseguir los Jueces “correctos” para la Corte, desde el punto de vista político e ideológico. Si los Jueces son independientes políticamente y deciden (al menos de forma parcial) de acuerdo con sus puntos de vista políticos e ideológicos como sugiere este enfoque, entonces podríamos esperar que la relación de un Juez con el Presidente en funciones (o partido) pudiera influenciar las decisiones judiciales en cuestiones de poder. Asimismo, esperaríamos que las actitudes ideológicas de los Jueces (aproximadamente en un espectro liberal conservador) afecten las decisiones en cuestiones de derechos.

Como lo establecen Couso y Hilbink en este libro, los académicos en Chile han atribuido la pasividad judicial de las Cortes a una cultura judicial de legalismo y conservadurismo institucional e ideológico. La formación legal formalista y positivista chilena, combinada con una jerarquía judicial rígida y la disciplina y promoción de poder de la Suprema Corte, han reforzado el aislamiento social y político del Poder Judicial chileno, y han pro-

²⁵ El modelo actitudinal ha sido más efectivo para explicar el comportamiento judicial de la Suprema Corte de los Estados Unidos en casos de libertades civiles y derechos económicos, donde el alineamiento ideológico claramente se correlaciona con la votación judicial en la controversia en cuestión (Segal y Spaeth, 1993; Segal y Spaeth, 1996; Segal, 1997).

movido una consistente antipatía histórica hacia el control constitucional, un entendimiento persistente de la ley estatutaria como suprema, y una perspectiva de derecho privado en cuestiones de derechos constitucionales (Peña González, 1997; Couso, 2004; Hilbink, 2007). El comportamiento esperado consiste en que los Jueces chilenos releguen las cuestiones relacionadas con el derecho público al gobierno, como la naturaleza y límites de los poderes de excepción, y en no proteger o promover de forma activa los derechos liberales democráticos constitucionalmente reconocidos como la libertad de expresión (Correa Sutil, 1988; Hilbink, 2007). Además, en vista de que la ideología institucional dominante (conservadora) del Poder Judicial ha permanecido estática desde los años veinte, y ha sido perpetuada por el aislamiento político, podríamos esperar una congruencia y consistencia ideológica a través del marco estudiado aquí, de forma que quien designa a los Jueces o qué ideología sustentan (liberal *vs.* conservadora) no debería afectar el proceso judicial de toma de decisión.²⁶ Estas expectativas sobre la capacidad explicativa de las actitudes políticas e ideológicas de los Jueces para entender las decisiones sobre cuestiones de poder o derechos son evaluadas a continuación.

La segunda aproximación teórica de cómo la “política” puede explicar la propensión de la Corte a replegarse ante las ramas políticas o emprender un activo control constitucional, describe a los Jueces como obligados por fuerzas políticas, ya sea explícitamente por las políticas que frenan al tribunal, o intrínsecamente por el deseo de los Jueces de mantener la legitimidad institucional del mismo. Los Jueces pueden tener una variedad de preferencias políticas que intentan imponer en toda la comunidad, pero están obligados por la opinión pública y dependen de las ramas electas del gobierno para apoyar e implementar las políticas públicas de la Corte y por

²⁶ Cumplido y Frühling (1979) argumentan que replegarse de forma sistemática tiene sus raíces en tres aspectos principales de la cultura judicial chilena: (a) que los Jueces mantienen una concepción particular de la independencia judicial formal como equivalente al aislamiento social y político; (b) que los Jueces perciben su papel de aplicación de la ley como algo dado; y (c) que los Jueces mantienen una concepción no democrática del Poder Judicial según la cual su existencia no depende de un régimen político democrático.

tanto no se alejan mucho de las preferencias políticas de la mayoría (Dahl, 1957). Los enfoques de separación de poderes aplicados al proceso de toma de decisión de la Suprema Corte, desarrollados en la literatura de los Estados Unidos, han sido aplicados exitosamente al caso argentino como lo demuestran Chávez, Ferejohn, y Weingast en este libro.

Estas explicaciones se centran en la idea de que las consecuencias de las políticas públicas legales son una función de la interacción dinámica de las tres ramas del gobierno (Epstein y Knight 1998; Epstein, Knight y Shvetsova, 2001). Los Jueces desean promover sus objetivos individuales, piensan a futuro, y se enfrentan a incentivos para decidir casos dentro de la “zona de comodidad” de los poderes Legislativo y Ejecutivo porque la cooperación y buena voluntad de aquellas ramas son necesarias para implementar las decisiones de la Corte. Si presionan más allá de esa zona de comodidad, los poderes electos del gobierno podrían coordinarse para iniciar y/o pasar políticas para frenar a la Corte, que dañarían la legitimidad e integridad institucional o las carreras individuales de sus miembros. Cuando los Jueces y gobernantes están políticamente alineados, los Jueces no necesitan preocuparse de las maniobras políticas, ya que se supone que todos los actores están de acuerdo entre sí. El apoyo al Presidente puede simplemente suceder porque las preferencias judiciales coinciden con aquellas de los poderes electos. Sin embargo, cuando las preferencias de los Jueces se desvían de aquellas del gobierno en funciones —normalmente porque el gobierno cambió de manos y posterga el nombramiento de Jueces que ocuparán la Corte— los Jueces pueden descubrir que necesitan comprometer estratégicamente su posición en una resolución judicial. El apoyo público que tienen las Cortes en sus intentos por encontrar un balance respecto de los otros poderes también afecta los cálculos de los actores judiciales (Vanberg, 2005; Staton, 2002; Caldeira y Gibson, 1992). En términos generales, los estudios de separación de poderes del comportamiento judicial indican que los Jueces tienen más probabilidad de ser audaces (actuar como un árbitro de poder) respecto de otras ramas del gobierno cuando éste se encuentra dividido; la política es competitiva y transparente, las Cortes

disfrutan de legitimidad popular, o es posible la alternancia de un gobierno de oposición.

Uno de los descubrimientos clave en esta literatura es que la fragmentación política puede permitir a los Jueces un mayor espacio político para maniobrar y puede incrementar la probabilidad de que los Jueces limiten los excesos presidenciales y/o protejan los derechos individuales (Eskridge, 1991a; 1991b; Segal, 1997; Gely y Spiller, 1990; Iaryczower Spiller y Tommasi, 2002; Chávez, 2004; Scribner, 2004; Ríos-Figueroa, 2007). En cambio, si el Presidente goza del apoyo de la mayoría en el Congreso, ese espacio político para maniobras políticas se reduce, y los Jueces (en especial aquellos que no están políticamente alineados con el Presidente en funciones en ese momento) pueden apoyar la posición del Ejecutivo como estrategia, en lugar de arriesgarse a alguna forma de represalia del Ejecutivo o de sus partidarios políticos en el Congreso. Por ejemplo, Chávez, Ferejohn y Weingast demuestran en su capítulo cómo un contexto de gobierno dividido después de las elecciones del Congreso de 1997 proporcionó a los Jueces argentinos el espacio político para hacer valer su autonomía respecto del Ejecutivo.

Más adelante examino esas dos explicaciones del proceso de toma de decisión judicial, utilizando el conjunto de datos antes descrito de las decisiones de la Suprema Corte en ambos países. El primer enfoque ve a los Jueces como funcionarios independientes y sinceros desde un punto de vista ideológico y político, encargados de la toma de decisiones; el segundo observa a los Jueces como actores estratégicos que están limitados por un complejo contexto político e institucional. En el análisis multivariado presentado abajo, la variable dependiente es la dirección de la decisión judicial en un tema sustantivo (poderes de excepción o libertad de expresión). En vista de que los dos enfoques teóricos discutidos antes se centran en las decisiones individuales de los Jueces, cada una está codificada en código binario, así como la resolución de la Corte como un todo. Esos votos binarios están codificados con un 1 en el caso de que el Juez decida *controlar* los poderes

de excepción como se solicita en el caso concreto, o *hacer valer* la protección de la libertad de expresión, y con un 0 si no es así. Realicé un análisis de regresión logística para examinar los factores que afectan la probabilidad de que un Juez decida individualmente controlar o hacer valer los derechos. Para interpretar los resultados, calculé el efecto diferencial en la probabilidad de que un Juez, de forma individual, *controlara el poder o defendiera los derechos*, dados los cambios moderados en las variables particulares de interés, manteniendo otras variables en su valor promedio (variables continuas) o mediana (variables dicotómicas).

Muchas posibilidades se siguen de este análisis. En primer lugar, si las actitudes políticas o ideológicas de los Jueces explican la variación en su comportamiento, es decir si actúan como árbitros o protegen los derechos individuales, entonces en el caso de Argentina estaríamos esperando que la relación de nombramiento de cada Juez con el Presidente en el poder afectará la dirección de las decisiones de los Jueces en cuestiones de poder. Es más probable que los Jueces *no* designados por el Presidente en funciones estén más dispuestos a *controlar* los poderes de excepción. Adicionalmente, la orientación ideológica de cada Juez en una escala liberal-conservadora debería afectar la decisión de *proteger* los derechos de libertad de expresión. En el caso de Chile, donde esperaríamos que los Jueces fueran clones ideológicos de otros a lo largo del tiempo, así como políticamente aislados en general, las actitudes políticas e ideológicas no deberían tener un efecto independiente.

Para evaluar estas expectativas sobre el efecto de las actitudes políticas o ideológicas de los Jueces, codifiqué la relación de nombramiento de cada Juez con el Presidente en el poder, en el momento de la decisión del caso (clasificada como *designación política*; codificada con 1 si el Juez *no era* designado por el Presidente en aquel momento y con 0 si sucedía lo contrario). En segundo lugar, basándome en numerosas encuestas y en múltiples entrevistas con el personal del sector público y especialistas constitucionales en cada país, codifiqué la posición ideológica de cada Juez como liberal o conserva-

dora (clasificada como *actitudes judiciales*, y codificada con 1 para una postura liberal y con 0 para una conservadora).²⁷ La dimensión liberal-conservadora es única en cómo estos términos son utilizados en cada país y muy distinta de las connotaciones políticas que cada una tiene en los Estados Unidos. En Argentina el significado es semejante a la visión clásica de liberal como preocupado por las libertades individuales, mientras que las visiones conservadoras connotan una preocupación por el orden. En las entrevistas realizadas en Chile, la distinción a menudo giró en torno a si un Juez era masón, o tenía puntos de vista similares, en oposición a católico.

Un segundo grupo de expectativas se relaciona con el contexto político. De acuerdo con la teoría esbozada arriba, la fragmentación política implica Jueces con el espacio político para actuar de forma sincera; en cambio, el apoyo de la coalición y/o partido mayoritario restringe el espacio político y promueve incentivos para la acción estratégica. Por tanto, podríamos esperar que los Jueces se replegaran ante los presidentes que disfrutaban de recursos políticos suficientemente amplios para vengarse y cuestionar la integridad institucional de la Suprema Corte. Aquí, “suficiente” apoyo del Congreso significa apoyo del partido mayoritario o de la coalición mayoritaria en ambas Cámaras. La variable *fragmentación política* connota una falta de este nivel de apoyo del Congreso.²⁸

Se espera que la *fragmentación política* sea significativa y positiva para los poderes de excepción, y significativa y positiva en los casos de libertad de expresión en ambos países, afectando positivamente la probabilidad de que un Juez decida *controlar* el poder o *hacer valer* los derechos. Asimismo,

²⁷ Las entrevistas tuvieron lugar durante el 2000 y el 2001. En este estudio se incluyeron a 58 Jueces argentinos y a 75 Jueces chilenos.

²⁸ En Argentina, esta formulación es bastante convencional; sin embargo en Chile las coaliciones que gobiernan tienden a fluctuar con el tiempo. La codificación de la fragmentación en Chile hace la suposición de que el apoyo de la coalición era típicamente mantenido y reflejado en el gabinete. Utilicé material de origen primario y secundario para indicar cada cambio en el gabinete por cada Presidente entre 1933 y 2000, volviendo a calcular el apoyo del Congreso disponible para el mismo de acuerdo con el partido de afiliación de cada miembro del gabinete y la composición del partido en el Congreso. De manera abrumadora, los gobiernos democráticos han sido “fragmentados” en Chile; aproximadamente el 86% de las decisiones judiciales incluidas en el análisis estaban asociadas con políticas fragmentadas.

el Juez que no es nombrado por el Presidente en funciones no se encuentra bajo la presión de abandonar sus preferencias “sinceras” y tomar partido por el Presidente que goza del apoyo de la mayoría o del partido mayoritario; mientras que el Juez políticamente alineado con el Presidente puede apoyar sinceramente al Ejecutivo a pesar del contexto político. Construí una variable de interacción para reflejar el efecto combinado de la naturaleza del gobierno y de la relación de nombramiento individual de los Jueces con el Presidente en el cargo, que se espera significativo y positivo. En un contexto de fragmentación política, los Jueces *no* designados por el Ejecutivo probablemente *controlarán* el poder; y los Jueces con actitudes judiciales “liberales” probablemente *harán valer* los derechos.

Muchas variables de control están incluidas en este análisis. La *fecha* del caso está incluida para capturar los cambios progresivos sutiles asociados con la modernización de posguerra. Asimismo, Larkins (1996) afirma que las Cortes Superiores pueden decidir en contra de la rama ejecutiva con más probabilidad cuando la controversia en cuestión es trivial o se relaciona con un ex Presidente. Por tanto, *contemporáneo* captura si la acción o violación cuestionada en el caso fue relevante para la administración en funciones en ese momento (codificado con 1), o pertenece estrictamente a un gobierno previo (codificado con 0). Finalmente, la importancia de la decisión de la Corte está capturada en la base de datos al codificar las decisiones como especialmente importantes si son identificadas por la comunidad legal como “casos principales” en el área legal específica porque mueven la doctrina en una nueva dirección, o alternativamente porque la Corte perdió una oportunidad de hacerlo a través de ellas. Aproximadamente la mitad de los casos son considerados *importantes* desde el punto de vista doctrinal en cada país en ambas áreas sustantivas; y gran parte, pero no todos, son contemporáneos a la administración en curso.

Como lo indican las estadísticas sumarias, parece que hay fuertes efectos por el tipo de régimen (autoritario *vs.* democrático) en el proceso de toma de decisión. Como destacamos anteriormente, en especial respecto

del poder de excepción, las decisiones que *controlan* el poder de excepción han sido más frecuentes bajo gobierno democráticos en Chile; mientras que en Argentina el control de los poderes de excepción es mayor bajo dictadura. Patrones similares han sido encontrados en el caso argentino por Helmke (2005) e Iaryczower, Spiller y Tommasi (2002), cada uno utilizando un conjunto de datos distinto de las decisiones de la Suprema Corte. La mayor disposición de los Jueces argentinos para controlar el Poder Ejecutivo bajo dictadura, respecto de la democracia, se debe en gran medida al grado en que la Suprema Corte ha sido expuesta a la presión y manipulación política. La Corte argentina ha sido tan, si no es que más, politizada durante la democracia que durante la dictadura.²⁹ En contraste, en Chile el electorado tripartita y una larga historia de 17 presidentes de minoría, han asegurado algo de mayor seguridad institucional bajo la democracia. Asimismo, existió una afinidad ideológica entre el ejército y la mayoría de los miembros de la Suprema Corte chilena, que recibió de muy buen grado el derrocamiento del régimen de Allende (Frühling, 1986). Abajo discuto estos potenciales efectos del régimen respecto del nombramiento y actitudes judiciales.

4. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Para cada país, los modelos que reflejan la relación independiente entre las principales variables alternativas y la propensión de los Jueces a *controlar el poder* o *hacer valer los derechos* fueron evaluados bajo los dos tipos de régimen (dictadura y democracia).³⁰ Los resultados comparativos son discu-

²⁹ La disposición de los Jueces argentinos para controlar el Poder Ejecutivo bajo la dictadura, a diferencia de lo que sucede en democracia, puede estar relacionada con la naturaleza ofensiva y más extrema de los casos presentados ante la Corte durante los tiempos de excepción, y con el hecho de que el ejército argentino generalmente designa juristas de renombre y capaces, en lugar de amigos políticos, como una estrategia para reforzar la legitimidad del gobierno *de facto* (Scribner, 2004). Sin embargo, esto no explica la renuencia de los Jueces chilenos para controlar el comportamiento extremo del Ejecutivo en ese país.

³⁰ Los cálculos de las probabilidades y los intervalos de confianza utilizan Clarify (King Tomz y Wittenberg, 2000). Las Cortes son cuerpos colegiados y existe algún riesgo de que el análisis viole el supuesto de que los votos individuales de los Jueces no son independientes entre sí; de ser así, el número de obser-

tidos abajo. Los resultados seleccionados para cada país están presentados en los cuadros 1 (poder) y 2 (derechos) del apéndice. En cada cuadro, reporto sólo tres modelos de cada país. El primer modelo para cada país refleja la relación entre las variables independientes alternativas, el segundo modelo agrega la interacción de los atributos de los Jueces (*nombramiento* o *actitudes*) con la *fragmentación política*, y el tercer modelo analiza específicamente la *designación judicial* o las *actitudes* en la situación de la política de una democracia fragmentada.

En vista de que la fragmentación política solamente ocurre en condiciones democráticas, existe un problema potencial con la colinearidad entre tipo de régimen y fragmentación. La democracia chilena se ha caracterizado (antes y después del periodo autoritario) por su sistema tripartita y su historia de fragmentación política. Esto significa que hay pocos periodos en los cuales los presidentes tuvieron suficiente apoyo de la coalición y como resultado las variables *fragmentación política* y *tipo de régimen* (democracia) están altamente correlacionadas con el caso chileno. Para hacer frente a este tema de colinearidad, los modelos elegidos presentados para Chile (modelos 1 y 2 en los cuadros) no utilizan el tipo de régimen y tratan al gobierno autoritario y al apoyo de la coalición mayoritaria como si fueran similares. Esta simplificación aumenta la diferencia entre políticas públicas fragmentadas y no fragmentadas. Sin embargo, los mismos análisis fueron realizados bajo condiciones de gobiernos democráticos y autoritarios en Chile con resultados similares (discutido abajo). Los números más pequeños de las observaciones que tienen lugar durante periodos de apoyo democrático de la coalición mayoritaria (solamente el 14% de las resoluciones) atenúan estos resultados. A diferencia del caso de Chile, en Argentina hay una amplia variación histórica de la política de fragmentación democrática y periodos de un significativo apoyo del Congreso a los presidentes electos. Los modelos selec-

vaciones puede ser exagerado y los errores estándar subestimados. Sin embargo, la evaluación de los datos no revelaron evidencia de autocorrelación entre los votos de los Jueces, y ninguna evidencia de heteroscedasticidad entre los términos de error para las estimaciones logísticas de los votos individuales. Además, no existe una diferencia significativa en los resultados para modelos agrupando los datos en una "Corte natural".

cionados en los cuadros 1 y 2 solamente proporcionan resultados para Argentina bajo democracia, aunque abajo se discuten los mismos análisis para circunstancias autoritarias.

Los análisis multivariados indican un apoyo mixto a las expectativas teóricas resumidas arriba. De acuerdo con el enfoque de la ideología judicial, los Jueces no están limitados por factores políticos externos y son libres para decidir los casos de acuerdo con sus preferencias políticas, ideológicas o legales. Si las actitudes políticas o ideológicas de los Jueces explican la variación cuando los Jueces actúan como árbitros, podríamos esperar que los Jueces no designados por el Presidente en funciones tengan una mayor disposición para *controlar* los poderes de excepción, y los Jueces con una ideología “liberal” tiendan a *hacer valer* los derechos de libertad de expresión.

Este primer grupo de expectativas asociadas al enfoque de “no limitación” se refiere a la *designación judicial*. Para el caso argentino, los resultados apoyan las expectativas según las cuales la relación de la designación de un Juez con el Presidente en funciones afecta la dirección de sus resoluciones en cuestiones de poder. La *designación judicial* (modelo 4) es positiva y significativa: los Jueces *no* designados por el Presidente tienen 14% más probabilidad de *controlar* los poderes de excepción que sus colegas. Estos son los resultados para un régimen democrático. El mismo modelo para un gobierno autoritario produce resultados consistentes con la discusión anterior sobre los efectos producidos por el tipo de régimen en Argentina: la *designación judicial* no es significativa bajo condiciones autoritarias y el Poder Judicial parece estar más politizado durante la democracia. Para el caso de Chile, el modelo de *designación judicial* (modelo 1) es positivo y significativo: los Jueces *no* designados por el Presidente en funciones (democrático o militar) tienen más probabilidad de *controlar* los poderes de excepción. Esto no apoya las expectativas para el caso chileno. En Chile, debido a la estabilidad, amplitud y duplicación de una ideología institucional conservadora y apolítica, la expectativa es que la relación entre la *designación* de un Juez y

el Presidente en funciones sea irrelevante para el proceso de toma de decisión judicial.³¹

El segundo grupo de expectativas asociadas con el enfoque de “no limitación” concierne a las *actitudes judiciales*. La orientación ideológica de un Juez en una escala liberal-conservadora debería afectar la decisión de *hacer valer* los derechos de libertad de expresión. El caso de Argentina aporta algo de apoyo a la hipotética relación entre las actitudes judiciales y la protección judicial de los derechos: la variable *actitudes judiciales* son significativa y positiva (modelo 10).³² Manteniendo el resto de las variables constantes, los Jueces liberales argentinos tienen 14% más probabilidad de votar para *hacer valer* los derechos durante un gobierno democrático que los Jueces conservadores. Para el caso de Chile, la expectativa es que las actitudes ideológicas no deberían tener un efecto independiente si los Jueces actúan para asegurar los derechos individuales. Esta expectativa se concreta en gran parte del análisis sobre las decisiones individuales de los Jueces en los casos de libertad de expresión: las *actitudes judiciales* no son significativas (modelo 7).

El enfoque de “Corte limitada” sostiene que un ambiente de fragmentación política proporciona Jueces con espacio político para actuar de forma sincera. Por tanto, esperaríamos que la variable de *fragmentación política* estuviera asociada a una mayor probabilidad de que un Juez *controle* el poder o *haga valer* los derechos. Además, el Juez que no es designado ni está políticamente alineado con el Presidente en funciones, es quien tiene mayor presión para abandonar sus preferencias “sinceras” y tomar partido por el Presidente que goza de la mayoría o del apoyo de la coalición mayoritaria. Para evaluar estas expectativas, el primer modelo de cada país en los cuadros 1 y 2 incluye la *fragmentación política* así como las variables del nivel de los Jueces; el segundo modelo añade la interacción de estas variables con fragmenta-

³¹ Al repetir este análisis bajo condiciones democráticas en Chile, vemos que se reproduce el resultado inesperado: la *designación judicial* es significativa y positiva. No podemos atribuirle la importancia de la relación de designación simplemente a la inclusión del periodo autoritario en los modelos examinados.

³² En el mismo modelo para condiciones autoritarias, las *actitudes judiciales* no son significativas.

ción, y el tercero considera el impacto de las actitudes judiciales o designación bajo el contexto específico de la fragmentación política.

Con respecto a la propensión de los Jueces a *controlar el poder*, nuestras expectativas sobre la fragmentación política tienen el apoyo de ambos países (cuadro 1). En el caso chileno, la *fragmentación política* es positiva y significativa (modelo 1). Además, la *interacción* entre la designación judicial y la fragmentación es significativa y positiva (modelo 2). Un Juez que no fue designado por el Presidente en funciones (o uno de la misma tendencia política) tiene 25% más probabilidad de *controlar* el poder de excepción con un discreto cambio hacia una política fragmentada.³³ Además, bajo condiciones de política democrática fragmentada (modelo 3) los Jueces chilenos que no están políticamente alineados con el Presidente tienen 31% más de probabilidad de votar para *controlar* el Poder Ejecutivo que sus colegas. De forma similar, en Argentina hay algo de apoyo para el enfoque de “Corte limitada” en el contexto de los casos sobre poder. La variable *fragmentación política* es positiva y significativa (modelo 4) – un Juez tiene 14% más de probabilidad de votar para *controlar* el poder cuando nos movemos del contexto de gobierno democrático unificado a gobierno democrático dividido. El término interactivo no es significativo en el caso argentino. Sin embargo, en el contexto de política democrática fragmentada (modelo 6), la *designación política* es significativa y positiva: un Juez argentino que no fue nombrado por el Presidente en funciones tiene 28% más probabilidad de votar para *controlar* al Poder Ejecutivo.

Aunque la fragmentación política parece ser un factor importante que afecta la probabilidad de observar decisiones judiciales que controlen el poder, y parece relacionarse de forma interactiva con la designación política, no se puede decir lo mismo en el contexto de la protección de derechos. La teoría sugiere que la fragmentación política otorga a los Jueces el espacio

³³ En un modelo (no expuesto) limitado solamente a la democracia, esta probabilidad aumenta al 52%. El resultado debe ser atenuado por el bajo número de votos individuales emitidos bajo las distintas condiciones políticas específicas en el gobierno democrático.

político para actuar de acuerdo con sus creencias sinceras. Esperaríamos que la *fragmentación política* estuviera asociada con una mayor probabilidad de que un Juez *hiciera valer* los derechos, y también que la interacción con las actitudes judiciales fueran positivas y significativas. Estas expectativas no se alcanzan (modelos 7-8 para Chile y 10-11 para Argentina). Cuando el análisis es específicamente restringido a las condiciones de fragmentación política (modelos 9 y 12), el modelo de las *actitudes judiciales* es significativo y positivo únicamente en el caso de Argentina. Es 15% más probable que un Juez argentino “liberal” vote para *hacer valer* los derechos, que un Juez “conservador”.³⁴ Por tanto, en general la fragmentación no parece ofrecer pronósticos significativos sobre el proceso de toma de decisión en los casos de derechos.

El proceso de toma de decisión judicial es claramente un fenómeno mucho más complejo de lo que puede capturar un simple modelo que enfatiza la designación judicial, la ideología o la fragmentación política. Por tanto, este análisis representa un esfuerzo por entender un poco la variación en la resolución de los Jueces. No obstante, los resultados señalan una importante diferencia en los resultados a través de las dos dimensiones del activismo judicial. Mientras los resultados están un tanto mezclados a través de los casos de los dos países, en general el análisis apoya la visión de los Jueces como “políticamente limitados”, en particular respecto del proceso de toma de decisión sobre conflictos de poder —la dimensión horizontal. En el contexto de la protección de derechos —la dimensión vertical— la ideología judicial parece ser una explicación más sólida. La importancia de las actitudes es evidente en el caso de Argentina, donde las actitudes “liberales” están positivamente asociadas con la probabilidad de *hacer valer* los derechos en cada modelo. Esto plantea la pregunta de si es suficiente la ideología judicial para obtener una mayor protección de los derechos o si las actitudes (liberal *vs.* conservadora) únicamente importan en el contexto de fragmentación política.

³⁴ En el mismo modelo para condiciones autoritarias, las *actitudes judiciales* no son significativas.

Solamente se puede esperar que las condiciones de fragmentación política faciliten las protecciones judiciales de los derechos si, por ejemplo, garantizar los derechos constituye una parte de las preferencias individuales sinceras de los Jueces (las preferencias ideológicas y políticas que los Jueces llevan al tribunal). Sin embargo, existe un escepticismo significativo sobre el contenido de “derechos” en las preferencias judiciales, particularmente en Chile.³⁵ El desempeño de la Corte Superior chilena en relación con los derechos liberales constitucionales ha sido descrito como “decepcionante” o “irrelevante” (Couso, 2004; Couso, 2005). Los resultados cuantitativos para la libertad de expresión en gran parte corroboran esta visión para Chile. Como lo elaboran Couso y Hilbink, la explicación de este registro se ha centrado en gran parte en aspectos internos de la Corte: la predominancia de un enfoque de derecho privado en el control de constitucionalidad, la presunción de constitucionalidad dada al derecho formal, y una ideología institucional apolítica que ha sido cultivada dentro del Poder Judicial (particularmente por la Suprema Corte y las Cortes de apelación) por la estabilidad institucional y por procedimientos protegidos de designación. Lo anterior implica que para favorecer los derechos sería necesario reemplazar la jerarquía judicial por individuos ideológicamente comprometidos con controlar el Estado y el poder, y promover una jurisprudencia de tendencia liberal orientada a la protección de los derechos. En efecto, el capítulo de Couso y Hilbink indica que el reciente cambio institucional e ideológico, a finales de esta década, por fin dará frutos en la protección constitucional de los derechos en Chile.

5. CONCLUSIONES TENTATIVAS

Este capítulo ha examinado dos tipos de factores que teóricamente facilitarían las decisiones judiciales que controlan el poder y hacen valer los

³⁵ Tal escepticismo no se limita a Chile. Gargarella (2004, 194) sostiene que las actitudes judiciales en Argentina también se caracterizan por un “conservadurismo infundado”.

derechos constitucionales: actitudes judiciales (políticas e ideológicas) y el entorno político donde se toman las decisiones. El análisis indica que los factores políticos (como la competencia política, la transparencia y la fragmentación, o la alternancia de un gobierno de oposición) asociados con decisiones que controlan el Poder Ejecutivo no son suficientes para facilitar el desarrollo de una postura más activista hacia los derechos. Los resultados implican que el proceso de toma de decisión sobre derechos está asociado con las preferencias ideológicas “individuales” (o atributos de cada Juez), mientras que el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones de poder es “político”.³⁶ En resumen, el ambiente político parece ser más sobresaliente en algunos contextos (poder), que en otros (derechos), al menos en los países examinados aquí.

Aunque este análisis ha tratado actitudes y políticas públicas de forma independiente, puede haber sustancialmente más juego entre la ideología institucional “individual” y los factores “políticos” externos involucrados en el proceso de toma de decisión judicial —factores no necesariamente asociados con la fragmentación política (Rasmusen, 2004; Gibso, Caldeira y Baird, 1998) o capturados por un simple código dicotómico de las decisiones judiciales (Stanton y Vanberg, 2008). Los Jueces enfrentan un ambiente político y judicial complejo y múltiples audiencias, incluyendo las otras ramas del gobierno y los partidos políticos, los niveles inferiores del Poder Judicial y la amplia comunidad legal, los grupos de interés y los activistas con voz, y la prensa y el público en general (Scribner, 2004). Los Jueces deben “balancear tácticamente” imperativos institucionales, legales, políticos y económicos potencialmente competitivos al decidir en casos contenciosos (Kapiszewski, 2007, 221). La visión de las Cortes como políticamente limitada, como fue examinada arriba, se relaciona estrechamente con las dinámicas entre el Legis-

³⁶ Este descubrimiento puede ser consistente con la evolución en dos pasos de los derechos de Shapiro, basada en el control constitucional, donde una estrecha norma de jurisprudencia establece los fundamentos para un mayor control constitucional en el futuro basado en la confrontación de derechos.

lativo, Ejecutivo y la Corte que tienden a impedir que las Cortes se alejen demasiado de las posiciones de la mayoría política.

Sin embargo, la opinión pública en general y el activismo de las ONGs en particular, pueden influenciar el comportamiento judicial, ya sea directamente, presionando a las ramas políticas a cumplir con las decisiones judiciales (Vanberg, 2005; Stanton, 2006), indirectamente presionando a las Cortes a través de demostraciones, apoyo y litigio (Smulovitz y Peruzzotti, 2000; Mishler and Sheehan, 1993).³⁷ Por un lado, es más probable que los Jueces mantengan el control del poder (o hagan valer los derechos) si gozan de un apoyo popular tal que los políticos enfrenten costos si cuestionan a la Corte (López-Ayllón y Fix-Fierro, 2003; Staton, 2002).³⁸ O bien la Corte puede enfrentar presión política intensificada si los políticos ganan (electoralmente o de otra forma) por las acciones que amenazan con “castigar a la Corte”. La politización del apoyo público (o la ausencia de éste) para las Cortes ha influido de forma muy dramática en Argentina a finales de los años noventa y principios del siglo XXI. Los legisladores de los partidos de oposición (y el Presidente Duhalde) amenazaron con impugnar a los miembros de la Corte como parte de sus plataformas electorales y políticas. Ésta protestó en contra de tales esfuerzos, revirtiendo finalmente su doctrina (profundamente impopular) sobre emergencias económicas, en la popular resolución *Smith* (Helmke, 2005). De igual forma, en el 2005, la revocación de las leyes de inmunidad asociadas a la Guerra Sucia, fue seguida muy de cerca por la opinión pública y la acción del Congreso (Roehrig, 2009).³⁹

³⁷ Cfr. también Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz (eds). 2006. *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in New Latin American Democracies*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

³⁸ En relación a esto, Epstein Knight y Shvetsova (2001) sugieren que la creciente legitimidad de la Corte (asociada con resoluciones que caen dentro del rango tolerado por los actores políticos) aumenta el costo de impugnar (o castigar) a la Corte. A su vez, esto contribuye a dar a éstas un mayor espacio político para maniobrar al resolver casos en línea con sus preferencias políticas.

³⁹ Roehrig (2009, 739) señala sobre la resolución del 2005: “En la encuesta de opinión del 2003, los argentinos estuvieron a favor de revocar las leyes de amnistía, dos votos a uno. El Presidente Kirchner dijo que los Jueces “han dado a nuestro país un fallo que renueva nuestra fe en el sistema de justicia. Han declarado inconstitucionales [leyes] que nos llenaban de vergüenza.”

Por otro lado, es muy probable que los actores sociales impacten de forma independiente las dinámicas del proceso de toma de decisión judicial, en gran medida porque cambian el significado público de lo que es y no es aceptable, esperado o posible en el comportamiento de las Cortes. Por ejemplo, el análisis de Brinks (2008) sobre la respuesta judicial a los asesinatos de la policía, demuestra la importancia de la presión externa sobre las Cortes. De igual forma, el caso de la famosa ONG Argentina —que dirigió los esfuerzos políticos y aumentó la asistencia legal— tuvo un impacto positivo en la interposición de una acción judicial en contra de la policía en Buenos Aires. En Uruguay, donde existe una mayor expectativa pública y presión política para el éxito de los procesos en contra de los asesinatos de la policía, Brinks encontró un mayor enjuiciamiento de actores estatales. Esto implica que las expectativas populares (sostenidas públicamente) sobre derechos y comportamiento judicial, y la movilización de esas expectativas por los actores sociales y políticos, pueden impactar el comportamiento judicial. La movilización legal para defender los derechos (con suficientes recursos) es la parte central de la explicación de Epp (1998) para una significativa revolución de los derechos.

En Argentina como en Chile, las organizaciones sobre temas específicos y los grupos de interés con mayor frecuencia han emprendido estrategias judiciales de cambio político y han presionado para lograr la protección de derechos a través de una amplia variedad de casos incluyendo aquellos que impactan a los poderes de emergencia (particularmente en Argentina) y la libertad de expresión (y más actualmente que en el marco temporal considerado en el análisis cuantitativo). Sin embargo, la ausencia de una cultura de apoyo de los derechos, especialmente en la Corte, es mencionado como un obstáculo sustancial en Argentina (Gargarella, 2004) y en Chile (Couso, 2005). El resultado del limitado análisis comparativo entre Chile y Argentina presentado aquí, sugeriría que el avance de la protección contramayoritaria de los derechos (una “revolución de derechos”) requiere de un cambio en la cultura judicial y del nombramiento de Jueces ideológi-

camente comprometidos con controlar el poder del Estado y promocionar una jurisprudencia liberal orientada a los derechos.

No obstante, el Reino Unido experimentó la emergencia de una moderada revolución de los derechos, sin cambio sustancial en la Corte (y sin mayor cambio constitucional), provocada en gran medida por la “creciente disponibilidad de recursos y la creciente agresividad de los activistas legales” (Epp, 1998, 155). Esto plantea la pregunta de si y cómo las estrategias de movilización legal afectan directamente el proceso de toma de decisión judicial, así como indirectamente al moldear las expectativas públicas, políticas y judiciales para legitimar la acción judicial, en particular en cuestiones de derechos. Como Couso y Hilbink discuten en su contribución a este libro, la cuestión es particularmente interesante en el caso de Chile, donde la reforma constitucional de 2005 concentra de forma ostensible el control constitucional en el tribunal constitucional, con algunos resultados mixtos.⁴⁰ El impacto potencial de la movilización legal es complicado por el papel de la presión doctrinal y jurisprudencial externa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y la Comisión Interamericana) en los países miembros. Con mayor frecuencia, las estrategias de movilización relacionadas con los derechos involucran cada vez más referencias a la CIADH. Estos temas están claramente fuera del alcance de este capítulo. Sin embargo, nos señalan una agenda de investigación sobre política judicial, que explora la interacción dinámica entre los Jueces, que enfrentan múltiples y cambiantes audiencias, y un creciente y complejo ambiente político y legal.

⁴⁰ De los 236 casos interpuestos ante el TC en el 2006 (el primer año que el TC aceptó recursos de inaplicabilidad), 206 fueron recursos de inaplicabilidad. El TC ha mantenido generalmente las estrechas reglas de admisibilidad desarrolladas por la Suprema Corte (Saenger G., 2007). Sin embargo, existen ejemplos favorables, como un recurso de inaplicabilidad de 2007 que reconocía que un derecho de acceso a la información (como esencial para la libertad de expresión y, en términos generales, para un régimen democrático), que indica que una jurisprudencia basada en derechos, al menos en el TC, se desarrollará con el tiempo (*cfr. Casas Cordero et al vs. El Servicio Nacional de Aduanas* (Rol No. 634, agosto 9, 2007), escrito por Marisol Peña Torres). Por supuesto, existen también ejemplos contrarios, como la decisión de 2008 cargada ideológicamente que removió la disposición pública de la píldora del día siguiente, la cual fue rotundamente criticada y recibida con numerosos protestas públicas.

Apéndice

Cuadro 1
Control de Poder

	Chile			Argentina		
	1	2	3	4	5	6
	Modelo completo	Con interacción	Política fragmentada	Modelo completo	Con interacción	Política fragmentada
FECHA DEL CASO	0.000 (5.46)**	0.000 (5.58)**	0.000 (4.39)**	0.000 (5.28)**	0.000 (5.39)**	0.000 (1.80)
CASO CONTEMPORÁNEO	-1.077 (2.02)*	-1.157 (2.09)*	-2.925 (2.79)**	-0.236 (0.57)	-0.248 (0.60)	-0.765 (1.46)
CASO IMPORTANTE	0.303 (1.84)	0.308 (1.86)	0.515 (1.52)	0.065 (0.26)	0.090 (0.35)	-0.377 (1.10)
DESIGNACIÓN JUDICIAL	0.399 (2.45)*	0.125 (0.67)	1.330 (3.74)**	0.815 (3.32)**	0.471 (1.34)	1.142 (3.16)**
FRAGMENTACIÓN POLÍTICA	1.053 (5.27)**	0.497 (1.81)		0.708 (2.52)*	0.439 (1.29)	
INTERACCIÓN DE LA DESIGNACIÓN CON LA FRAGMENTACIÓN		1.102 (2.93)**			0.688 (1.39)	
CONSTANTE	-1.429 (3.00)**	-1.290 (2.59)**	0.268 (0.29)	-2.333 (5.27)**	-2.206 (4.93)**	-0.693 (0.84)
OBSERVACIONES	813	813	193	433	433	159
PSEUDO R2 (STATA)	0.1152	0.1236	0.1430	0.1712	0.1750	0.0704

Valor absoluto de las estadísticas z en paréntesis
* significativo al 5%; ** significativo al 1% (test de una cola)

Cuadro 2
Protección de Derechos

	Chile			Argentina		
	7	8	9	10	11	12
	Modelo completo	Con interacción	Política fragmentada	Modelo completo	Con interacción	Política fragmentada
FECHA DEL CASO	0.000 (1.07)	0.000 (1.01)	0.000 (1.20)	0.000 (2.13)*	0.000 (2.18)*	0.000 (1.90)
CASO CONTEMPORÁNEO	1.013 (2.15)*	1.007 (2.13)*	1.032 (2.18)*	-0.731 (2.82)**	-0.733 (2.83)**	-0.749 (2.64)**
CASO IMPORTANTE	-0.022 (0.09)	-0.011 (0.05)	-0.072 (0.26)	0.038 (0.25)	0.038 (0.25)	-0.478 (2.40)*
ACTITUDES JUDICIALES	-0.052 (0.22)	0.374 (0.67)	-0.140 (0.53)	0.585 (3.85)**	0.482 (1.98)*	0.603 (3.05)**
FRAGMENTACIÓN POLÍTICA	-0.074 (0.23)	0.075 (0.20)		0.077 (0.45)	0.001 (0.00)	
INTERACCIÓN DE LAS ACTITUDES Y LA FRAGMENTACIÓN		-0.520 (0.84)			0.168 (0.54)	
CONSTANTE	-0.870 (1.54)	-0.989 (1.69)	-0.877 (1.81)	-0.143 (0.44)	-0.106 (0.32)	1.471 (2.67)**
OBSERVACIONES	322	322	252	744	744	443
PSEUDO R2 (STATA)	0.0161	0.0177	0.0226	0.0337	0.0340	0.0443

Valor absoluto de las estadísticas en paréntesis
* significativo al 5%; ** significativo al 1% (test de una cola)

REFERENCIAS

- Badeni, Gregorio. 1994. *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, AD-HOC S.R.L.
- Banda Vergara, Alfonso. 1999. "Declaración o Rectificación: Derecho o Límite a la Libertad de Información?", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile- Valdivia, vol. 10.
- Banks, William C. y Alejandro D. Carrió. 1993. "Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States", *Michigan Journal of International Law* 15 (1 (otoño)).
- Bergalli, Roberto. 1984. *Estado Democrático y Cuestión Judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Buenos Aires, Depalma.
- Bianchi, Enrique Tomás y Hernán Víctor Gullco. 1997. *El Derecho a la Libre Expresión: Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, La Plata, Librería Editora Platense.
- Bidart Campos, German J. 1994. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar.
- Bravo Michell, Clodomiro y Nissim Sharim Paz. 1958. *Restricciones a las Libertades Públicas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Brinks, Daniel. 2008. *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press.
- Caffarena de Jiles, Elena. 1957. *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago.

- Caldeira, Gregory A., y James L. Gibson. 1992. "The Etiology of Public Support for the Supreme Court", en *American Journal of Political Science* 36.
- Chávez, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford University Press.
- Comadira, Julio Rodolfo. 1995. "Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma Constitucional", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, T1995B (Sec. Doctrina).
- Correa Sutil, Jorge. 1988. "La Cultura Jurídica Chilena en Relación a la Función Judicial", en *La Cultura Jurídica Chilena*, ed. A. Squella, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.
- Couso, Javier A. 2005. The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was, en *The Judicialization of Politics in Latin America*, ed. Rachel Sieder, Line Schjolden, y Alan Angell, New York: Palgrave.
- _____. 2004. "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Domestic Transition, 1990-2002" en *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, ed. Gloppen, Gargarella, y Skaar, Portland: Frank Cass Publishers.
- Cumplido, Francisco y Hugo Frühling. 1979. "Problemas Jurídico-Políticos del Tránsito Hacia la Democracia Chile: 1924-1932", *Revista de Estudios Sociales* 21 (Trimestre 3).
- Dahl, Robert. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law* VI (2).
- Dromi, Roberto y Eduardo Menem. 1994. *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.

Ekmekdjian, Miguel Angel. 1989. "El Rol Institucional del Poder Judicial de la Nación en una reciente Acordada de la Corte Suprema de Justicia", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, Actualidad 3-10-89.

Epstein, Lee, Jack Knight, y Olga Shvetsova. 2001. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government, *Law and Society Review* 35 (1).

Epstein, Lee. y Jack Knight. 1998. *The Choices Judges Make*, Washington DC: Congressional Quarterly Press.

Eskridge, William N. Jr. 1991a. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", *The Yale Law Journal*.

_____. 1991b. "Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game", *California Law Review*.

Freedom House, *Freedom of the Press - Chile (2007)*, 2 May 2007. UNHCR Refworld, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478cd50ec.html> [consultado el 8 de febrero de 2009].

Frühling, Hugo. 1986. "Poder Judicial y Política en Chile", *Revista El Ferrocarril* No. 7.

García Belsunce, Horacio A. 1993. "Las Emergencias en la Constitución Nacional", *El Derecho*, T154.

Gargarella, Roberto. 2004. In Search of Democratic Justice-What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002, en *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, ed. Gloppen *et al.*, Portland: Frank Cass.

- _____. 1996. "La Justicia Dependiente de la Política. El Caso Argentino", en *La Justicia Frente al Gobierno Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Editorial Ariel.
- Garretón Merino, Roberto. 1987. "Los Estados de Excepción al Servicio de la Doctrina de la Seguridad Nacional. La Experiencia Chilena", en *Estados de Emergencia en la Región Andina*, ed. D. García Sayán, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Gelli, María Angélica. 1995. "Amparo, Legalidad Tributaria y Decretos de Necesidad y Urgencia", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1995D.
- Gely, Rafael y Pablo T. Spiller. 1990. "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases", *Journal of Law, Economics, and Organization* 6 (2).
- Gibson, James L., Caldeira, Gregory A., y Baird, Vanessa A. 1998. "On the Legitimacy of National High Courts", *American Political Science Review* 92(2).
- González P., Miguel y Guillermo E. Martínez R. 1987. *Régimen Jurídico de la Prensa Chilena 1810-1987: Legislación y Jurisprudencia*, Santiago, Editorial Interamericana Ltda.
- González, Felipe. 2000. "Leyes de Desacato y Libertad de Expresión", en *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, ed. Felipe González y Felipe Viveros, publicado como una edición especial de *Cuadernos de Análisis Jurídico*. No. 10, octubre.
- Groisman, Enrique I. 1987. *La Corte Suprema de Justicia durante la dictadura (1976-1983)*, Buenos Aires, Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA).

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge University Press.

Hilbink, Elisabeth C. 2007. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge University Press.

Human Rights Watch, *World Report 2009 - Chile*, 14 January 2009. UNHCR Refworld, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49705fa781.html> [consultado el 8 de febrero de 2009].

Human Rights Watch. 1998. *Limits of Tolerance: Freedom of Expression and the Public Debate in Chile*, New York: Human Rights Watch.

Iaryczower, M., Spiller, P. T. y Tommasi, M. 2002. Judicial Decision Making in Unstable Environments, Argentina 1935-1998, *American Journal of Political Science* 46 (4).

International Commission of Jurists (ICJ). 1992. *Chile: A time of Reckoning, Human Rights and the Judiciary*, Geneva: Centre for the Independence of Judges and Lawyers.

Jorin, Miguel. 1953. *Governments of Latin America*, New York: D. Van Nostrand Company, Inc.

Kapiszewski, Diana. 2007. Challenging Decisions: High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil. PhD Dissertation. Political Science, UC, Berkeley.

Kartheiser, Robert D. Jr. 1986. "De Facto Government, State of Siege Powers, and Freedom of the Press in Argentina", *Inter-American Law Review* 18 (2).

Lanao, Jairo E. 2002. "Symposium on the Role of a Free Press and Freedom of Expression in the Development and Consolidation of

Democracies in Latin America: Legal Challenges to Freedom of the Press in the America”, 56 *U. Miami L. Rev.* 347.

Larkins, Christopher M. 1996. “Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis”, *American Journal of Comparative Law* 44 (Fall):605.

Lauvsnes, Trine 2006. *The Judicial Protection of Tolerance in Chile and Argentina. Explaining Freedom of Expression Jurisprudence, 1990–2003*. Thesis: Department Of Comparative Politics. University Of Bergen, Norway.

Levit, Janet Koven. 1999. “The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?”, *Columbia Journal of Transnational Law* 37.

López-Ayllón, Sergio y Hector Fix-Fierro. 2003. “‘Faraway, so close!’ The rule of law and legal change in Mexico 1970-2000”, en *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, eds. Lawrence M. Friedman, Rogelio Pérez Perdomo, Stanford, CA: Stanford University Press.

Lugones, Narciso J., Alberto F. Garay, Sergio O. Dugo y Santiago H. Corcuera. 1992, *Leyes de Emergencia, Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, *La Ley*.

Mecham, J. Lloyd. 1959. “Latin American Constitutions: Nominal and Real”, *The Journal of Politics*. 21(2) (May).

Medina, Cecilia. 1996. “La Libertad de Expresión”, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos Humanos*, eds. Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa, publicado como una edición

especial de *Cuadernos de Análisis Jurídico*. No. 6. Septiembre 1996, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Mera, Jorge, Felipe González y Juan Enrique Vargas. 1987a. *Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: El caso de la "Ley de Defensa de la Democracia"*, vol. Cuaderno de Trabajo, Núm. 5. Santiago, Academia de Humanismo Cristiano.

_____. 1987b. *Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973*, vol. Cuaderno de Trabajo, Núm. 8, Santiago, Academia de Humanismo Cristiano.

Merryman, John Henry, David S. Clark y John O. Haley. 1994. *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Charlottesville: The Michie Company.

Mishler, W. y Sheehan, R. 1993. "The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions", *American Political Science Review*, vol. 87, No. 1.

Molinelli, N. Guillermo. 1989. "Presidente, Congreso y Estado de Sitio en la Argentina (1862-1986)", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, T1989B (Sec. Doctrina).

Morello, Augusto Mario. 1999. *El Recurso Extraordinario*, 2 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Nino, Carlos. 1993. "On the Exercise of Judicial Review in Argentina", en *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, ed. I. P. Stotzky, Boulder, Colorado: Westview Press.

Oteiza, Eduardo. 1994. *La Corte Suprema Entre la Justicia sin Política y la Política sin Justicia*, Buenos Aires, La Plata.

- Pellet Lastra, Arturo. 1993. *La Libertad de Expresión*, 2nd. Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Peña González, Carlos. 1997. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Pérez Hualde, Alejandro. 1995. *Decretos de Necesidad y Urgencia: Límites y Control en la Doctrina, en la Jurisprudencia y en la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Pérez Hualde, Alejandro. 1997. "Decretos de Necesidad y Urgencia: A Dos Años del Artículo 99, Inciso 3 de la Constitución Nacional", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, T1997D (Sec. Doctrina).
- Rasmusen, Eric. 1994. "Judicial Legitimacy as a Repeated Game", *Journal of Law, Economics, and Organization* 10(1).
- Río Álvarez, Lautaro. 1990. "El Poder Judicial Chileno y la Protección de los Derechos Humanos", *Revista Gaceta Jurídica* 126.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", en *Latin American Politics and Society*, Spring, 49(1).
- Roehrig, Terence. 2009. "Executive Leadership and the Continuing Quest for Justice in Argentina", *Human Rights Quarterly* 31.3. [Versión en línea: Proyecto MUSE consultado el 3 Ago. 2009].
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 1998-99. "Comentario No. 2: Un fallo sobre el derecho a la honra y la libertad de información" (comentario sobre el *Recurso de protección "Donoso Arteaga y otros contra revista Caras"*), *Revista de Derecho Público*. vol. 61.

Saenger G., Fernando. 2007. Acción de inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional. Algunos Casos Jurisprudenciales, en *Estudios Constitucionales*, núm. 1-2007, junio 2007.

Sagüés, Nestor Pedro. 1990. "Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, T1990D (Sec. Doctrina).

_____. 1996 "El Derecho de Necesidad Espurio (de 'Perlata' a 'Video Club Dreams')", *Jurisprudencia Argentina* 1996-I.

_____. 1997. "Judicial Censorship of the Press in Argentina", 4 *Sw. J.L. and Trade Am.* 45.

Schweitzer, Daniel. 1972. *Acusación Constitucional*, Santiago, Editorial Andrés Bello.

Scribner, Druscilla L. 2004. Limiting Presidential Power: Supreme Court – Executive Relations in Argentina and Chile. PhD Dissertation, Political Science, University of California, San Diego.

Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. 1996. "The Influence of *Stare Decisis* on the Votes of United States Supreme Court Justices", *American Journal of Political Science* 40 (4).

_____. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge: Cambridge University Press.

Segal, Jeffrey A. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____. "Separation of Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts", *American Political Science Review* 91(1).

- Shapiro, Martin. 2004. Judicial Review in Developed Democracies, en *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, ed. Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar, Portland: Frank Cass.
- Silva Bascuñán, Alejandro. 1986. "Ámbito de la Función Judicial en los Estados de Excepción", *Revista Chilena de Derecho* 13 (1 (enero-abril)).
- Smulovitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique. 2000. "Societal Accountability in Latin America", *Journal of Democracy*, vol. 11, No. 4.
- Soto Kloss, Eduardo. 1986. "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección: Una Revolución Silenciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83 (Sec. 1 (Doctrina)).
- _____. 1982. *El Recurso de Protección: Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Staton, Jeffrey K. y Georg Vanberg. 2008. "The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions", *American Journal of Political Science*, 52(3).
- Staton, Jeffrey K. 2006. "Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results". *American Journal of Political Science* 50(1).
- _____. 2002. *Judicial Decision-Making and Public Authority Compliance: The Role of Public Support in the Mexican Separation of Powers System*. Ph. D. Dissertation, Washington University, St. Louis.
- Vanberg, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

- Vargas Viancos, Juan E. y Jorge Correa Sutil. 1995. *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria.
- Vaughn, Robert G. 1993. "Proposals for Judicial Reform in Chile", *Fordham International Law Journal* 16.
- Verner, Joel G. 1984. "The Independence of Supreme Courts in Latin America: A review of the literature", *Journal of Latin American Studies* 16 (2).
- Vittadini Andres, Susana N. 1999. "First Amendment Influence in Argentine Republic Law and Jurisprudence", *4 Comm. L. and Pol'y* 149.
- Wynia, Gary W. 1984. *The Politics of Latin American Development*: Cambridge University Press.
- Zúñiga Urbina, Francisco. 2000. "Criterios para la Conciliación entre la Libertad de Información y el Derecho a la Vida Privada en la Jurisprudencia Internacional y Nacional", *Ius el Praxis*, Año 6, No. 1.

Capítulo 10

*B*olivia: el ascenso (y caída) del control constitucional*

*Andrea Castagnola ***

*Aníbal Pérez-Liñán ****

* Estamos en deuda con Guadalupe Amusquivar Penaranda, Juan Pablo Ayala, José Luis Baptista Morales, Rosario Canedo, Néstor Castaneda Angarita, Javier Couso, Pilar Domingo, Álvaro Gálvez, Gretchen Helmke, Matthew Ingram, Elizabeth Iñiguez, Jorge Oblitas, Ramiro Orias, Julio Permintel, Julio Ríos Figueroa, José Antonio Rivera Santivañez, Carlos Rocha, Eduardo Rodríguez Veltzé, Silvia Salame Farjat, José Luis Scotto, Jaime Soruco Paniagua, Jeffrey Staton, Matthew M. Taylor, y Neyer Zapata Vásquez por sus valiosos comentarios y su apoyo en este proyecto. Nuestra investigación recibió el apoyo financiero de la beca NSF (SES 0918886).

** Residente de investigación en el Centro de Estudios y Programas Interamericanos del ITAM en la Ciudad de México. Es maestra en políticas públicas por la Universidad de Georgetown y doctora en ciencia política por la Universidad de Pittsburgh. Sus temas de investigación incluyen temas de tribunales y justicia, partidos políticos y elecciones en América Latina. Ha participado en proyectos de investigación para la USAID, la Fundación Ford, y el Banco Mundial. Sus artículos han sido publicados en revistas como *Journal of Politics* y el *Journal of Politics in Latin America*.

*** Profesor de ciencia política en la Universidad de Pittsburgh. Doctor en ciencia política por la Universidad de Notre Dame. Autor de *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America* (Cambridge, 2007). Sus intereses de investigación incluyen instituciones políticas, democratización y política comparada de América Latina. Sobre estos temas ha publicado diversos artículos en revistas como *Political Research Quarterly*, *Electoral Studies*, *Legislative Studies Quarterly*, *Journal of Politics* y *Studies in Comparative International Development*.



El caso boliviano ilustra la posibilidad de crear un Poder Judicial activista a través del diseño institucional, pero también pone de manifiesto los límites de los experimentos institucionales a fines del siglo XX. Se trata de un caso de esperanza y desaliento, es un ejemplo de transformación institucional así como de persistencia histórica. En este capítulo analizaremos las principales instituciones del Poder Judicial boliviano desde una perspectiva histórica, enfatizando las transformaciones decisivas de la última década.

Aunque las normas constitucionales dieron a la Suprema Corte de Bolivia la posibilidad de actuar como mediador de los conflictos políticos y protector de los derechos individuales, durante el siglo XX la Corte Suprema no logró desarrollar un perfil activista. No fue sino hasta 1998, con la creación del Tribunal Constitucional de Bolivia, que surgió un Poder Judicial más firme y enérgico. Una nueva gama de instrumentos legales fue desarrollada y probada. Sin embargo, el experimento no duró. En un contexto de creciente polaridad política, el Tribunal Constitucional fue desmantelado entre 2006 y 2009.

En la primera sección de este capítulo nos centramos en la trayectoria de la Suprema Corte de Bolivia, sus poderes constitucionales y su papel en los asuntos internos del país. Un análisis histórico sugiere que a partir de 1995, Bolivia puso en marcha un modelo de control constitucional descentralizado, pero los Jueces tuvieron pocos incentivos para convertirse en defensores de derechos o en árbitros políticos. En este trabajo documentamos cómo la inestabilidad en los cargos judiciales se agravó como consecuencia de la confusión política entre 1930 y 1982. Esta evidencia histórica también sugiere que algunas de las prácticas informales observadas a principios del siglo XXI (en particular la demora para llenar las vacantes en las Cortes superiores) ya habían sido utilizadas cien años atrás.

Como mostramos en la sección dos, la creación de un Tribunal Constitucional en 1998 puso en marcha un modelo centralizado de control constitucional. El Tribunal afirmó su poder de forma cada vez más clara hasta 2006, cuando se desintegró bajo la amenaza de juicio político o de responsabilidad. Así, como en el caso de la Suprema Corte, los miembros del Tribunal fueron designados en principio por diez años, pero el promedio de duración en el cargo en ambos casos fue menor a cuatro. En la tercera sección analizamos el final del breve experimento boliviano con el control constitucional. Reconstruimos los eventos que pueden llevarnos a aclarar lo sucedido con el modelo adoptado en 1998. Nuestras conclusiones enfatizan las implicaciones teóricas del caso boliviano: cerramos el capítulo con una tipología informal de las prácticas utilizadas para manipular la composición de las Cortes superiores.

I. LA SUPREMA CORTE

Hasta la conformación del Tribunal Constitucional boliviano en 1998, la Suprema Corte tenía formalmente el poder para ejercer el control constitucional. Sin embargo, la Corte no adoptó un papel activista en la protección de derechos individuales ni un rol de árbitro en la resolución de las pugnas

internas de la élite política. La confusión política a lo largo del siglo XX (marcada por la desaparición de la era liberal, la revolución de 1952, un periodo de gobierno militar y el retorno a la democracia en 1982) creó mucha incertidumbre respecto de la duración de los funcionarios judiciales en sus cargos. El movimiento de personal dentro del Poder Judicial socavó la capacidad de los Jueces para realizar procedimientos de control constitucional así como la habilidad del sistema judicial en conjunto para proteger los derechos individuales.

a. El control constitucional y la protección de los derechos

El poder para ejercer el control constitucional fue establecido por primera vez en la Constitución de 1861 y fue consolidado por el texto constitucional de 1878 (Asbun 2003; Fernández Segado, 2002; Rivera Santivañez, 1999).¹ La Constitución de 1878 otorgó poderes a la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de las leyes, decretos, y otras formas de regulación (artículo 111, inc.2). Hasta cierto punto, este principio estaba inspirado en el modelo norteamericano, pero su implementación presentó algunas diferencias importantes. Las resoluciones en Bolivia operaban *inter partes* (i.e., afectaban solamente a las partes involucradas en el proceso), como en el modelo difuso clásico de control constitucional (Montaño P., 1998). Sin embargo, la Suprema Corte de Bolivia era el único cuerpo capaz de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, como en un modelo centralizado. Los Jueces bolivianos, operando en la tradición continental, no estaban obligados a seguir los precedentes establecidos (Asbun, 2003; Rivera Santivañez, 1999). Debido a estas características, algunos autores han argumentado que Bolivia originalmente adoptó un modelo difuso atípico de control constitucional (Asbun, 2003). El diseño institucional restringió el activismo judicial a las Cortes superiores y moderó el impacto potencial de las decisiones contenciosas tanto a través del espacio (por medio del principio *inter*

¹ Las Constituciones anteriores (Bolivia tuvo un total de diez en el siglo XIX) habían establecido que la Suprema Corte podía evaluar la solidez (inteligencia) de las leyes y presentar el caso al Ejecutivo, el cual a su vez podía solicitar al Congreso que revisara la legislación (Fernández Segado, 2002; Rivera Santivañez, 1999).

partes) como a través del tiempo (debido a la ausencia de un precedente vinculante).

La guerra civil de 1899 trajo consigo la caída del Partido Conservador (incluyendo a sus Jueces de la Suprema Corte) y el ascenso al poder de los liberales. Como resultado de la guerra, que marcó el surgimiento de la economía del estaño, el Presidente y el Congreso se desplazaron hacia La Paz, pero la Suprema Corte permaneció simbólicamente en Sucre (en el Distrito de Chuquisaca), la capital constitucional del país. La era liberal permitió una expansión de la capacidad administrativa del Poder Judicial, incluyendo la construcción del Palacio de Justicia en La Paz, entre 1912 y 1913, la reorganización territorial de las Cortes inferiores en 1914 y una expansión en el número de Cortes (Castro Rodríguez, 1987).

El modelo boliviano de control constitucional evolucionó progresivamente hacia un diseño más descentralizado. Las Cortes inferiores obtuvieron un papel más prominente cuando el sistema legal incorporó el *habeas corpus* en 1931 y el recurso de *amparo* en la Constitución de 1967 (Fernández Segado, 1998; Fernández Segado, 2002; Rivera Santivañez, 2007).² Los recursos de *amparo* y *habeas corpus* eran presentados ante las Cortes inferiores pero, hasta la creación del Tribunal Constitucional a finales de los años noventa, la Suprema Corte era responsable de revisar esas resoluciones. Desafortunadamente, a menudo las Cortes inferiores no obedecían el requerimiento de celebrar una audiencia pública dentro de las 48 horas en respuesta al recurso de *amparo* y, por tanto, no lograban emitir decisiones rápidas respecto de la protección de derechos individuales (Loayza Torres, 1999). La efectividad del recurso de *amparo* se vio también disminuida por el hecho de que, en contraste con el *habeas corpus*, las decisiones de las Cortes inferiores no eran aprobadas hasta recibir la confirmación de la Suprema Corte, a menos que la petición o la resolución establecieran explícitamente que el *amparo* tenía fuerza obligatoria inmediata.³

² El Código de Procedimientos Civiles de 1975 creó instrumentos legales para cuestionar las decisiones legislativas y los impuestos, pero dichas acciones eran interpuestas directamente ante la Suprema Corte (arts. 782 al 786).

³ Entrevista con Jaime Soruco Paniagua, 16 de septiembre de 2009.

Las decisiones de los recursos de *habeas corpus* y *amparo* se estancaban en la Suprema Corte porque no existía una cámara especial dedicada a dichos asuntos. Cuando el recurso llegaba a la Corte, la oficina del abogado general tardaba en promedio un año para asignar el caso a una de las Salas (civil o penal). Algunas veces la Cámara tardaba un año más para analizar el caso (Loayza Torres, 1999). Un estudio reciente revela que entre 1991 y 1998, la Suprema Corte tardó en promedio un año y medio para resolver los recursos de *habeas corpus*, y un año y tres meses para resolver los recursos de *amparo* (Rivera Santivañez, 2007). Irónicamente, el efecto real del recurso de *amparo* era el opuesto al que se pretendía en la Constitución, ya que los derechos individuales no eran protegidos de forma inmediata (cuando eran protegidos) sino que algunas veces varios años después.

A diferencia del *habeas corpus* y de los *amparos*, los recursos de anulación y las demandas de inconstitucionalidad se presentaban directamente ante la Suprema Corte y eran analizadas por el Pleno (*Sala plena*). A la Suprema Corte también le llevó varios años decidir esos casos, lo que provocó un atraso en las sentencias. Entre 1991 y 1998, la Suprema Corte tardó un promedio de dos años y medio en resolver los recursos de anulación, y tres años y medio para las acciones de inconstitucionalidad (Rivera Santivañez, 2007). Los retrasos eran un factor importante que desalentaba a los ciudadanos a utilizar esos instrumentos, aunque la naturaleza del sistema legal también importaba. En vista de que las decisiones de la Suprema Corte tenían efectos *inter partes* y los Jueces no estaban obligados a establecer el precedente, la Corte decidía de forma diferente en casos similares, lo que provocaba confusión y frustración entre los ciudadanos (Asbun, 2003).

La naturaleza del procedimiento de control constitucional reflejaba, por consiguiente, la ausencia de un Poder Judicial defensor de derechos y los límites de de la Suprema Corte en Bolivia. La debilidad de la Corte también socavó sus capacidades para arbitrar conflictos al interior de la élite política. Como en el caso de los derechos individuales, el problema no era la ausencia de instrumentos legales para mediar los conflictos de la élite, sino la falta de oportunidades políticas y de incentivos judiciales para hacerlo.

b. Mediación de conflictos: el modelo judicial de juicio de responsabilidad

Un segundo poder institucional que situó a la Corte como un mediador potencial de los conflictos políticos fue su papel en el proceso de juicio de responsabilidad en contra del Presidente. Desde la independencia, Bolivia adoptó un modelo *judicial* de juicio de responsabilidad donde el Congreso presentaba (o autorizaba) acusaciones en contra del Presidente y la Suprema Corte llevaba a cabo el juicio (Pérez Liñán, 2007). Las especificidades del proceso variaron en las distintas Constituciones bolivianas, pero el principio básico siguió siendo el mismo.⁴ La Constitución de 1967, por ejemplo, solicitaba que el Congreso hiciera las acusaciones en contra del Presidente, Vicepresidente, o Ministros, cuando las dos Cámaras estuvieran en sesión y con una mayoría simple. Una reforma de 1994 pidió adicionalmente el voto de los dos tercios de todos los miembros del Congreso para presentar las acusaciones, y la Constitución de 2009 exigió el voto de los dos tercios de los miembros presentes en la sesión conjunta del Congreso (artículo 184). Sin importar los detalles, la Suprema Corte era siempre el último destinatario del caso legal en contra del jefe del Ejecutivo.

Esta función constitucional dio a la Suprema Corte un papel importante como mediador de los conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo. Sin embargo, en un contexto histórico donde presidentes poderosos son impugnados por intervenciones militares y revueltas civiles armadas en lugar de juicios políticos, esta función dio a la Corte una influencia real pequeña en el proceso político. Los legisladores rara vez intentaban presentar cargos para iniciar un juicio de responsabilidad. Algunas veces presentaron acusaciones en contra de presidentes que ya habían abandonado el cargo, pero incluso en tales casos, el Congreso normalmente desestimaba las acusaciones.⁵

⁴ El procedimiento de juicio de responsabilidad presidencial fue eliminado de las Constituciones de 1945, 1947 y 1961 (i.e., entre 1945 y 1967). Sin embargo, otros funcionarios de alto rango (incluyendo los gobernadores electos y el presidente de las universidades públicas) permanecieron sujetos a este mecanismo de rendición de cuentas.

⁵ Ningún Presidente en el cargo fue sometido a un juicio de responsabilidad ante la Suprema Corte a lo largo del siglo XX. Hasta donde sabemos, la única acusación en contra de un Presidente en el cargo fue presentada en contra de José M. Pando en 1903. Los legisladores también intentaron presentar cargos

Sólo dos presidentes enfrentaron juicios ante la Suprema Corte durante el siglo XX. En 1986 un grupo de diputados y senadores solicitaron el juicio de responsabilidad en contra del ex Presidente Luis García Meza bajo los cargos de violación de derechos humanos, asesinato, y otros delitos durante su régimen militar (1980-1981). El Congreso autorizó los cargos, y la Suprema Corte sentenció a García Meza a 30 años de cárcel después de siete años de juicio, en abril de 1993. El antiguo dictador fue arrestado en Brasil y extraditado a Bolivia en 1995.

En noviembre de 2003, el diputado Evo Morales introdujo una propuesta para juzgar al ex Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada (1993-1997 y 2002-2003) y a sus 15 ex Ministros. La principal acusación involucró la matanza de por lo menos 60 personas en La Paz y El Alto, cuando el ejército intentó disolver las barricadas populares en contra del Presidente en octubre de 2003. El Congreso aprobó los cargos en octubre de 2004, y el caso fue presentado ante la Suprema Corte en febrero de 2005. Sin embargo, después de su dimisión en octubre de 2003, Sánchez de Lozada y la mayoría de sus Ministros huyeron al exilio, y la Suprema Corte no inició el proceso (en medio de la confusión política, el Presidente del Tribunal terminó fungiendo como Presidente interino en el 2005). Fue hasta mayo de 2009, bajo mucha presión de la nueva administración de Morales, que la Suprema Corte inició las audiencias del caso. La incapacidad histórica del Congreso y de la Corte para juzgar a los jefes de Estado (en especial a aquellos en el cargo) mostró sistemáticamente las dificultades de los legisladores y Jueces para controlar la rama ejecutiva del gobierno.

c. Incentivos de carrera para los Jueces de la Suprema Corte

Las secciones previas mostraron que los poderes formales de la Suprema Corte no se traducían en un Poder Judicial protector de derechos. Durante el siglo XX, una serie de prácticas informales limitaron los incentivos de los

en contra de los presidentes Ismael Montes en 1917, Bautista Saavedra y Hernando Siles en 1931, Víctor Paz Estenssoro en 1956 y 1966, y Hugo Banzer en 1979, cuando ya habían dejado el cargo. En cualquier caso, el Congreso no consiguió que se aceptaran los cargos.

Jueces bolivianos para desempeñar los papeles de defensor de derechos o de árbitro. Aunque la Constitución determinó el tamaño de la Suprema Corte para evitar la posibilidad de un tribunal compuesto por un bloque de Jueces leales, a menudo las vacantes permanecieron abiertas al no contar con el acuerdo de los miembros del partido. De forma similar, aunque la ley estipulaba una amplia duración en el cargo, los Jueces permanecían por periodos cortos. La Corte fue reorganizada más de veinte veces durante el siglo XX. La imposibilidad para llenar las vacantes, la confusión judicial y las numerosas reorganizaciones minaron los incentivos de los Jueces bolivianos para ejercer su poder de forma autónoma.

i) El esquema de una Corte integrada por un bloque de Jueces leales en oposición al esquema de una Corte abierta

Antes de 2009, la Constitución boliviana especificaba el número de Jueces permanentes en la Suprema Corte para evitar el riesgo de una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales. Durante el siglo XX, el número de Jueces titulares se expandió solamente dos veces: en 1983, de 7 a 10, y en 1967, de diez a doce.⁶ Esta tradición terminó en el 2009, cuando la nueva Constitución estableció que el número de Jueces debía ser determinado por la ley (artículo 181). Esta regla podría debilitar la independencia del Poder Judicial, ya que cualquier Presidente con mucho poder dentro del partido sería capaz de expandir (o disminuir) el tamaño de la Corte, y por tanto de alterar su composición.

El número fijo de miembros fue en parte el resultado de una inconfundible tradición boliviana: la representación territorial en la Corte. La Constitución de 1839 estableció que la Corte debía estar integrada con Jueces provenientes de los distintos departamentos (Castro Rodríguez, 1987, 137). Esta regla fue formalmente eliminada en 1861, pero permaneció como una

⁶ En diciembre de 1955, el Presidente Víctor Paz creó una Sala Social con cinco miembros adicionales (decreto de ley No. 4281), pero su iniciativa solamente duró un año.

de las pautas no escritas para la selección de los Jueces en buena parte del siglo XX.

Aunque la ley boliviana dictó el tamaño de la Suprema Corte, el Congreso a menudo tuvo problemas para llenar las vacantes. Como caso extremo se encuentra el Presidente Mariano Melgarejo (1864-1871), que fue conocido por retrasar el pago de los salarios judiciales, logrando al final la renuncia de todos los miembros de la Suprema Corte, excepto del Presidente del Tribunal, que permaneció en el cargo como el último remanente de la independencia judicial (Castro Rodríguez, 1987). Nuestro análisis indica que entre 1900 y 2009, la Corte operó con un número incompleto de miembros cerca del 53 % del tiempo.⁷ Este problema fue especialmente agudo a principios del siglo XX (la Corte operó con cuatro o cinco miembros hasta 1918) y hacia el final del siglo (el número de Jueces fluctuó después de 1988).

Después de la transición a la democracia en 1982, la ausencia de mayorías partidarias en el Congreso dificultó la designación oportuna de nuevos Jueces. En vista de que las coaliciones legislativas eran necesarias para llenar las vacantes de la Suprema Corte, los partidos esperaron hasta que muchas estuvieron abiertas para negociar la distribución de los asientos. La práctica de repartir lugares en la Corte entre los miembros de la coalición legislativa era conocida como *cuoteo* (distribución del poder político). Como discutiremos más adelante en este trabajo, esta práctica explica algunos de los problemas ocurridos durante el periodo 2003-2009.

ii) La duración en el cargo

En la mayoría de países latinoamericanos, los Jueces son designados por periodos fijos en lugar de por vida. Bolivia no es la excepción. Entre 1880 y 2009, los Jueces fueron designados por diez años, pero en la Constitución

⁷ Utilizamos fuentes secundarias para reconstruir la composición de la Suprema Corte de Bolivia de 1900 a 2008 (Castro Rodríguez, 1989; Unidad Bibliográfica del Supremo Tribunal de Justicia de Bolivia, 2009).

de 2009 se disminuyó el periodo a seis años. Inicialmente, los límites de los periodos no fueron especificados: entre 1880 y 1995, se permitió la reelección inmediata. La Constitución de 1994 estableció que la reelección era posible sólo después de diez años de haber dejado el cargo. La Constitución de 2009 prohibió la reelección por completo.

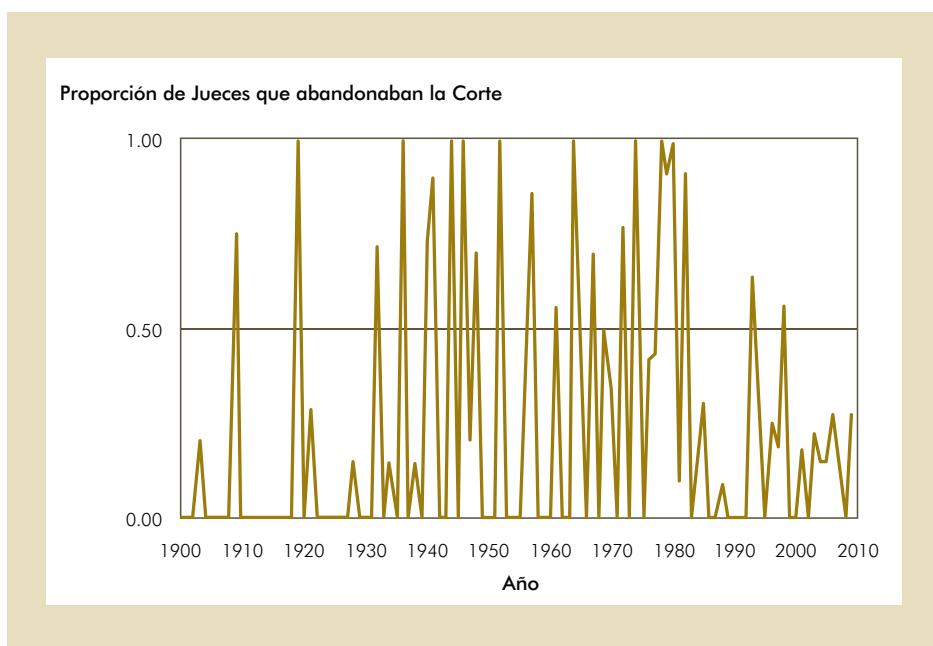
En vista del tamaño de los periodos constitucionales antes del 2009, podríamos esperar que el promedio de duración de un Juez en el cargo fuera de diez años o más. Sin embargo, nuestra información señala que la historia fue muy diferente. De acuerdo con los registros históricos de la Suprema Corte entre 1900 y 2008, el promedio de duración de los Jueces en el cargo fue de 3.6 años, mientras que la mediana es de sólo dos años. En otras palabras, únicamente el 8% de los Jueces terminó su periodo. La elevada inestabilidad en el cargo revela que el diseño constitucional no era la principal explicación de la inestabilidad en los cargos del Poder Judicial; otros factores motivaron el tiempo de reemplazo. En Bolivia, así como en otros países latinoamericanos, la duración en los cargos del Poder Judicial a menudo no fue respetada (Chávez, 2004; Helmke, 2009; Laryczower, Spiller y Tommasi, 2002; Magaloni y Sánchez, 2006; Pérez-Liñán y Castagnola, 2009; Ríos-Figueroa, 2007; Scribner, 2004).

La gráfica 1 muestra la proporción de los Jueces titulares que abandonaron la Suprema Corte de Bolivia en cada año. Entre 1900 y 2008, la Suprema Corte fue reorganizada 22 veces, en promedio, una reorganización cada cinco años.⁸ La Corte fue modernizada en 1909, como una consecuencia normal del diseño constitucional que requería una renovación no escalonada cada diez años; en 1919 se siguió el programa previsto, aunque su composición fue parcialmente alterada en 1921 como resultado de la revuelta republicana de 1920; y en 1932 se siguió el procedimiento constitucional, aunque con algún retraso debido al golpe militar en 1930.

⁸ Para fines de este trabajo, definimos una reorganización como cualquier situación donde el 50% o más de los Jueces son reemplazados en el mismo año.

Gráfica 1

Las reorganizaciones de la Suprema Corte de Bolivia
entre 1900 y 2009



Proporción de Jueces que abandonaban la Corte

La Corte fue reestructurada en 1936 como resultado del golpe de Estado que llevó al coronel David Toro al poder (quien removi6 a los Jueces por decreto); en 1940, después del suicidio del Presidente Busch (1939); en 1941, después de la toma de posesión del Presidente Peñaranda; en 1944, por una Asamblea Constituyente que designó a nuevos Jueces después de un golpe de Estado; en 1946, cuando el Presidente Villaroel fue linchado y la Junta Civil seleccionó nuevos miembros;⁹ y en 1948, después de la elección del Presidente Hertzog, que marcó el regreso del gobierno constitucional (el nuevo Presidente señaló que los miembros de la Corte eran Jueces en funciones). La revolución boliviana encendió una nueva oleada de reorganizaciones: en 1952, cuando el Movimiento Nacional Revolucionario (MNR) llegó al poder y destituyó a la Corte (decreto No. 3157); en 1957,

⁹ El 27 de noviembre de 1947, el Congreso volvió a designar a 8 de los 10 Jueces que previamente habían sido nombrados por el Presidente interino Tomás Monje Gutiérrez. Dos Jueces, Oliva y Paredes, no fueron designados nuevamente (Poder Judicial de Bolivia, 2008).

cuando las elecciones de los miembros del Congreso en 1956 marcaron el final de la Corte interina; en 1961 cuando el Congreso pasó un sorprendente proyecto de ley para “reorganizar” el Poder Judicial; y en 1964, cuando el general Barrientos derrocó a Paz Estenssoro y purgó la Corte (vía decreto No. 6971). Durante la era militar, la Corte fue reestructurada en 1967, después de la adopción de la nueva Constitución; en 1969, cuando el golpe del general Ovando reemplazó algunos Jueces; en 1972, a continuación del golpe de Banzer, en 1971; en 1974, después de que el gobierno militar de Banzer se volviera más estricto; en 1978, cuando el general Padilla Arancibia declaró la necesidad de crear un Poder Judicial “prestigioso”; en 1979, cuando el Congreso reemplazó la “prestigiosa” Corte interina; y en 1980, después del nuevo golpe de Estado del general Luis García Meza. La transición democrática trajo reestructuraciones en 1982, con el retorno a la democracia, y en 1993, cuando los Jueces electos en 1982 terminaron sus periodos —con el juicio de responsabilidad de los Jueces Poppe y Oblitas, en 1994.¹⁰ Las reorganizaciones fueron más frecuentes entre 1930 y 1982, lo que indica que a menudo estaban relacionadas con patrones de inestabilidad política.

iii) Designación

En Bolivia, como en otros países latinoamericanos, el Ejecutivo no participa formalmente en la designación de los Jueces de la Suprema Corte. Entre 1878 y 1995, el Senado nombró ternas para el cargo, y la Cámara de Diputados seleccionó, con la mayoría absoluta de los votos, un Juez de los candidatos.¹¹ Con la reforma constitucional de 1994, el mecanismo y los actores en el proceso de designación cambiaron. El Consejo de la Judicatura se convirtió en el responsable de nombrar una lista de candidatos, mientras que el Congreso seleccionó —en pleno y con los dos tercios de los votos de todos los miembros— a los nuevos Jueces. El Consejo de la Judicatura estaba integrado por el Presidente del Tribunal y por otros cuatro miembros electos por el Congreso (utilizando el mismo procedimiento) para periodos

¹⁰ En 1990, la coalición en el poder de ADN y MIR también intentó destituir a 8 de los 12 miembros de la Suprema Corte, pero esta reestructuración fue impedida por un pacto político en el Congreso (Rodríguez Veltzé, 2001).

¹¹ El Congreso adoptó normas para designar a los Jueces con dos tercios de los votos después de 1991 (Rodríguez Veltzé, 2001, 190).

de diez años.¹² La Constitución de 2009 mantuvo un papel central del Congreso en el proceso de nombramiento, pero adoptó una innovación significativa. El nuevo texto estableció que los Jueces serían designados por elección popular. El Congreso está a cargo de elaborar una lista de candidatos de los distintos departamentos, y los candidatos no están autorizados para hacer campañas antes de la elección (artículo 182). A diferencia del procedimiento adoptado en 1994, el Congreso ahora controla la nominación pero no la designación final de los Jueces. Ningún mecanismo de elección directa había sido implementado en América Latina desde que Nicaragua y Honduras eliminaron artículos constitucionales similares a principios del siglo XX.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El sistema de control constitucional difuso terminó entre 1995 y 1998 con la creación del Tribunal Constitucional de Bolivia (TCB). La nueva forma *concentrada* de control constitucional introdujo cuatro cambios significativos. En primer lugar, el Tribunal Constitucional fue dotado de importantes poderes para juzgar la legislación, los actos administrativos, y los conflictos entre las distintas ramas del gobierno (ley 1836).¹³ En segundo lugar, las decisiones más importantes de los *Magistrados* no se limitaba a las partes en el proceso, sino que prevalecían *erga omnes*. En tercer lugar, los Jueces estaban obligados a seguir los precedentes (ley 1836, art. 44). En cuarto lugar, el TCB tenía el poder de control constitucional preventivo así como el correctivo (*a posteriori*),¹⁴ mientras que la Suprema Corte había sido incapaz ante-

¹² A finales del siglo XX, muchos países latinoamericanos crearon Consejos de la Judicatura con el objetivo de despolitizar el nombramiento de los Jueces. El Salvador fue el primer país latinoamericano en incorporar un Consejo como parte del mecanismo de designación, pero esta experiencia duró poco tiempo (de 1940 a 1944). Décadas después, numerosos países adoptaron esta institución como parte de un procedimiento normal para la nominación de los Jueces (Perú, en 1979, Guatemala en 1985, Colombia en 1991, Paraguay en 1992 y Venezuela en 1999), y otros la reservaron para la nominación de los Jueces inferiores.

¹³ Para un análisis detallado de los poderes del Tribunal Constitucional de Bolivia, *cfr.* Rivera Santiváñez (1999) y Fernando Segado (1998, 2002).

¹⁴ En términos institucionales, los poderes preventivo y correctivo son dos formas de poderes "reactivos". El control preventivo permite a la Corte impedir la aprobación de una ley, decreto, o resolución *ex-ante*. El control *a posteriori* permite a las Cortes revocar las consecuencias políticas del statu quo previo después de que la nueva ley, decreto o resolución ha sido aprobada.

riormente de anular las leyes que los Jueces encontraban inconstitucionales (Asbun, 2003).¹⁵

Aunque el TCB fue incluido en la Constitución de 1995, no fue sino hasta 1998-1999 que comenzó a funcionar. El diseño de la nueva institución enfrentó la resistencia de la Suprema Corte, pero fue apoyado de forma entusiasta por los expertos en derecho de Bolivia.¹⁶ La propuesta inicial situaba al nuevo tribunal fuera del Poder Judicial (ley 1473, artículo 121), pero la Suprema Corte se opuso enérgicamente a la idea de transferir el procedimiento de control constitucional a un cuerpo independiente. De acuerdo con el Presidente del Tribunal, Edgar Oblitas Fernández, el control constitucional era una de las funciones más básicas de la Suprema Corte, y despojarla de ella debilitaría la naturaleza de la institución (Fernández Segado, 1998). En un documento público, la Corte señaló que la creación del TCB destruiría la independencia del Poder Judicial, ya que las funciones judiciales estarían divididas en dos órganos diferentes. De acuerdo con Fernández Segado (1998; 2002), aquellas reacciones reflejaban la poca disposición de la Suprema Corte para renunciar a sus poderes.¹⁷ Al final, el TCB fue creado como un órgano independiente dentro del Poder Judicial (ley 1836), un diseño que algunos autores consideraron problemático, ya que la característica más importante de esta institución era la presunción de su total independencia respecto de otras ramas del gobierno (Asbun, 2003; Fernández Segado, 1998; Rivera Santiváñez, 1999).

a. El control constitucional y la protección de los derechos individuales

La creación del Tribunal Constitucional promovió un aumento de la actividad legal y un nuevo perfil para el Poder Judicial.¹⁸ Diecinueve instrumentos

¹⁵ Para un análisis comparado de la protección constitucional de los derechos en América Latina, *cf.* Navia y Ríos Figueroa (2005).

¹⁶ Los argumentos en contra y a favor de la creación del TCB pueden encontrarse en Fernández Segado (1998; 2002).

¹⁷ Esta marcada oposición de la Suprema Corte hacia la creación del TCB también se presentó durante los primeros años del TCB ya que había una fuerte rivalidad entre ambas instituciones.

¹⁸ Domingo (2006) ha demostrado que el surgimiento del TCB y del ombudsman fortalecieron la protección de los derechos individuales, aunque el TCB no adoptó abiertamente un activismo judicial progresivo o a favor de los pobres.

de control constitucional permitieron a las élites políticas y a los ciudadanos de a pie solicitar la intervención del Tribunal Constitucional en diversas circunstancias. Por razones de espacio, no discutiremos aquí las características de los instrumentos (*cf.* Rivera Santiváñez, 1999), pero los clasificamos en el cuadro 1 de acuerdo a su tipo, jurisdicción, duración, forma de acceso y efectos (*cf.* Ríos Figueroa, en este libro). Cuatro de los diecinueve instrumentos fueron diseñados para evaluar la ley en términos abstractos, mientras que el resto se refiere a casos concretos. El Tribunal Constitucional fue la única Corte con el poder de utilizar 12 instrumentos legales, y con la obligación de revisar el uso adecuado de los restantes siete en las Cortes inferiores. Tres instrumentos eran estrictamente preventivos (*a priori*) y el resto eran *a posteriori*. Casi la mitad de los instrumentos imponían algún tipo de restricción a los demandantes; y siete de ellos generaban decisiones legales válidas para todos los ciudadanos involucrados.

Cuadro 1

Instrumentos de protección constitucional en Bolivia.
Casos Presentados ante el TCB, 1999-2009

Instrumentos	Abstracto	Centralizado	<i>A priori</i>	Modelo	Restrictivo	<i>Erga omnes</i>	Porcentaje
Instrucciones respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos	Sí	Sí	Sí	3	Sí	Sí	0.1
Instrucciones respecto de la constitucionalidad de casos concretos	No	Sí	No ^a	1	Sí	No	0.2
Instrucciones respecto de la constitucionalidad de los tratados	Sí	Sí	Sí	3	Sí	Sí	0.0
Instrucciones respecto de las Constituciones locales (estatutos autonómicos)	Sí	Sí	Sí	3	Sí	Sí	0.0
Demandas directas de inconstitucionalidad	Sí	Sí	No	4	Sí	Sí	1.3
Demandas indirectas de inconstitucionalidad	No	Sí	No	1	Sí ^b	Sí	7.1

Demandas en contra de los impuestos	No	Sí	No	1	No	No	0.5
Demandas procesales en contra de las reformas constitucionales	No	Sí	No	1	Sí	Sí	0.0
Conflictos de competencia entre poderes	No	Sí	No	1	Sí	No	0.1
Impugnación constitucional del presidente a los otros poderes	No	Sí	No	1	Sí	Sí	0.0
Mandatos judiciales de anulación	No	Sí	No	1	No	No	6.0
Demandas en contra de resoluciones legislativas	No	Sí	No	1	No	No	0.1
Control del recurso de <i>habeas corpus</i>	No	No ^c	No	2	No	No	26.0
o de acción de libertad (desde 2009)	No	No ^c	No	2	No	No	0.8
Control del recurso de <i>amparo</i>	No	No ^c	No	2	No	No	57.7
Control del recurso de <i>habeas data</i>	No	No ^c	No	2	No	No	0.1
Control de las acciones de cumplimiento	No	No ^c	No	2	No	No	0.0
Control de las acciones populares	No	No ^c	No	2	No	No	0.0
Control de las acciones para proteger la privacidad	No	No ^c	No	2	No	No	0.0
Total (N=19,812)							100.0

a. El control constitucional preventivo tiene lugar después de que la norma es adoptada, pero antes de que se aplique al caso concreto.

b. Instrucción de las Cortes inferiores sobre casos específicos.

c. Revisión automática de todas las decisiones realizadas por las Cortes inferiores.

La columna etiqueta como *Modelo* se refiere a los modelos de protección constitucional presentados en el Capítulo 2. *Porcentaje* se refiere al porcentaje de todos los casos presentados ante el tribunal (aceptados o no).

Fuente: Datos provenientes de <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/> (casos entre 1/1/1999 y 5/30/2009) y Baldivieso Guzmán (2007).

Por tanto, aunque el TCB tuvo acceso a una amplia gama de instrumentos de protección constitucional identificados por Ríos Figueroa, el instrumento distintivo del “repertorio” del Tribunal era *concreto, centralizado y a posteriori*. Pero, dadas las limitaciones de acceso, la inmensa mayoría de los casos presentados ante el Tribunal suponía la revisión de las resoluciones hechas por los Jueces inferiores de una manera más descentralizada. La última columna en el cuadro 1 muestra la distribución de los

casos presentados al TCB. Entre enero de 1999 y mayo de 2009, el TCB recibió 19812 casos y resolvió 15801 (80%) de ellos. A pesar de la habilidad potencial del Tribunal para servir como mediador en los conflictos políticos, la mayoría de los casos que recibía solicitaban la revisión de recursos de *amparo* (58 %) y de *habeas corpus* resueltos por las Cortes inferiores (27%).¹⁹

La extensa variedad de procedimientos de control constitucional alentaba, sin lugar a duda, a los ciudadanos a dirigirse al TCB para proteger sus derechos, y a las élites políticas para arbitrar sus conflictos. La gráfica 2 compara el número total de normas (leyes, decretos y otras formas de regulación) declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte entre 1972 y 1998 y por Tribunal Constitucional entre 1999 y 2009.²⁰ Hasta la creación del TCB, la Suprema Corte había decidido en contra del Ejecutivo o del Legislativo (si la legislatura era abierta) en raras ocasiones. Entre 1972 y 1998, la Corte cuestionó la constitucionalidad de 35 normas, un promedio de 1.3 normas por año.²¹ Un breve aumento del activismo judicial tuvo lugar durante la transición democrática, pero una moderación judicial prevaleció después de 1984.²² En contraste, la creación de un Tribunal Constitucional independiente significó un aumento del procedimiento de control constitucional en Bolivia. Antes de que fuera desmantelado en el 2008, el TCB declaró 59 normas inconstitucionales, un promedio de 6.5 normas por año.

¹⁹ El *habeas corpus* fue redefinido en la Constitución de 2009 como una *acción de libertad*.

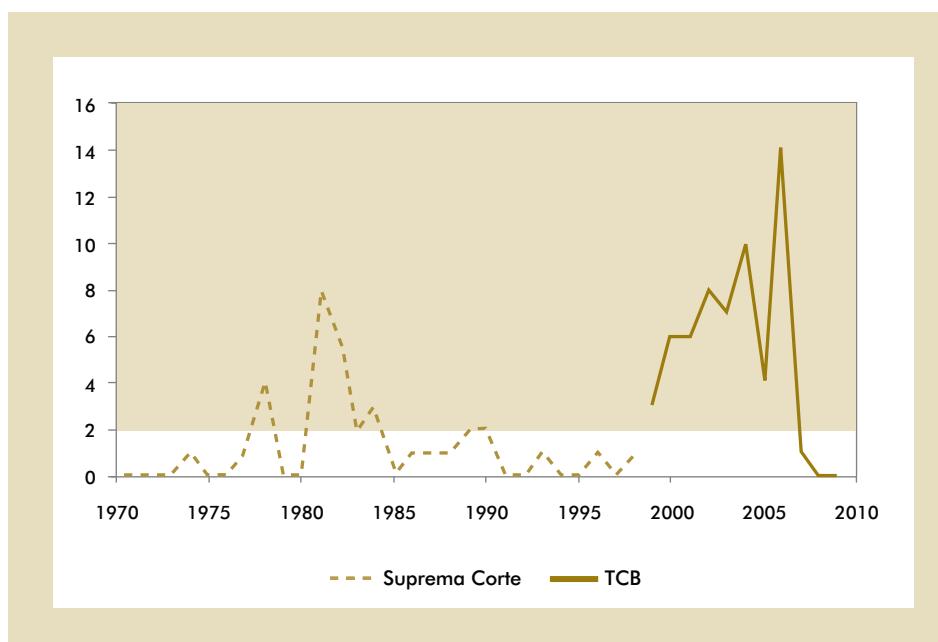
²⁰ La información sobre la Suprema Corte fue recogida del resumen de jurisprudencia de la *sala plena* publicada en los reportes anuales, mientras que las cifras del TCB fueron compiladas de la página de Internet del Tribunal. Las series anuales presentadas en la gráfica incluyen las normas que fueron declaradas total o parcialmente inconstitucionales. Si el mismo fallo declara a más de una norma inconstitucional, las normas se cuentan por separado. Por tanto, el número de casos en los que el Poder Judicial impugnó una norma no es necesariamente igual al número de normas declaradas inconstitucionales.

²¹ La gráfica solamente incluye los casos de inconstitucionalidad y no los casos de inaplicabilidad. Los demandantes que impugnan la aplicabilidad de una norma ante la Suprema Corte no cuestionan su estatus constitucional, sino la aplicación de la norma a su caso particular.

²² En 1981, la Suprema Corte declaró 8 normas inconstitucionales justo antes de la caída del dictador García Meza en agosto; en 1982 la Corte falló en contra de 6 normas antes de que el ejército dejara el poder en octubre. Aunque estos resultados puedan indicar alguna forma de defección estratégica hacia los gobernantes (Helmke, 2005), la evidencia no es decisiva. La mayoría de las resoluciones en ese periodo se refieren a casos de expropiación donde la Corte decidió de forma consistente.

Gráfica 2

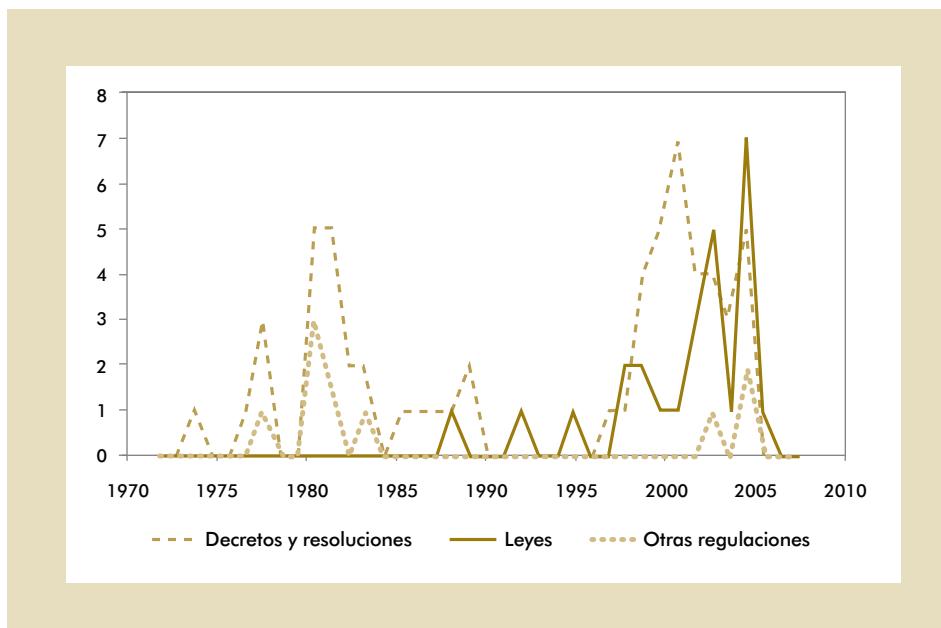
Número total de normas declaradas inconstitucionales,
1972-2009



Fuente: Elaborada por los autores en base al reporte anual de *Labores judiciales* (Sucre: Corte Suprema de Justicia) para el periodo 1972-1998, y <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/> para 1999-2009.

La evidencia revela que el tibio activismo de la Suprema Corte se centró en decisiones ejecutivas (decretos y resoluciones ministeriales) incluso después de 1982, mientras que el Tribunal Constitucional inauguró la práctica de impugnar decisiones legislativas también. La gráfica 3 nos muestra el tipo de normas declaradas inconstitucionales por cada institución por año. La Suprema Corte impugnó resoluciones y decretos ejecutivos en 74% de los casos y rara vez leyes (9%) u otras regulaciones (17%). La mayoría de las decisiones estuvieron orientadas hacia la protección de los derechos de propiedad en casos de expropiación de la tierra. La mayoría de las decisiones del Tribunal Constitucional también impugnaron resoluciones y decretos ejecutivos (56%) así como leyes (39%). En promedio, El TCB decidió en contra de 3 decretos o resoluciones, y 2 leyes por año.

Gráfica 3
Tipos de normas declaradas inconstitucionales,
1972-2009



Fuente: Gráfica elaborada por los autores basada en el anuario *Labores judiciales* (Sucre: Corte Suprema de Justicia) para el periodo 1972-1998, y <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/> para el periodo 1999-2009.

Nota: Los decretos de ley están incluidos bajo el rubro “decretos y resoluciones”.

La firmeza y seguridad del Tribunal se expandió de forma progresiva: en 1999, el Tribunal declaró tres normas inconstitucionales (dos artículos específicos en la Ley de Telecomunicaciones y Organización Judicial, y una resolución dictada por el gobernador de La Paz). En el 2006, el Tribunal declaró inconstitucional segmentos de siete leyes, cinco decretos del Ejecutivo, y dos regulaciones administrativas. Un análisis de las decisiones del Tribunal, hasta su colapso en el 2008, revela que en muchas ocasiones estuvo dispuesto a limitar el poder de los actores políticos y garantizar la norma jurídica. Por ejemplo, en el 2005, el Tribunal falló cuatro veces a favor de los derechos políticos —en relación con la redistribución de los escaños en el Congreso, la elección de gobernadores, las elecciones nacionales y el sufragio de los bolivianos en el

extranjero.²³ Si hablamos de la protección de los derechos sustantivos (*derechos fundamentales*) el Tribunal también falló a favor de los derechos a la vida, la dignidad y el trabajo, entre otros (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2009).²⁴ Sin embargo, un estudio realizado por la Universidad Mayor de San Simón concluyó que, a pesar de su creciente activismo, el Tribunal tenía tendencia a confirmar las políticas neoliberales adoptadas después de 1985 (Neyer Zapata Vásquez, comunicación privada, julio 2009).

Como señalamos en el cuadro 1, la mayor parte de la actividad diaria del TCB se concentró en las revisiones obligatorias de los *amparos* y *habeas corpus* pronunciados por las Cortes inferiores. La actividad del Tribunal aumentó de 475 decisiones (262 de ellas revisiones de *amparos*) en 1999 a 2357 decisiones (1546 de ellos *amparos*) en 2004.²⁵ El aumento en el volumen de trabajo provocó que los Jueces adoptaran un criterio más restrictivo para limitar el número de casos de *amparo*. Por ejemplo, en el 2000 el TCB dictó que todos los *amparos* debían ser interpuestos dentro de los seis meses después de ocurrido el evento que justificaba el recurso. En el 2003, el Tribunal ofreció una interpretación más estricta de las condiciones, según la cual un *amparo* era procedente cuando todas las otras instancias administrativas y judiciales ante quienes se podía dirigir el recurso habían sido agotadas. En el 2005, el TCB otorgó poderes a las Cortes inferiores para rechazar los casos *in limine* sobre bases procedimentales, sin evaluar el fondo del caso, y colocó la revisión de dichas resoluciones en manos de una comisión de admisiones en lugar del tribunal completo (Zapata Vásquez). Como resultado de estas medidas, el número de casos manejados por el Tribunal disminuyó después del 2004. Sin embargo, las razones que llevaron a la posterior caída del número de casos resueltos por el TCB no están relacionadas con una

²³ Decisiones SC 0066/2005, SC 0075/2005, SC 0076/2005, y SC 1392/2005-R (Tribunal Constitucional de Bolivia)

²⁴ Decisiones SC 0411/2000-R, SC 0687/2000-R, SC 0026/2003-R (vida), SC 0338/2003-R, SC 0923/2002-R, SC 0338/2003-R, SC 0686/2004-R, SC 0511/2003-R, SC 0338/2003-R (dignidad), and SC 1132/2000-R, 0203/2005-R, SC 1132/2000-R, 0888/2003-R, SC 0019/2003, 0426/2003-R, SC 0930/2004-R, 0203/2005-R, 013/2005-R, 0465/2001-R (trabajo).

²⁵ Las cifras del 1999 no incluyen casos iniciados antes de ese año. El TC decidió no intervenir en casos anteriores, y los casos pendientes fueron resueltos por la Suprema Corte.

disminución de los casos presentados, sino con la incapacidad del Tribunal para tomar cualquier decisión importante después del 2006. Para el 2008, el TCB estaba virtualmente paralizado.

b. Los incentivos profesionales

El Tribunal creado en 1995 tenía cinco miembros (Magistrados) seleccionados por los dos tercios de los votos de todos los miembros presentes en una sesión conjunta de las Cámaras del Congreso. Los Magistrados fueron designados por 10 años sin la posibilidad de reelección inmediata. Sin embargo, los datos históricos revelan que la duración promedio en el cargo de un Magistrado del TCB fue solamente de 3.6 años. De hecho, ningún Juez completó una década completa en el cargo (el Magistrado que duró más tiempo fue la Juez Elizabeth Iñiguez de Salinas, durante el periodo 1998-2007). Este hallazgo indica un patrón de duración similar al observado en la Suprema Corte. Como en el caso de ésta, las normas formales no pueden explicar por qué los Jueces dejaron el cargo. Obviamente, otros factores influenciaron los tiempos de salida.

Aunque la estabilidad de los Magistrados era similar a aquella documentada para los Jueces de la Suprema Corte, el TCB tuvo un sistema de Jueces suplentes que cubría las vacantes y permitía al TCB mantener su quórum (ley 1836, art. 8, y ley 2087, art. 22).²⁶ A diferencia de la Suprema Corte, que designaba a sus propios sustitutos cada año, los *suplentes* del Tribunal eran designados por el Congreso para periodos de diez años. Estos Jueces suplentes se sumaban al Tribunal (y por tanto se mudaban a Sucre) tan pronto como eran designados, por eso estaba disponibles para cubrir las vacantes sin mucha demora. La Constitución del 2009 unificó las reglas sobre suplentes para la Corte y para el nuevo Tribunal Constitucional, pero las consecuencias de este cambio en la formación de quórum del Tribunal son difíciles de anticipar.

²⁶ Los suplentes eran designados siguiendo el mismo procedimiento y para la misma duración en el cargo que los titulares.

Cuadro 2

Diseño constitucional de las Cortes Superiores de Bolivia,
1900-2009

Suprema Corte				Tribunal Constitucional		
Consti- tución	Miembros	Duración	Designación	Miembros	Duración	Designación
1878 (1880)	7	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1938	10	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1945	10	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1947	10	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1961	10	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1967	12	10 años, reelección permitida	Nominados por el Senado; designados por los diputados			
1995	12	10 años, reelección permitida, después de un periodo en el cargo	Nominados por el Consejo de la Judicatura; designados por el Congreso (sesión conjunta de las Cámaras, con 2/3 de los miembros)	5	10 años, reelección permitida, después de un periodo en el cargo	Designados por el Congreso (sesión conjunta, con 2/3 de los miembros presentes)*
2009	Deter- minado por ley	6 años sin reelección	Elección popular. Candidatos seleccionados por el Congreso (2/3 de los miembros presentes)	Deter- minado por ley	6 años sin reelección	Elección popular. Candidatos nominados por la sociedad civil, aprobados por el Congreso (2/3 de los miembros presentes)

* La ley 1836 (1998) establecía que el Ministerio de Justicia, las escuelas de leyes de las universidades públicas y privadas, y los colegios de abogados podían presentar nominaciones al Congreso (artículo 14). También solicitaba al Congreso la designación de cinco Jueces suplentes para el Tribunal Constitucional a fin de reemplazar a los titulares en caso de ausencia.

La Constitución de 2009 también modificó otras características del Tribunal Constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional plurinominal estaría formado con Magistrados reclutados de los distintos niveles del Poder Judicial (justicia ordinaria) y con representantes de sistema de justicia indígena (*justicia indígena campesina*) (artículo 197). El texto constitucional no establece el número de Magistrados que lo componen, y los miembros del Tribunal deben ser electos en forma democrática por un término de seis años sin reelección (artículos 197, 198 y 200). Los candidatos al cargo deben ser nominados por las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos indígenas, pero el Congreso está a cargo de elaborar una lista final de candidatos (aprobada con dos tercios de los votos en una sesión conjunta) para ser sometida al electorado. El cuadro 2 compara el tamaño, la duración en el cargo, y los procedimientos de designación para el Tribunal Constitucional y la Suprema Corte en periodos históricos distintos.

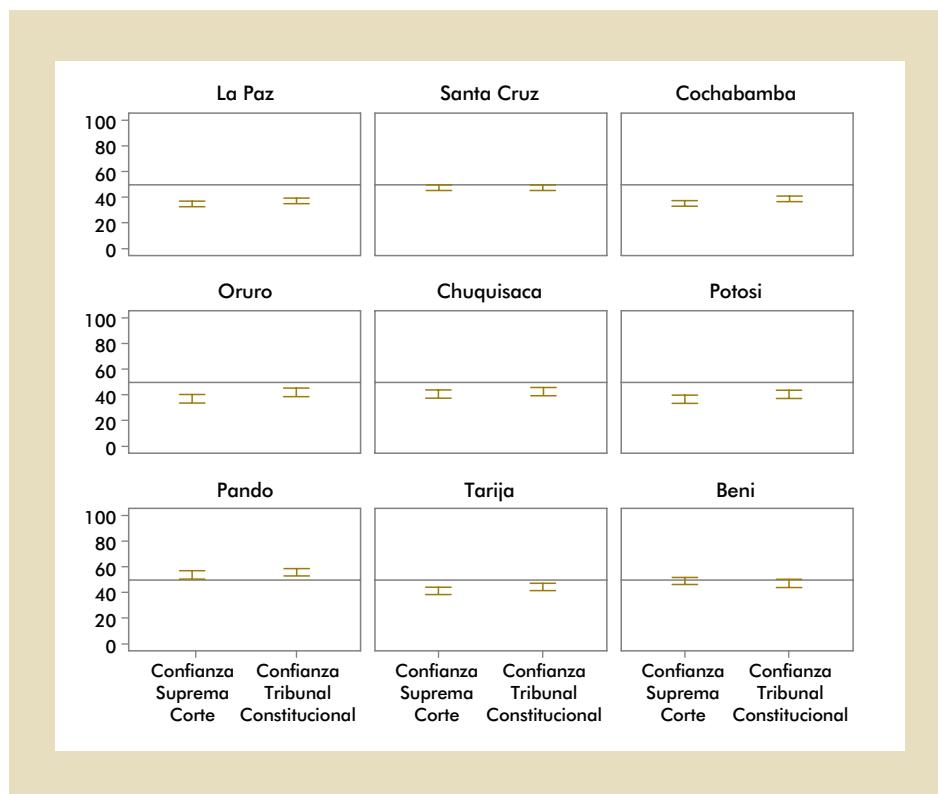
3. LA DESAPARICIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

La puesta en marcha del Tribunal Constitucional en 1999 trajo consigo la aparición de un Poder Judicial más activista y el fortalecimiento de instrumentos legales diseñados para proteger los derechos ciudadanos. Pero, ¿qué tanto confiaban los bolivianos en la protección del Poder Judicial? Desafortunadamente, no confiaban mucho. La gráfica 4 compara el nivel promedio de confianza pública en la Suprema Corte y en el Tribunal Constitucional en cada Distrito Judicial (departamento), utilizando la encuesta de opinión pública realizada en el 2004 por LAPOP (Ames *et al.* 2004). El estudio entrevistó a 3 073 ciudadanos a quienes se pedía que calificaran, en la escala del 1 al 7, sus niveles de confianza en los dos cuerpos judiciales (cambiamos la escala de los datos para clasificarlos entre 0 y 100). La evidencia sugirió que, cinco años después de la puesta en marcha del TCB y a pesar de las reformas judiciales de los años noventa, la confianza en el Poder Judicial seguía siendo muy limitada (Domingo, 2006). El apoyo a las Cortes Superiores no era extremadamente malo, pero se encontraba por debajo del

punto medio en la escala en la gran mayoría de los Distritos. El TCB no obtuvo un resultado sustancialmente mejor que la Suprema Corte en términos de imagen pública. Además, la aprobación fue relativamente baja en los Distritos más poblados (La Paz, Santa Cruz, y Cochabamba).

Gráfica 4

Confianza popular en la Suprema Corte y el Tribunal Constitucional, por departamento (2004)



Nota: Las barras indican el 95 % de intervalos de confianza para el promedio de distritos.
Fuente: Proyecto de opinión pública de Latinoamérica

La falta de apoyo de la opinión pública al Poder Judicial crea condiciones estratégicas que facilitan los ataques políticos en contra de las Cortes superiores (*cf.* Helmke y Stanton en este libro). En Bolivia, la combinación del débil apoyo popular al Poder Judicial, el activismo en ciernes del Tribunal Constitucional y los puntos muertos legislativos que obstaculizaban la designación de los Jueces, produjeron una combinación extrema que llevó

a la rápida caída del nuevo modelo de control constitucional en menos de una década de haber sido puesto en marcha. En sólo cinco años, el Tribunal Constitucional perdió a todos sus miembros.

Como sucedió en el siglo XX, un nuevo ciclo de confusión política fue definitivo para debilitar al Poder Judicial. En septiembre de 2003 estallaron protestas sociales cuando el Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada anunció un plan para exportar gas natural a Chile. Los opositores bloquearon los caminos para provocar desabastecimiento de comida y gasolina en La Paz y para principios de octubre la prensa reportó que el 82% de la población desaprobaba las políticas del Presidente (Seminario, 2003). Un intento del gobierno para terminar con los bloqueos provocó numerosas muertes, acelerando la caída de la administración. Cuando el Vicepresidente Carlos Mesa anunció su oposición al Presidente en televisión nacional, las oportunidades de una recuperación política desaparecieron. Sánchez de Lozada dimitió del cargo el 17 de octubre y Mesa tomó posesión en su lugar. Sin embargo, el Presidente Mesa tuvo que enfrentar fuertes manifestaciones que solicitaban la renacionalización de la industria del gas y presentó su renuncia en junio de 2005. La movilización popular en curso también forzó la dimisión de los presidentes de las Cámaras de Diputados y Senadores. De acuerdo con la Constitución, el próximo en la línea de sucesión era el Presidente de la Suprema Corte. El 6 de junio de 2005, el Presidente del Tribunal, Eduardo Rodríguez Veltzé, asumió el cargo de forma interina.

a. La batalla por la Suprema Corte

En diciembre de 2005, Evo Morales, el candidato del Movimiento al Socialismo (MAS), ganó las elecciones presidenciales y se convirtió en el primer Presidente aymara de Bolivia. La investidura de Morales abrió un era de grandes expectativas públicas. También provocó una lucha de poder entre el Presidente, quién intentó imponer un proyecto hegemónico, y los partidos y élites tradicionales que se resistían a dicha transformación. La batalla, inicialmente centrada en la adopción de una nueva Constitución (Lehoucq, 2008),

llevó a una creciente polarización, al desplazamiento de los políticos moderados y a la radicalización de los líderes de la oposición local en Santa Cruz, Beni y Pando. En este contexto, las instituciones judiciales se volvieron blancos naturales de los ataques políticos.

Tan pronto como Morales asumió el cargo, los Jueces de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional comenzaron a irse. El Presidente del Tribunal Rodríguez Veltzé fue acusado de traición a la patria porque, en octubre de 2005, mientras fungía como Presidente interino, el ejército había decomisado 31 misiles tierra-aire de fabricación china sin su conocimiento y los había transferido a Estados Unidos para ser desactivados. Las acusaciones empeoraron la ya difícil posición del Presidente del Tribunal dentro de la Corte. En noviembre de 2005, cuando Rodríguez Veltzé estaba a punto de terminar su ejercicio como Presidente interino, muchos miembros de la Suprema Corte habían cuestionado su regreso al Tribunal ya que la ley que regulaba la organización del Poder Judicial establecía (artículo 6) que ningún Juez podía desempeñar diversos cargos. Los Jueces preguntaron directamente al Tribunal constitucional sobre el caso, y el TCB dictaminó a favor de Rodríguez Veltzé (0001/2006). Sin embargo, la insatisfacción de numerosos Jueces con la decisión del Tribunal afectó el funcionamiento de la Corte y esto contribuyó a que Rodríguez Veltzé dimitiera en febrero de 2006.²⁷ Después de su partida, las acusaciones del Congreso en contra del ex Presidente del Tribunal simplemente se estancaron. Tres años más tarde, John Carey señaló que “el ataque del gobierno de Bolivia se detuvo, pero Rodríguez está ahora suficientemente marginado para que Morales tenga algo que ganar si acaba con él” (Carey, 2009, 354).

El siguiente mes, en marzo de 2006, el Juez Villafuerte abandonó la Corte supuestamente por la mala salud de su esposa. En abril, el Juez Rocha Orozco dimitió del cargo como respuesta a una reducción del 32% en el

²⁷ Entrevistas con Eduardo Rodríguez Veltzé y Carlos Rocha Orozco, los días 8 y 9 de septiembre de 2009.

salario de los Jueces,²⁸ y en mayo, el Juez Ruiz Pérez se retiró debido a problemas de salud. Un año más tarde, en mayo de 2007, el Juez Gonzalez Osio renunció como respuesta al acoso político, cuando el Presidente Morales declaró que el Poder Judicial era la rama más corrupta del gobierno. Para ese entonces, la Suprema Corte tenía 7 (de sus 12) miembros. En julio, una nueva coalición del Congreso designó cuatro nuevos Jueces, dejando una vacante abierta.

El nombramiento de nuevos Jueces no fue suficiente para asegurar una Corte completamente sumisa. Para empezar el 2007, el gobierno emprendió varios juicios de responsabilidad en contra de los miembros de la Suprema Corte como represalia a ciertas resoluciones percibidas como protectoras de la oposición en casos penales controversiales. Las acusaciones carecían de sustancia, pero lograban frenar la independencia judicial. En 2007 el gobierno solicitó el juicio de responsabilidad de las Jueces Rosario Canedo y Beatriz Sandoval (de la Sala Penal) por proceder de forma ilícita en el caso de Luis Alberto Valle, gobernador de La Paz durante la Presidencia de Banzer. El gobierno intentó realizar el arresto preventivo de Valle, acusado de mala conducta durante su mandato (1996-1998), pero las dos Jueces argumentaron que la ley no justificaba esa medida. En respuesta, la Cámara de Diputados, controlada por el MAS, aprobó el juicio de responsabilidad en contra de Canedo —la Juez Sandoval fue liberada de los cargos porque pidió disculpas por su decisión durante las audiencias públicas. Canedo fue suspendida del cargo por tres meses hasta que el Senado —donde el MAS no era mayoría— declaró su inocencia.²⁹

En marzo de 2008, los Jueces Ampuero García Gutiérrez y Sandoval Parada concluyeron sus periodos, y dejaron a la Corte con un total de cuatro

²⁸ A principios de ese periodo, el Presidente Morales promulgó el decreto 28609, por medio del cual reducía su salario y establecía que ningún funcionario público podía excederlo. Esta medida popular ocasionó una reducción del salario de los Jueces y Magistrados.

²⁹ De acuerdo con la Constitución de 1967 (reformada en 1994), el juicio de responsabilidad en contra de los miembros de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional era iniciado por la Cámara de Diputados y decidido por el Senado con el voto de los dos tercios de los miembros presentes (artículo 66).

vacantes. El Congreso no consiguió nombrar nuevos miembros en los meses siguientes y los cargos permanecieron vacantes ya que la nueva Constitución, aprobada en el 2009, estableció que los Jueces debían ser designados por elección popular. Sin embargo, en contraste con el Tribunal Constitucional, el Pleno de la Suprema Corte fue capaz de designar anualmente a sus propios suplentes (con Jueces) (Ley de Organización Judicial, arts. 55 y 80).

Como las competencias institucionales para impugnar la actuación del gobierno se debilitaron, los políticos moderados perdieron su habilidad para negociar con la administración y la oposición se radicalizó, empeorando el clima político. En septiembre de 2008, 19 personas fueron asesinadas cuando un grupo de simpatizantes de Evo Morales fueron emboscados en Pando, un Departamento del norte del país. Acusado de ser el responsable del ataque, el gobernador de Pando, Leopoldo Fernández, fue destituido del cargo por el gobierno nacional y transferido a La Paz para enfrentar el juicio. El fiscal de La Paz presentó la demanda de juicio de responsabilidad en contra del gobernador en su Distrito. Los abogados del acusado alegaron ante la Suprema Corte que el juicio no procedía ya que implicaba una violación al debido proceso e intentaron inhabilitar a la Corte Penal de La Paz. Resolviendo en contra del fiscal de Distrito local, los Jueces Morales Baptista e Irusta de la Sala Penal, ordenaron a la Corte de La Paz transferir el caso al Abogado General de la Nación. Al día siguiente, el gobierno solicitó el juicio de responsabilidad en contra de ambos Jueces y su recusación del caso. Irusta aceptó su recusación pero Morales Baptista se resistió. En respuesta, la Cámara de Diputados inició los trámites de juicio de responsabilidad en su contra y Morales Baptista fue excluido del caso. Cuando este trabajo se redactó, el juicio de responsabilidad en contra del Juez estaba aún en espera en la Cámara de Diputados, y el ex gobernador permanecía en prisión, en espera del juicio.

En mayo de 2009, la Cámara de Diputados inició un juicio de responsabilidad en contra del Presidente del Tribunal, Eddy Fernández, acusado de retardación de justicia en el juicio de responsabilidad seguido contra el

ex Presidente Sánchez de Lozada. Su suspensión del cargo dejó a la Corte con sólo siete Jueces titulares (y por consiguiente, con un escueto quórum de 7 en lugar de 12). La Corte inició el juicio contra Sánchez de Lozada y su gabinete pocos días después. El Consejo de la Judicatura (para ese entonces reducido a sólo un miembro) decidió en agosto que el Juez Fernández no estaba autorizado a recibir su sueldo, aumentando las presiones para su renuncia. Cuando la acusación llegó al Senado, Fernández recusó a 21 (de los 22) senadores debido a su falta de imparcialidad. Después de un estancamiento y de intensos debates, los senadores suplentes se hicieron cargo y el juicio fue reiniciado. Para cuando la administración consiguió el control de la Suprema Corte en febrero de 2010, el juicio de responsabilidad aún no había sido resuelto.

Un nuevo ataque a la Corte tuvo lugar en agosto de 2009 como resultado de otro caso penal. En abril, una bomba explotó en la casa del arzobispo de Santa Cruz y en los siguientes días cinco personas fueron encontradas muertas en un hotel cercano. El gobierno concluyó que las muertes y el ataque terrorista eran parte de complot separatista tramado por los líderes de la oposición de Santa Cruz. El fiscal de Santa Cruz inició una investigación, pero las autoridades solicitaron al fiscal de La Paz iniciar una investigación paralela sobre el caso. Cuando un tribunal en La Paz pidió a la Suprema Corte que resolviera el conflicto de competencia, los Jueces decidieron a favor de Santa Cruz porque el caso había tenido lugar en ese Distrito. El gobierno condenó la decisión e inició un juicio de responsabilidad en contra de siete Jueces (tres titulares y cuatro suplentes) en agosto. Para febrero de 2010, los cargos presentados seguían en espera en el Congreso.

Después de la suspensión del Presidente del Tribunal (Fernández) en mayo de 2009, la Juez Rosario Canedo se convirtió en Presidenta hasta noviembre, cuando ella también fue suspendida del cargo como consecuencia de un juicio de responsabilidad. La Juez Canedo fue acusada de prevaricato en un proceso seguido por el Banco Central de Bolivia contra el liquidado Banco Sur, en 1994 (de acuerdo con las acusaciones, Canedo había resuelto a favor

de los accionistas en lugar del Estado y los clientes). A mediados de noviembre, la Cámara de Diputados aprobó el juicio de responsabilidad con 66 votos de 77, y Canedo fue suspendida. Canedo comenzó una huelga de hambre por la violación del debido proceso y la falta de independencia judicial, esperando llamar la atención de la comunidad internacional. Su huelga de hambre terminó dramáticamente 7 días después, cuando se colapsó en el Senado durante las audiencias públicas. Mientras tanto, y debido a su suspensión, la Suprema Corte perdió el quórum (sólo quedaban 6 Jueces titulares de 12) y una de las salas civiles fue clausurada. A principios del 2010, el juicio de responsabilidad seguía abierto.

b. El desmantelamiento del tribunal constitucional

En medio de la confusión política, el Tribunal Constitucional también se convirtió en un blanco de presiones políticas, pero la presencia de *suplentes* estables (Jueces estables designados por el Congreso por un periodo de diez años) fue el rasgo distintivo del TCB. El diseño del Tribunal Constitucional, establecido por ley en 1998, determinó que el Congreso designaría cinco suplentes para llenar las vacantes del TCB hasta que el mismo seleccionara los nuevos titulares. De esta forma, la ley aseguró que el tribunal siempre tuviera una “reserva” de Jueces para operar con cinco miembros.

Los Magistrados Baldivieso y Roca Aguilera dejaron el Tribunal Constitucional por razones personales en enero y abril de 2005. En enero de 2006, el Magistrado Rivera Santivañez también presentó su renuncia, cansado de las críticas de la opinión pública en contra de sus posturas. Sin embargo, el Congreso fue renuente a llenar las vacantes. Como el MAS intentó reafirmar su mayoría y los debates sobre la reforma constitucional se paralizaron, la nueva minoría en el Congreso (representada por el partido de oposición Podemos y por los remanentes del Movimiento Nacionalista Revolucionario) tuvo pocos incentivos para cooperar en la designación de los nuevos Magistrados del TCB. Los suplentes, designados entre 1998 y 2003, representaban las preferencias de la oposición mejor que cualquier candidato electo como resultado de una negociación con MAS.

El primer conflicto importante con el Tribunal Constitucional tuvo lugar en marzo de 2006, dos meses después de que el Presidente Morales asumiera el cargo. En febrero, en respuesta a una huelga en la aerolínea nacional *Loyd Aéreo Boliviano*, el Presidente Morales ordenó una intervención pública de la Compañía, que había sido parcialmente privatizada en 1996. Cuando el Tribunal Constitucional admitió la orden de anulación presentada por la Compañía, el Presidente Morales alegó que los Magistrados habían recibido sobornos. Los miembros del Tribunal condenaron las acusaciones y la Magistrada Salame Farjat amenazó con presentar una demanda en contra del Presidente Morales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, el Ministro de la Presidencia se disculpó por las acusaciones y el incidente fue cerrado. Sin embargo, el Magistrado Durán presentó su renuncia en marzo y el Magistrado Trednick Abasto abandonó el Tribunal en noviembre, cuando fue nombrado embajador en Brasil. Para fines de 2006, el Tribunal Constitucional operaba con dos Jueces titulares (Iguíñez de Salinas y Rojas Álvarez) y tres suplentes (Arias Romano, Salame Farjat, y Raña Arana).

Nuevas tensiones surgieron en abril de 2007, cuando aproximadamente 2000 trabajadores de la Mina de Posokoni se manifestaron enfrente del Tribunal. Los trabajadores querían que el TCB desestimara una demanda de inconstitucionalidad en contra de un decreto presidencial que cancelaba licencias de explotación a favor de la compañía estatal (COMIBOL). Los manifestantes colocaron bombas frente a la sede del TCB para dar más apoyo a su caso.

Mientras tanto, se acumularon más renunciaciones en la Suprema Corte. Para diciembre de 2006, la Corte operaba únicamente con ocho miembros, y el Congreso era incapaz de nombrar nuevos Jueces (no se llegó a un acuerdo hasta julio de 2007). Aprovechándose del receso del Congreso, el Presidente Morales firmó un decreto para llenar las cuatro vacantes de la Corte con miembros interinos (decreto 28993). Como era de

esperarse, los legisladores cuestionaron el decreto del Ejecutivo ante el TCB.³⁰ El Tribunal decidió el caso en mayo de 2007. Cuatro de los cinco Magistrados concluyeron que el decreto era constitucional, aunque los nombramientos interinos se limitaron a 90 días (SC 0018/2007). Cuando el periodo de tres meses hubiera transcurrido, los Jueces interinos debían dejar el cargo. La Magistrada Salame Farjat votó como minoría, alegando que el decreto era inconstitucional. Dos días después, el Presidente Morales pidió al Tribunal que reconsiderara su límite estricto de 90 días para sus designados, pero el Tribunal desestimó la petición. En respuesta, el Presidente Morales pidió al Congreso que iniciara un juicio de responsabilidad en contra de los Magistrados.³¹

El juicio de responsabilidad en contra de los Magistrados se extendió entre mayo y octubre de 2007. La acusación en contra del TCB dividió a las asociaciones profesionales y colocó nuevamente al Congreso como protagonista del conflicto. Los funcionarios del gobierno denunciaron la corrupción y politización del Poder Judicial y solicitaron la dimisión de todos los miembros de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional. En octubre, el Senado finalmente absolvió a los Magistrados y fueron restituidos en sus cargos, pero el gobierno pronto presentó nuevas acusaciones. Poco tiempo después, las Jueces Elizabeth Iñiguez de Salinas y Martha Rojas Álvarez (dos de las titulares del cargo) presentaron su renuncia y denunciaron la persecución política, la difamación pública, y la falta de independencia del Poder Judicial (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2008). En diciembre, el Juez Wálter Raña Arana renunció después de recibir amenazas en contra de su integridad física. Su partida privó al Tribunal de la mayoría requerida para tomar

³⁰ Un intento similar del Presidente Carlos Mesa en 2004 (decreto 27650) fue rechazado porque el Congreso no estaba en total receso en aquel momento.

³¹ Inicialmente, la Magistrada Salame Farjat había sido absuelta porque no había participado en la decisión. El gobierno la llamó a declarar en contra de sus colegas, pero la Juez explicó que no había participado en la segunda resolución debido a su opinión disidente en el caso. En su opinión, el decreto 28993 era simplemente inconstitucional. Al siguiente día, también fue acusada y sujeta a un juicio de responsabilidad.

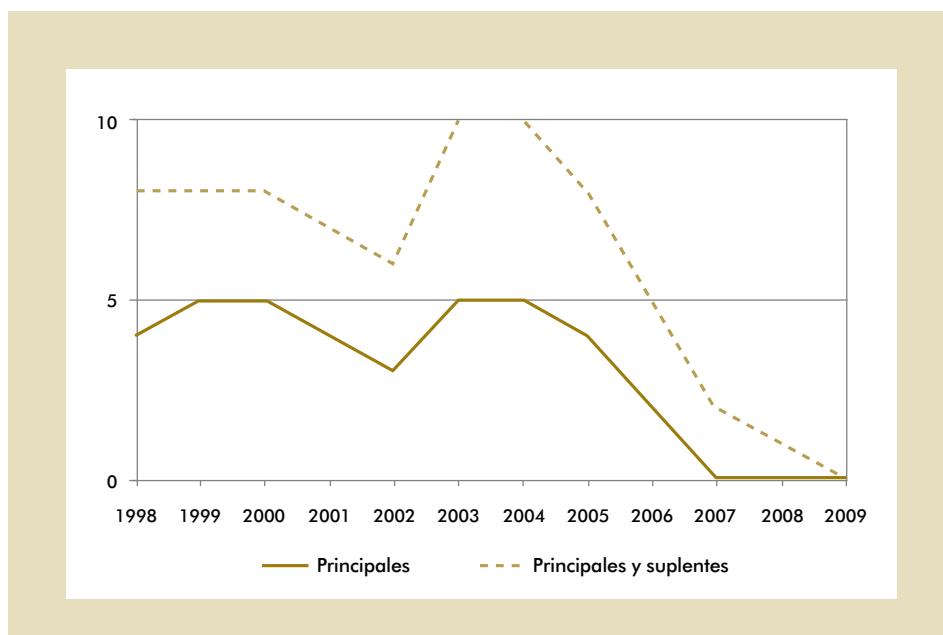
decisiones. Para cuando el Tribunal perdió su quórum, la Asamblea Constituyente ya estaba trabajando en la reforma constitucional sin que alguna institución pudiera controlar la legalidad del proceso.³²

Para fines del 2007, el Tribunal Constitucional tenía solamente dos Jueces suplentes en funciones: Silvia Salame Farjat y Artemio Arias Romero. En marzo de 2008, Arias Romero renunció como respuesta a la manipulación del Poder Judicial. Sola en el tribunal, Salame Farjat encontró una manera para preservar el papel institucional del TCB. Aunque el Tribunal era incapaz de dictar resoluciones debido a la falta de quórum, la Juez aún podía firmar decretos administrativos. Salame utilizó los decretos del TCB como recordatorios públicos de la jurisprudencia relevante, para guiar las decisiones de los Jueces inferiores en casos similares. En su decreto más controversial, pronunciado en julio de 2008, Salame Farjat indicó que el referendo revocatorio de los mandatos del Presidente Evo Morales y de otros ocho prefectos, previsto para el 8 de agosto, no debía realizarse. La Corte Nacional Electoral no apoyó su opinión (Morales fue ratificado en su puesto con el 67% de los votos) y el gobierno rápidamente inició los trámites del juicio de responsabilidad en su contra. Salame Farjat finalmente presentó su renuncia en mayo de 2009, después de denunciar el acuerdo entre el gobierno y el Consejo de la Judicatura (que para ese entonces también funcionaba con un solo miembro) para reducir el presupuesto del Tribunal. Señaló en una conferencia de prensa que más de 4000 casos seguían en espera de sentencia.

³² En la Asamblea Constituyente, los miembros del partido MAS propusieron la eliminación del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2008).

Gráfica 5

Número de Jueces en funciones en el Tribunal Constitucional, 1998-2009



La gráfica 5 muestra el número de Jueces en funciones en el Tribunal Constitucional el día 31 de diciembre de cada año durante el periodo 1998-2008. La línea gruesa indica el número de Jueces titulares mientras que la línea punteada se refiere a los suplentes. La gráfica sugiere que el mecanismo político empleado para desactivar al TCB fue muy diferente al utilizado históricamente para neutralizar a la Suprema Corte a lo largo del siglo XX. El Tribunal nunca fue *remodelado*, simplemente fue *desmantelado*. Ya que la oposición del Congreso bloqueó el nombramiento de nuevos miembros y el partido en el poder quería reducir el número de actores con veto durante el proceso de cambio constitucional, el gobierno simplemente indujo la salida de Magistrados titulares hasta que el TCB se volvió inoperante.

A principios del 2010, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura estaban paralizados debido a la falta de miembros. La Suprema Corte operó con una mayoría de Jueces suplentes que descartaban decisiones críticas. Era claro que la elección popular de Jueces estipulada por la

Constitución de 2009 tomaría muchos meses en ser implementada. Después de que su partido ganara las elecciones generales en diciembre de 2009, al capturar 68% de los escaños de la Cámara de Diputados y 72% en el Senado, el Presidente Morales introdujo un proyecto de ley para designar Jueces interinos. Las organizaciones de abogados cuestionaron la constitucionalidad del plan, y por primera vez desde la transición a la democracia ningún representante del Ejecutivo fue invitado a inaugurar el año judicial en Sucre. El 12 de febrero de 2010, el Congreso aprobó la ley que autorizaba al Presidente a designar cinco miembros interinos de la Suprema Corte, diez miembros del Tribunal Constitucional (incluyendo cinco suplentes), y tres miembros del Consejo de la Judicatura. El Congreso también estableció diciembre de 2010 como fecha para la primera elección popular de las Cortes superiores.

4. MÁS ALLÁ DEL ESQUEMA DE “PAQUETE POLÍTICO”: TRES CAMINOS A LA SUMISIÓN JUDICIAL

“A pesar de los repetidos intentos por cambiar la Constitución parece que aún falta una genuina voluntad por parte de los políticos electos para establecer un Poder Judicial fuerte e independiente”, escribió proféticamente un Juez en el 2001. “El regreso a la democracia parece haber aumentado el deseo de los partidos políticos de controlar el Poder Judicial, en lugar de respetar su autonomía” (Rodríguez Veltzé, 2001).

El ascenso y caída del procedimiento de control constitucional en Bolivia sugiere que construir un Poder Judicial fuerte es una tarea difícil, cargada de complejas trampas institucionales. El Tribunal Constitucional impuso progresivamente su autoridad para mediar conflictos entre las élites y proteger derechos individuales, pero el dudoso apoyo de la opinión pública, que pudo haber protegido a las Cortes superiores de los ataques políticos, estuvo en gran medida ausente. La combinación de fuerza institucional (su potencial para mediar conflictos entre élites) y la debilidad política (la falta de apoyo público activo) sellaron el destino del primer Tribunal Constitucional.

Cuando la batalla por la hegemonía política se volvió crítica, el gobierno tuvo tanto los *incentivos* como la *capacidad* para dismantelar el TCB.

La forma inusual en que el Tribunal fue neutralizado también indica que necesitamos una tipología más sutil para representar la amplia gama de prácticas informales a nivel institucional de las que fueron puestas en práctica para alterar la composición de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional. Al menos dos variables deberían ser consideradas para entender la evolución política de las Cortes: la habilidad de los políticos (en particular del Presidente) para forzar la renuncia de los Jueces titulares, y la capacidad de los políticos (Presidente y Congreso) para designar nuevos miembros de la Corte. La primera variable refleja el poder informal de los líderes políticos para inducir la salida de los Jueces a través de la persuasión moral, la negociación política, los sobornos colaterales, o la simple coerción. La segunda variable refleja la capacidad de las instituciones políticas para hacer nuevas designaciones —que pueden ser retrasadas o bloqueadas por la falta de incentivos políticos para seleccionar candidatos entre la gran variedad disponible de juristas, o (más a menudo) por la presencia de numerosos actores con veto con preferencias inconsistentes, participando en el proceso de designación. Las situaciones extraordinarias como golpes de Estado, revoluciones, o fuertes supermayorías en el Congreso, permiten a los presidentes titulares disfrutar de ambos poderes. Pero en contextos normales, donde las coacciones institucionales importan, los presidentes pueden tener la suerte de disfrutar de alguna de las dos prerrogativas respecto de las Cortes superiores.

Esas condiciones producen tres estrategias posibles para los políticos que buscan reorganizar las Cortes:

1. La incidencia de la primera condición únicamente (*i.e.*, la habilidad para inducir renuncias sin la designación de sustitutos) produce el *desmantelamiento* de las Cortes. Esta estrategia hace a las Cortes inoperantes, incluso si la distribución de preferencias entre los Jueces no se ve alterada para reflejar las preferencias del gobierno.

Por tanto, el desmantelamiento de las Cortes es una estrategia reactiva y de transición. A diferencia del esquema de una Corte compuesta por un bloque de Jueces leales o de la “justicia telefónica”, esta estrategia no asegura que las decisiones judiciales apoyen las preferencias políticas del gobierno en el corto plazo, pero es suficiente para evitar resoluciones adversas. Se apoya en la configuración de los actores con veto en el Congreso para paralizar las nuevas designaciones hasta que la administración pueda obtener completo control del proceso de nombramiento y agrava los estancamientos institucionales forzando a los Jueces en funciones a que presenten su renuncia. Por consiguiente, el procedimiento aprovecha una combinación de condiciones democráticas normales (red institucional) con medidas institucionales extraordinarias (la expulsión de los Jueces). Un proceso acelerado de desmantelamiento determinó la caída del Tribunal Constitucional de Bolivia entre 2006 y 2009.

2. La presencia de la segunda condición únicamente (nombramientos sin renunciaciones) crea la posibilidad de una Corte integrada por un bloque de Jueces leales, o la expansión del tamaño de la Corte para ganar una amigable mayoría sin la necesidad de expulsar a los Jueces titulares. En Bolivia se evitó la posibilidad de una Corte compuesta por un bloque de miembros leales gracias a la presencia de un número fijo de Jueces en la Constitución, pero ha sido un procedimiento común en los poderes judiciales de otros países analizados en este libro. En Bolivia, el nombramiento de nuevos Jueces era una tarea difícil, a menos de que circunstancias extraordinarias permitieran una reorganización completa o un cambio constitucional.
3. En contraste, la combinación de las capacidades informales de remover y designar a los Jueces del cargo desencadena la *reorganización* de las Cortes. Este patrón se caracteriza por la salida de una mayoría de Jueces y sus reemplazos por unos políticamente

aceptables.³³ En Bolivia, la inestabilidad recurrente del régimen hizo a la Suprema Corte un blanco fácil para la reorganización a lo largo del siglo XX. Identificamos veintidós ejemplos de reorganización en la Suprema Corte de Bolivia entre 1900 y 2009. Tanto la Corte como el Tribunal Constitucional fueron reestructurados nuevamente en el 2010, después de la adopción de una nueva Constitución. Otros episodios en Latinoamérica (*e.g.*, los juicios de responsabilidad realizados en Argentina a los Jueces de la Suprema Corte en 1947) también reflejan este patrón (*cf.* Chávez, Ferejon, y Weingast en este libro).

La Constitución de 2009 ha introducido un número sustancial de reformas que pretenden frenar la naturaleza contramayoritaria del Poder Judicial y alinear sus preferencias con aquellas del votante promedio. Aún es muy pronto para anticipar el comportamiento específico de las nuevas Cortes Superiores, pero este diseño institucional es único en Latinoamérica (y en el resto del mundo). Aunque la Constitución de 2009 exija que los futuros miembros de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional no pertenezcan al mismo partido (art. 182, 198) la adopción del sufragio universal como mecanismo de selección de los Jueces y Magistrados parece contradecir este principio, sumergiendo a las Cortes Superiores en una lógica de competencia de partidos.

³³ Una manera más “suave” de reorganizar combina algunos cuantos retiros con el proceso de ampliación de la Corte (*i.e.*, es un híbrido de los tipos 1 y 2). En este caso, el Ejecutivo tiene la capacidad para *designar* una mayoría de Jueces incluso sin *remover* del cargo a una gran parte de ellos.

REFERENCIAS

- Ames, Barry, Aníbal Pérez-Liñán, Mitchell A. Seligson, y Daniel Moreno Morales. 2004. *Elites, Instituciones y el Público: Una Nueva Mirada a la Democracia Boliviana*, La Paz, Universidad Católica Boliviana.
- Asbun, Jorge. 2003. "El Control de Constitucionalidad en Bolivia: Evolucion y Perspectivas", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 7.
- Baldivieso Guzmán, René. 2007. *Ley del Tribunal Constitucional (No. 1836, 1 de Abril de 1998). Comentada y Concordada Jurisprudencia*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional de Bolivia.
- Carey, John M. 2009. "Palace Intrigue: Missiles, Treason, and the Rule of Law in Bolivia", *Perspectives on Politics* 7 (2).
- Castro Rodríguez, Carlos. 1989. *Presidentes de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia*, Sucre, Bolivia, Editorial Judicial.
- _____. 1987. *Historia Judicial de Bolivia*, La Paz y Cochabamba, Los Amigos del Libro.
- Chávez, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*, Stanford, California, Stanford University Press.
- Corte Suprema de Justicia. 1993. *El juicio del siglo: El Poder Judicial de Bolivia ante la historia*. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial.
- Domingo, Pilar. 2006. "Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia", en *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, eds. R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux. USA: Ashgate Publishing.

- Fernández Segado, Francisco. 1998. "La Jurisdicción Constitucional en la Reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", *Revista de Estudios Políticos* 101 (julio-septiembre).
- . 2002. "La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1o. de abril de 1998, del Tribunal Constitucional", vol. 40, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Helmke, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, New York: Cambridge University Press.
- Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller, y Mariano Tommasi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science* 46 (4).
- Lehoucq, Fabrice. 2008. "Bolivia's Constitutional Breakdown", *Journal of Democracy* 19 (4).
- Loayza Torres, Enrique. 1999. "Revisión de los Recursos de Amparo", *Revista Constitucional. Justicia Constitucional para Comenzar el Tercer Milenio* (3).
- Magaloni, Beatriz, y Ariana Sanchez. 2006. "An Authoritarian Enclave? The Supreme Court in Mexico's emerging democracy", en *Annual Meeting of the American Political Science Association*, Philadelphia, PA.
- Montaño P., Edgar 1998. "Corte Suprema y Tribunal Constitucional", *Ius Et Praxis* 4 (1).
- Navia, Patricio, y Julio Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies* 38 (2).

- Pérez-Liñán, Aníbal, y Andrea Castagnola. 2009. "Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-Term View (1904-2006)", *Journal of Politics in Latin America* 1 (2).
- Pérez Liñán, Aníbal. 2007. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Poder Judicial de Bolivia. 2008. *El Poder Judicial de Bolivia. Memoria Histórica (Homenaje al Bicentenario del 25 de Mayo de 1809)*, Sucre, Bolivia, Poder Judicial de Bolivia.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics and Society* 49 (1).
- Rivera Santiváñez, José Antonio. 2007. *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones Sobre la Necesidad de su Consolidación y Fortalecimiento Institucional*, Sucre, Bolivia, IMAG.
- _____. 1999. "El Control de Constitucionalidad en Bolivia", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 3.
- Rodríguez Veltzé, Eduardo. 2001. "Legal Security in Bolivia", en *Towards Democratic Viability: The Bolivian Experience*, eds. J. Crabtree y L. Whitehead, New York: Palgrave.
- Scribner, Druscilla. 2004. "Presidential Power: Supreme Court-Executive Relations in Argentina and Chile". Ph. D. Dissertation, University of California, San Diego, California.
- Seminario, Francisco. 2003. "El Gobierno de Sánchez de Lozada, ante un futuro incierto", *La Nación*, 2 de octubre.

Tribunal Constitucional de Bolivia. 2005. *El aporte del Tribunal Constitucional al fortalecimiento del Estado de Derecho y la Democracia*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional.

_____. 2008. *Informe Anual de labores 2007-2008*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional de Bolivia.

_____. 2009. *Mis Derechos Fundamentales*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional de Bolivia.

Unidad Bibliográfica del Supremo Tribunal de Justicia de Bolivia. 2009. *Nómina de Ministros de la Corte Suprema, gestiones 1988 a 2008*, Sucre, Bolivia, Biblioteca del Superior Tribunal de Justicia.

Zapata Vásquez, Neyer. 2009. "El Tribunal Constitucional de Bolivia y la generación/supresión de desigualdades". Trabajo preparado para el Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), *Repensando las desigualdades*, Río de Janeiro, Brasil, del 11 al 14 de junio de 2009.

Capítulo 11



*El rompecabezas de la política
judicial en América Latina:
una teoría sobre el litigio, las
decisiones judiciales y
los conflictos entre poderes**

*Gretchen Helmke***

*Jeffrey K. Staton****

* Quisiéramos agradecer a John Carey y a los participantes en la Conferencia del CIDE, *Judicial Politics in Latin America*, celebrada en marzo del 2009; a Georg Vanberg y a los participantes en la *Rule of Law Conference* de la Universidad de Yale, celebrada en abril del 2009; a James Rogers y a los participantes en la Conferencia Wallis, *Positive Political Theory and the Law*, de la Universidad de Rochester, celebrada en mayo del 2009, por sus comentarios a las versiones previas de este capítulo. Estamos igualmente agradecidos por los comentarios de Lee Epstein y Cliff Carruba.

** Profesora de Ciencia Política en la Universidad de Rochester. Obtuvo su doctorado en ciencia política por la Universidad de Chicago en el 2000. Ha sido premiada con la Academy Scholars Fellowship del Weatherhead Center for International Affairs at Harvard University en los años 2002-2003 y 2004-2005. Es autora de *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina* (Cambridge University Press, 2005). Su investigación actual examina diversos temas de política comparada e instituciones legales, política latinoamericana, votación y elecciones y ha sido publicada en revistas como *American Political Science Review*, *Comparative Politics*, *American Journal of Political Science* y *Desarrollo Económico*.

*** Profesor en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad Emory. Staton tiene un doctorado en ciencia política por la Washington University en St. Louis y estudios de posdoctorado en la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York. Es autor del libro *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico* (Cambridge University Press, 2010). Su investigación se pregunta cómo y cuándo podemos esperar que las instituciones legales, nacionales e internacionales, limiten al Estado. Su trabajo ha sido publicado en revistas como *Journal of Politics*, *American Journal of Political Science*, *Journal of Empirical Legal Studies* y *Comparative Politics*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace dos décadas era común afirmar que mientras que se sabía mucho de las legislaturas, los presidentes e incluso de las agencias burocráticas, los poderes judiciales seguían relativamente poco estudiados (*e.g.* Gibson, Caldeira y Baird, 1998; Epstein y Knight, 2000). Afortunadamente, ya no podemos mantener esta afirmación, en especial en América Latina (Kapiszewski y Taylor, 2008). A mediados de los años noventa, un grupo de académicos, especialistas en el área judicial, abordaron el tema de las Cortes en la región. Basándonos en esta literatura, este capítulo plantea tres preguntas principales:

- ¿Por qué un conflicto político se vuelve judicial?
- ¿Por qué los Jueces confrontan o apoyan al gobierno?
- ¿Cómo reaccionan los políticos ante las decisiones que toman los Jueces?

Cada una de estas preguntas hace referencia a un cuello de botella en el proceso de judicialización y cada uno hace referencia al otro (*cf.* Gauri y Brinks, 2008).

El punto de partida para nuestro capítulo se basa en las siguientes observaciones: En la medida en que estos tres elementos del proceso de judicialización son interdependientes, las teorías existentes a menudo fracasan al explicar la configuración específica de las regularidades empíricas que marcan las políticas públicas judiciales en las democracias en desarrollo. En primer lugar, los modelos estratégicos existentes no pronostican atinadamente una de las características más importantes en las relaciones entre las distintas ramas del gobierno en América Latina: el número total de ataques motivados políticamente en contra del Poder Judicial en la región. En segundo lugar, por exactamente la misma razón, las teorías estándar tienden a sobreprometer la prudencia judicial y tienen poco que decir sobre los múltiples contraejemplos de Jueces que se involucran en un peligroso y muy audaz proceso de toma de decisión. En tercer lugar, si los Jueces latinoamericanos son serviles cuando enfrentan la amenaza de un ataque, las explicaciones estratégicas convencionales tienen dificultad para explicar las crecientes tasas de litigio en tales ambientes.

Tomando en cuenta en qué fallan nuestras actuales teorías, desarrollamos una explicación estratégica alternativa. Utilizamos los resultados de esta explicación para considerar dos preguntas que por sí mismas están muy relacionadas con los comportamientos centrales alrededor de los cuales enmarcamos el capítulo:

- ¿Cómo es que las instituciones formales influyen en los conflictos entre las distintas ramas del gobierno?
- ¿Qué problemas enfrentan las nuevas Cortes cuando tratan de cimentar su poder?

Al hacer esto, no sólo expandimos nuestra comprensión de la interacción entre litigantes, Jueces y políticos, sino que también se derivan una serie de implicaciones novedosas que hablan de temas fundamentales del diseño institucional y del Estado de derecho.

El resto del capítulo se desarrolla de la siguiente manera. Comenzamos por resaltar la brecha que existe entre nuestras actuales teorías y un conjunto de hechos estilizados sobre la relación entre Jueces y política en América Latina. Después, combinamos muchos de los supuestos comúnmente usados en un nuevo modelo de teoría de juegos que da sentido a estos hechos. Luego discutimos las múltiples implicaciones que se siguen de este nuevo enfoque y sugerimos un camino para futuras investigaciones sobre las Cortes en América Latina.

2. ¿QUÉ (PENSAMOS QUE) SABEMOS DE LAS CORTES EN AMÉRICA LATINA?

Muchas explicaciones importantes surgen de la literatura en política comparada. En primer lugar, los académicos han mostrado que las Cortes eficaces son importantes en América Latina así como en cualquier otra parte. Tales instituciones son cruciales para asegurar la solvencia del Estado (*e.g.* North, Weingast, 1989; Stasavage, 2007), alentar el crecimiento y desarrollo (*e.g.* Acemoglu, Johnson, y Robinson, 2001; Barro, 1995), sostener el orden democrático (*e.g.* North, Summerhill y Weingast, 2001) y proteger los derechos humanos (*e.g.* Keith, 2004; Hathaway, 2007; Powell y Staton, 2008). En segundo lugar, el conocimiento actual sigue enfatizando la importancia del diseño institucional. Siguiendo a Hamilton (1787), los académicos y creadores de políticas públicas de todo el mundo sostienen que la independencia judicial depende de protecciones constitucionales a la duración en el cargo, el salario y la jurisdicción de los Jueces. En tercer lugar, y más importante para nuestros propósitos en este capítulo, mucha de la literatura sobre la política judicial comparada converge en la opinión de que los actores clave —pueden ser políticos, Jueces, o litigantes— se comportan fundamentalmente de manera estratégica.

Consideramos tres cuellos de botella clave en el proceso de judicialización propuesto por Gauri y Brinks (2008): las decisiones individuales para

interponer demandas legales, las decisiones de los Jueces y las respuestas del gobierno. La lección principal es que estas elecciones no se hacen de forma aislada sino que reflejan las expectativas de los actores sobre las reacciones de cada uno de los otros sujetos involucrados. La teoría de separación de poderes, que tiende a centrarse exclusivamente en los dos últimos cuellos de botella, sostiene que los Jueces se resisten a decidir en contra del gobierno cuando anticipan sanciones por hacerlo. La hipótesis central de este enfoque, que ha encontrado apoyo en la literatura sobre las Cortes latino-americanas, es que los Jueces se abstienen de dictar decisiones contra el gobierno cuando el poder está unificado en los poderes Ejecutivo y Legislativo (*e.g.* Ríos Figueroa, 2007; Bill Chávez, 2004; Chávez, Ferejohn, Weingast en este libro; Rodríguez-Raga, en este libro; Scribner, en este libro). Si nos concentramos en el primer cuello de botella, también podemos esperar que los litigantes actúen previendo el comportamiento de los Jueces y políticos. Cuando los Jueces son poco receptivos a las demandas de derechos o los políticos no están dispuestos a cumplir, la judicialización es menos probable (Gauri y Brinks, 2008, 17; Epp, 1998, 11- 23).

Tomados en conjunto, los conocimientos convencionales sobre las Cortes implican, por tanto, dos mundos ideales. En el primero, los Jueces disfrutan de independencia, en el sentido de que sus decisiones son respetadas y los actores políticos no son capaces de imponer sanciones. ¿Cómo esperaríamos que fueran las relaciones entre Jueces y política en tal escenario? Aunque podemos esperar pocas violaciones constitucionales en general (en anticipación a la censura judicial), en el caso de que los derechos sean ocasionalmente violados y los Jueces sean receptivos a las demandas sobre derechos, probablemente deberíamos anticipar que los litigantes estarán más dispuestos a buscar ayuda,¹ que los Jueces impugnarían los gobiernos, y que las soluciones legales serían respetadas.

¹ Cuando y por qué se logran juntar los recursos para interponer un recurso judicial, sin duda está relacionado con el sistema de apoyo legal del Estado (*e.g.* Epp, *cf.* Kapiszewski, en este libro). No nos centramos en ese problema. En cambio, evaluamos cómo los litigantes pueden aprender sobre la independencia judicial y preferencias judiciales receptivas a los derechos, que comúnmente operan como condiciones necesarias para una expansión de los derechos.

Ahora, consideremos un mundo alternativo donde los Jueces carecen de independencia. En tal escenario, nuestras teorías nos dicen que los Jueces deberían ser prudentes, si no es que completamente serviles, respecto del gobierno. Y por la misma razón de que los Jueces están dispuestos a doblegarse ante la presión política, los litigantes no deberían buscar ayuda de los Jueces y los políticos no deberían tener necesidad de imponer castigos. En resumen, las teorías existentes nos llevan a creer que el litigio debería formar parte, en gran medida, del ámbito de los poderes judiciales independientes. Sin embargo, también nos dicen que las sanciones en contra de las Cortes bajo cualquier escenario continuarán esencialmente inobservadas. Cuando los gobiernos son incapaces de castigar a los Jueces, estos últimos decidirán como prefieran. Cuando los gobiernos son capaces de imponer castigos, los Jueces se replegarán estratégicamente *ex ante*, y por lo tanto los políticos tendrían poca necesidad de sancionarlos *ex post*.

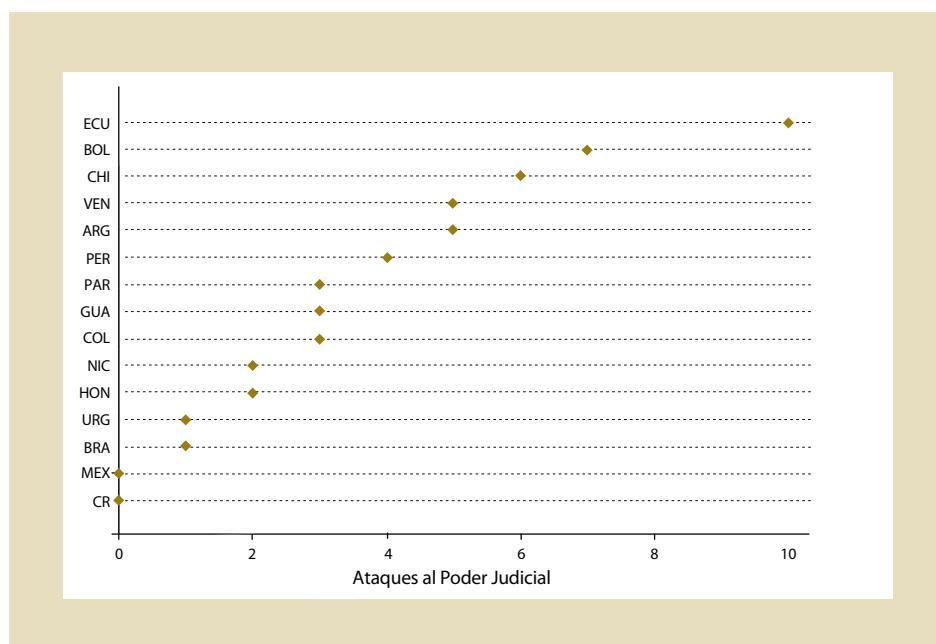
Pero en América Latina (y en otras partes) la política judicial no siempre se ajusta claramente a estas expectativas. Tal vez, de forma más obvia, las sanciones en contra de las Cortes abundan en la región (Helmke, 2005; Chávez, Ferejohn, y Weingast, en este libro; Castagnola, Pérez-Liñán, en este libro). Sólo un puñado de países ha escapado completamente a la crisis judicial. En Argentina, Bolivia y Ecuador, las Cortes han sido el blanco de casi cada gobierno democrático reciente. Del infame esquema de la Corte compuesta por un bloque de Jueces leales a Carlos Menem en 1990, al infortunado intento de Lucio Gutiérrez por destituir a los 31 Jueces de la Suprema Corte ecuatoriana en el 2005, al casi constante acoso de Evo Morales al Poder Judicial de Bolivia desde su elección en el 2006, los poderes ejecutivos han concentrado habitualmente sus energías en atacar a los Jueces.

En otros casos muy conocidos, desde el autogolpe de Alberto Fujimori en Perú en 1992, al esfuerzo fallido de Jorge Serrano para llevar a cabo un *Fujimorazo* el siguiente año en Guatemala, a los intentos de Hugo Chávez por consolidar su poder a través del cambio constitucional en 1999, las Cortes han sido a menudo las víctimas de batallas institucionales más amplias.

Incluso en países relativamente estables, los Jueces han sufrido amenazas repetidas y públicas, si no es que ataques reales. En Chile, los presidentes Alywin y Frei intentaron varias veces retirar del poder a los Jueces de la era Pinochet. En Uruguay, durante mucho tiempo un bastión de independencia judicial en la región, uno de los principales candidatos presidenciales en el 2009, José Mujica, hizo declaraciones sobre la manipulación de la amnistía: “Me interesa la verdad, pero, ¿las sociedades se basan en eso? La justicia tiene un hedor a venganza insoportable”.² Mientras tanto, actualmente en Honduras, el Poder Judicial se encuentra en el centro de una de las peores crisis institucionales de la historia. Hasta el momento, la Corte permanece intacta; pero tal vez solamente porque eligió colocarse en el lado ganador de la batalla de Zelaya en contra de la Legislatura respecto de su reelección.

Gráfica 1A

Número de ataques judiciales en América Latina
por país, 1985-2008

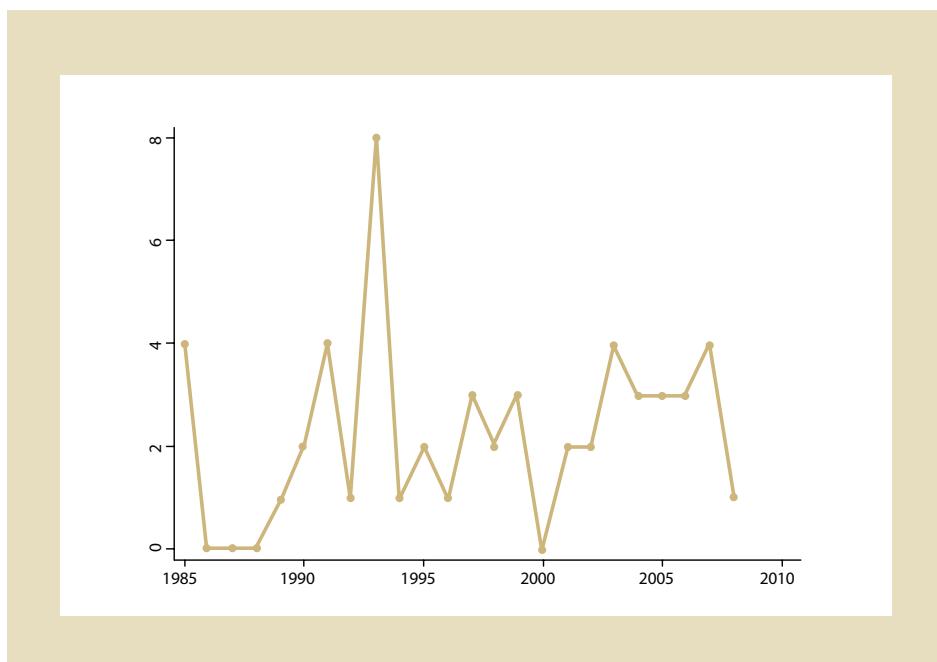


Nota. Expone el número de ataques a los poderes judiciales en América Latina, por país, de 1985-2008. Fuente. *Crisis Institucionales en América Latina* (ICLA) Base de Datos (Helmke, 2009)

² *La Nación*, septiembre 13, 2009, aparecido en *Latin American Weekly Report* 9-17-2009.

Gráfica 1B

Número de Ataques Judiciales en América Latina
por Año, 1985-2008



Nota. Expone el número de ataques a los poderes judiciales en América Latina de 1985-2008.
Fuente. *Crisis Institucionales en América Latina* (ICLA) Base de Datos (Helmke, 2009)

Apoyándonos en la base de datos *Crisis Institucionales en América Latina* (CILA) (Helmke),³ la gráfica 1A muestra la distribución y ataques en contra de las Cortes por país entre 1985 y 2008. Entre los países con la frecuencia más alta de crisis están los sospechosos usuales: Ecuador, Bolivia, Argentina, Venezuela, y Perú (*cf.* Hagopian y Mainwaring, 2005). Pero Chile, que intentó deshacerse de los Jueces de la era de Pinochet, también califica relativamente alto. Además, esta gráfica también alude a un tipo de bi-modalidad:

³ La base de datos cubre diecinueve países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela) de 1985 (o a partir del año de la última transición a la democracia del país) a 2008. Utilizando el *Latin American Weekly Report* y una variedad de fuentes, la base de datos identifica y codifica sistemáticamente todos los eventos; cumplen el siguiente criterio básico: una o más ramas del gobierno (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) que hayan intentado disolver, reemplazar o reducir los poderes de otras ramas del gobierno (Ejecutivo, Legislativo, Judicial). Respecto de las Cortes, tales amenazas o ataques incluyen todos los intentos registrados, exitosos o no, del Ejecutivo y/o Legislativo para interponer un juicio de responsabilidad, formar Cortes de Jueces leales, disolver o deshacer la jurisdicción de la Corte superior o de las Cortes de un país.

con pocas expectativas, la mayoría de los países en la región experimentan múltiples ataques (>2) en contra de sus Cortes, o nada en absoluto.

La gráfica 1B también revela que las crisis judiciales siguen ocurriendo incluso cuando las democracias están consolidadas. En efecto, el número de crisis relacionadas con las Cortes aumenta casi tres veces de sólo cinco ataques a finales de los años ochenta a catorce a principios de los noventa. Desde 1995, el número promedio de ataques ha permanecido estable en once, cada cinco años. Lo más preocupante es que si miramos de cerca cuando el ataque tuvo éxito o fracasó (no se muestra en la gráfica 1B), encontramos que la tasa de éxito en contra de las Cortes en realidad ha aumentado en la última década. Los ataques judiciales triunfaron sólo el 40% del tiempo de 1995 a 1999, subió a 57% en los primeros cinco años del nuevo milenio, y llegó hasta 83% entre 2005 y 2008. Respecto de los diferentes tipos de ataques dirigidos en contra de los poderes judiciales en la región, hay una escisión relativamente constante en toda la base de datos entre la frecuencia de los ataques individuales (juicios de responsabilidad o despidos individuales a la sombra del juicio de responsabilidad) (n=22) *versus* los ataques institucionales (Corte formada por un bloque leal o su disolución) (n= 19). Aunque los ataques individuales en contra de los Jueces han disminuido un poco desde el 2000, los ataques institucionales han permanecido relativamente constantes a lo largo de las dos últimas décadas.

Desde el punto de vista de la teoría actual, aunque los Jueces sean considerados independientes o no, pensamos que esas crisis simplemente no deberían ocurrir. En el mundo de la teoría pura, no deberíamos observar a los políticos chilenos amenazando a los Jueces con sanciones que no pueden llevar a cabo. De igual forma, los políticos ecuatorianos, bolivianos o venezolanos no deberían desperdiciar su tiempo renovando las Cortes en vista de que los Jueces se repliegan estratégicamente. Sin embargo, esta última observación nos lleva a nuestra siguiente encrucijada. Aunque es obvio que hay muchos Jueces obedientes (*cfr.* Verner, 1979; Larkins, 1998; Hilbink, 2007), numerosos contraejemplos sugieren que esto difícilmente captura la historia completa del comportamiento judicial en la región.

Tomemos nota de los siguientes ejemplos: cinco años después del *autogolpe* de 1992 en Perú, que niveló los poderes Legislativo y Judicial, la mayoría de Jueces en el recientemente reconstituido Tribunal Constitucional impidió que Alberto Fujimori cambiara la Constitución para postularse para un tercer periodo. Si nos vamos a Paraguay, en 1999 la Suprema Corte voluntariamente se colocó en medio de la tormenta de fuego política con el recién electo Presidente Raúl Cubas, sobre su decisión de conmutar la sentencia de su mentor político, el general Oviedo, por cargos de sedición (Pérez-Liñán, 2007, 30). O bien, recordemos la batalla entre los poderes Ejecutivo y Judicial que siguió después del rápido regreso al poder de Chávez después del intento de golpe del 2002. En ese caso, el Tribunal Supremo de Venezuela abiertamente desafió al gobierno, al lanzar cargos en contra de los oficiales militares supuestamente involucrados en el golpe fallido, incitando numerosas recriminaciones del gobierno y de sus aliados. Aún más recientes son los esfuerzos del Presidente Correa de reformar la Constitución Ecuatoriana en el 2007, que lo situaron en una trayectoria de colisión con el Congreso. A fines de ese año, el Tribunal Constitucional descaradamente desafió a Correa y exigió que la mayoría de legisladores fuera reinstalada.

Como se podría esperar, en la mayoría de estos casos, los Jueces no lo pasaron especialmente bien. Aunque Cubas retrocedió en Paraguay y la Corte permaneció intacta a lo largo de la batalla (solamente para volver a sufrir un ataque en el 2003), en cada una de las otras instancias los Jueces pagaron un alto precio. Los juicios de responsabilidad del Poder Judicial fueron llevados a cabo inmediatamente en Perú, en 1997, y el Tribunal Constitucional se quedó sin quórum.⁴ En Venezuela, el gobierno acosó a Jueces de forma particular, como al Juez Arrieché, ya que el gobierno argumentaba que había presentado títulos falsos durante las audiencias de su nombramiento judicial (Taylor, 2009). En el 2004, al enfrentar un importante referéndum, el gobierno de Chávez aprobó una ley que expandía el tamaño de la Corte y propuso interponer varios juicios de responsabilidad en contra de Jueces

⁴ Sin embargo, como dato interesante, muchos de los Jueces enjuiciados en 1997 fueron reinstalados más tarde, después de que Fujimori huyó del país en el 2000.

en funciones. En Ecuador, la Asamblea Constituyente de Correa, que concluyó su trabajo en julio del 2008, dio luz verde al gobierno para rehacer las Cortes.

Nuevamente, desde un punto de vista teórico, lo sorprendente no es que los Jueces sean castigados por desafiar al gobierno, sino que estén del todo dispuestos a tener ese comportamiento arriesgado. Si tales eventos hubieran sucedido en Costa Rica, Uruguay, o incluso en el México actual, podríamos imaginarnos que los Jueces independientes habrían ido simplemente muy lejos. Si hubieran sucedido en lugares donde las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo no habían sido evaluadas, como en la Rusia de Yeltsin, podríamos imaginar que los Jueces no entendían las reglas del juego. Pero estas decisiones riesgosas sucedieron en contextos donde los Jueces enfrentaban claras amenazas—incluso, a veces en lugares donde los Jueces ya habían sido castigados por transgresiones similares— y por tanto, donde las teorías existentes nos dicen que lo más probable era que los Jueces actuaran de forma prudente.

Finalmente, ¿qué sucede con las decisiones iniciales que hacen los litigantes para llevar los casos ante la Corte? Desafortunadamente carecemos de información transnacional sistemática sobre la judicialización para ser capaces de ofrecer cualquier visión de conjunto, aunque parece que el litigio está aumentando en general en América Latina (Stotzsky, 1993), como en muchas otras partes del mundo (Tate y Vallinder, 1995; *cfr.* también Gauri y Brinks, 2008). De acuerdo con los reportes del Banco Mundial, USAID, y otras agencias no gubernamentales, existe una demanda sustancial y en aumento de algunos servicios judiciales en la región (*cfr.* Dakolias, 1996; Hammergren, 2007).⁵ Desde luego, el capítulo de Bruce Wilson (en este libro)

⁵ Hammergren (2007) reconoce que esto es conocido por la comunidad política, pero continúa argumentando que, a pesar de los problemas de acceso a la justicia y del rezago que acosan la región, las demandas presentadas ante los Jueces latinoamericanos no son particularmente representativas. En comparación con las democracias industriales avanzadas, el promedio anual de demandas por Juez es relativamente bajo (van de 136 en Honduras hasta 1357 en Brasil, comparados con 1992 en los Estados Unidos en el Distrito de Columbia p.72). Aun así, la autora no disputa el hecho fundamental de que las demandas en las Cortes de América Latina están aumentando en general.

aporta evidencia de que el litigio ha aumentado en Costa Rica justo como lo han pronosticado las teorías actuales. Es decir, la judicialización de la política ocurre siempre y cuando las Cortes sean relativamente independientes y receptivas a las demandas basadas en derechos. Parece que Brasil ofrece otro buen ejemplo. Desde la transición a la democracia, el número de casos totales en el Poder Judicial ha ido de 339000 en 1989 a 2.1 millones en el 2001, aunque hay alguna evidencia de que la tendencia ahora se ha revertido (citado en Taylor, 2008, 38). Pero, lo más problemático desde el punto de vista de las teorías estratégicas existentes, es que la explosión del litigio no ha estado únicamente limitada a poderes judiciales relativamente independientes. Para citar sólo un ejemplo, entre 1974 y 1984 el número promedio de casos que llegaron a la Corte Suprema argentina fue de aproximadamente 4000. Para 1997, después de numerosos ataques a las Cortes, la gráfica se disparó a 36000 casos (FORES, 1988; Molinelli *et al.*, 1999, citado en Helmke, 2005).

Tomados uno por uno, cada conjunto de hechos —sobre ataques, litigios o incluso decisiones de los Jueces— no es especialmente sorprendente. No es una novedad que los políticos latinoamericanos manipulen a las Cortes, aunque ciertamente lo es documentar el ámbito y la frecuencia de los ataques. Los problemas de acceso a la justicia y la cantidad en aumento de casos atrasados que sugiere la reciente demanda de servicios judiciales son ampliamente discutidos en los círculos de creación de políticas públicas. Asimismo, la imperfecta pero algunas veces también sorprendente naturaleza de los frenos y contrapesos en la región ha fomentado un número creciente de académicos en política judicial durante la última década.

Pero si juntamos los hechos y tratamos de interpretarlos a través de las lentes de las teorías existentes, el cuadro es mucho menos claro. Las crisis judiciales en América Latina pueden ser relativamente comunes pero, como señalamos, la mayoría de los modelos estratégicos de las relaciones entre las ramas del gobierno nos dicen que tales ataques deberían permanecer estrictamente fuera de la senda del equilibrio. Asimismo, en la medida que las

decisiones en contra del gobierno son a menudo muy arriesgadas para los Jueces, la mayoría de las teorías existentes no pueden explicar por qué —desinformación, o la caída del gobierno— algún Juez latinoamericano, bajo la sombra del ataque, decidiría impugnar las decisiones de los políticos. Finalmente, si los Jueces son atacados de forma rutinaria y por tanto propensos a doblegarse ante el gobierno del momento, ¿cómo podemos explicar la creciente necesidad de recurrir a la Corte, que está teniendo lugar en la región? ¿Cómo, en resumen, puede aun tener sentido un tercer escenario donde los ataques políticamente motivados en contra del Poder Judicial no parecen disuadir a los Jueces de tomar decisiones audaces, ni de evitar que los litigantes recurran a la Corte?

3. UNA TEORÍA DE LOS CHOQUES ENTRE PODERES

Motivado por estas encrucijadas empíricas, el resto de este trabajo está dedicado a desarrollar una teoría unificada de estos comportamientos. Utilizamos las herramientas de la teoría de juegos, que nos permiten capturar claramente las condiciones bajo las cuales los choques entre las ramas del gobierno tienen más probabilidad de ocurrir. Al mismo tiempo, obtenemos una mejor comprensión de por qué y cuándo surgen los grupos específicos de litigantes y de comportamientos judiciales que identificamos arriba.

Nuestra teoría combina las características centrales de los argumentos que ha desarrollado la literatura sobre las relaciones entre las distintas ramas y el Estado de derecho. En primer lugar, al igual que los modelos existentes sobre política judicial (*e.g.* Carrubba, 2009; Stephenson, 2004) exploramos el conflicto entre poderes dentro del contexto de interacción estratégica en un mundo incierto. En segundo lugar, tomamos en serio la idea de que los Jueces pueden intercambiar control sobre resultados políticos inmediatos a fin de beneficiar una estrategia de largo plazo para el fortalecimiento institucional (*e.g.* Carrubba, 2009; Ginsburg, 2003), pero también consideramos cómo los actores reducen la incertidumbre a través de la repetición del

juego, y cómo este proceso impacta los incentivos de los actores para revelar información privada sobre sus preferencias. En tercer lugar, siguiendo el enfoque estándar sobre la política judicial, asumimos que los Jueces se guían más por preferencias que por los resultados políticos públicos (*e.g.* Segal y Spaeth, 2003), pero también se ocupan de los intereses institucionales (Baum, 1997). Existen (al menos) dos maneras en las que esto puede suceder. La primera, que consideramos relativamente poco controversial, consiste en que los Jueces valoran sus puestos (Helmke, 2005). Este supuesto puede ser motivado de muchas maneras, incluyendo el interés obvio en sus salarios y otras ventajas, prestigio (Ginsburg, 2003), o interés en las políticas públicas (Epstein y Knight, 1998). El interés institucional implica simplemente ser buscado por los litigantes. De nuevo, los Jueces pueden valorar encontrarse en una Corte prestigiosa o crear políticas públicas, pero es difícil imaginar cómo una Corte puede ser prestigiosa o afectar los resultados políticos si nunca es utilizada (Staton, 2007).

a. Jugadores y acciones

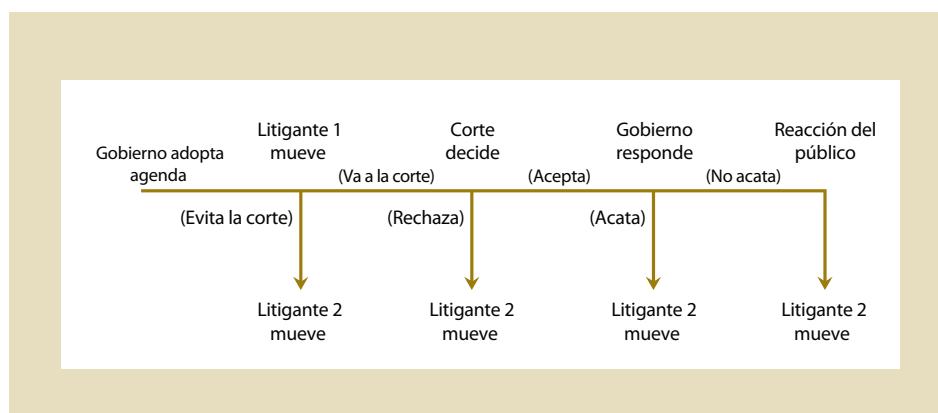
Nuestra teoría se construye sobre el modelo de Vangberg acerca de las relaciones entre las distintas ramas del gobierno (2005) y utilizamos esta notación cuando es apropiado. Sin embargo, como discutimos arriba, hacemos tres adiciones críticas al modelo Vanberg, 1) los litigantes deben interponer demandas con el objetivo de activar el control constitucional, 2) las preferencias de los Jueces se expanden, y 3) el juego se repite. Hay cuatro jugadores: un gobierno, una Corte, y dos litigantes potenciales. La gráfica 2 resume la secuencia del juego. El gobierno mueve primero implementando una agenda, que incluye un par de políticas públicas.⁶ Si no lo hace, el juego termina. Cada política en la agenda impone una carga en los dos litigantes potenciales, y asumimos que existe un argumento constitucional plausible en contra de cada política. Los litigantes toleran estas cargas mientras la política sigue siendo

⁶ En el sistema parlamentario podemos decir, alternativamente, que el gobierno promulga su agenda legislativa. En un sistema presidencial podemos imaginar dos órdenes ejecutivos, o francamente, su propia agenda legislativa, que es adoptada.

implementada ya sea porque no recurren a la Corte, porque su petición es negada, o bien porque los gobiernos se niegan a implementar una decisión que invalida la política pública.⁷

Gráfica 2

Secuencia de acciones en el modelo



Habiendo observado la agenda del gobierno, el primer litigante puede buscar una orden de la Corte que imponga al gobierno dejar de implementar la política. Si se recurre a la Corte, ésta revisa las demandas de los litigantes, y puede o no encontrar la política constitucional. Si la Corte declara la política pública inconstitucional, solicita un regreso al statu quo. En este caso, el gobierno debe elegir si acata la decisión. Si lo hace, suspende su política, p_1 , y la carga de primer litigante es desechada. Si el gobierno no acepta la decisión, continúa implementando su política y busca reemplazar a la Corte con Jueces partidarios –que sabe que comparten cabalmente sus preferencias.⁸ Después, como en Vanberg (2005) y Stephenson (2004), si el gobierno desafía a la Corte puede enfrentar una reacción, y en tal caso el go-

⁷ Para simplificar, hicimos coincidir las políticas públicas y las cargas con los litigantes, para que la carga de la primera política coincidiera con el primer litigante exclusivamente y la carga de la segunda política coincidiera exclusivamente en el segundo litigante. Además, asumimos que hay un orden temporal en estas políticas, de manera que el primer litigante pueda buscar reparación legal antes que el segundo.

⁸ Juntamos la no implementación y la purga judicial en una decisión. Una extensión de este modelo puede distinguir entre las dos acciones. La obvia ventaja de esta distribución es que podemos considerar porqué un gobierno puede elegir la no implementación en lugar de una purga. En la medida en que puede haber incentivos judiciales para evitar ambos, la tensión central analizada abajo permanecería.

bierno aceptará la decisión de la Corte. La probabilidad de que tal reacción tenga lugar es q .⁹ Finalmente, el segundo litigante puede decidir ir a la Corte después de que el primer conflicto esté completamente resuelto. La secuencia entonces se repite y el juego termina cuando una posible demanda contra la segunda política ha sido completamente resuelta.

b. Preferencias y estructura de información

El gobierno obtiene valor con la implementación de su agenda $\alpha > 0$, aunque puede valorar de forma diferente cada elemento de la agenda. Especialmente, el gobierno coloca un peso θ sobre p_1 , donde $0 < \theta < 1$, entonces el valor de la primera política en la agenda es $\alpha\theta$ y el valor de la segunda es $\alpha(1 - \theta)$. Paga costos por las otras acciones. Por tanto, para promulgar su agenda, el gobierno paga $\underline{\epsilon}_g : \alpha > \underline{\epsilon}_g > 0$, que puede reflejar el costo de oportunidad de proseguir con la agenda o simplemente el costo de transición asociado con el gobierno. El costo de intentar purgar la Corte es $\bar{\epsilon}_g > 0$, donde $\bar{\epsilon}_g > \underline{\epsilon}_g$.¹⁰ Desde la perspectiva del gobierno, este parámetro puede reflejar una gran cantidad de factores desarrollados en la literatura, que incrementan el costo de purgar una Corte, incluyendo la fragmentación del gobierno o de las instituciones formales que incrementan la dificultad de remover del cargo a los Jueces. Finalmente, el costo de una reacción del público a la Corte es $\beta > 0$. El gobierno conoce la probabilidad de una reacción pública y la probabilidad de que las preferencias de la Cortes sean limitadas o expansivas, como lo definimos abajo. Si la Corte es lo que llamamos “partidista”, de nuevo como lo definimos abajo, el gobierno lo sabe con seguridad.

Las preferencias de los litigantes dependen de las cargas que finalmente soporten y de los costos que paguen para acceder al sistema legal. Asumimos

⁹ En especial, hay dos Estados del mundo, uno donde una reacción surgirá y otro donde no. Para cada política hay un esquema independiente de una distribución Bernoulli sobre el grupo de Estados, donde la posibilidad de establecer una reacción del público es q_i para la política $i=1,2$. Permitir que q varíe a través de las políticas muestra que no necesariamente asumimos que la reacción es una mera función del apoyo público difuso (o legitimidad).

¹⁰ Esto asegura que los costos de transacción por formar una Corte con Jueces leales son mayores que los costos de implementar una agenda. De forma sustancial, la lógica es que si es costoso implementar una agenda, debe ser costoso purgar una Corte.

que la utilidad de cada litigante es independiente. Las cargas asociadas a cada política en la agenda del gobierno imponen un costo a los litigantes $b_{ij} > 0$, para $i \in \{H, L\}$, $j = 1, 2$, donde $b_{Hj} > b_{Lj}$, de modo que algunas cargas son peores que otras para cada litigante.¹¹ Los litigantes soportan estos costos ya sea porque no recurren a la Corte, porque su petición es negada, o bien porque los gobiernos se niegan a implementar una decisión que invalida la política pública. Los litigantes también deben pagar un costo de acceso $\varepsilon_j > 0$ para entrar en la Corte. Los litigantes conocen la probabilidad de una reacción pública y saben la probabilidad de que una Corte sea de un cierto tipo.

El último bloque del modelo supone especificar tres tipos de Cortes: expansiva, limitada y partidista. Con la probabilidad η la Corte tiene preferencias expansivas, por lo que queremos decir que comparte los costos de los litigantes asociados con las cargas que éstos asumen por cuestionar las políticas públicas. Una Corte expansiva pagará b_{ij} si la política es mantenida o si su decisión de inconstitucionalidad es exitosamente desobedecida.¹² Con probabilidad λ , las preferencias de la Corte están limitadas, tanto que pagará b_{Hj} sólo si una carga mayor es impuesta e implementada; de lo contrario, pagará cero. Finalmente, es posible que la Corte sea simplemente una extensión del gobierno en el poder, una Corte partidista. La probabilidad de que una Corte partidaria sea establecida es $1 - \eta - \lambda$. Una Corte partidista comparte precisamente las preferencias políticas del gobierno.

Como lo hace Vanberg, más adelante asumimos que todos los tipos de Cortes pagan un costo $c > 0$ en caso de que sean exitosamente purgadas. Este parámetro puede ser interpretado como el valor que los Jueces pierden

¹¹ Es importante señalar que aunque $b_{Hj} > b_{Lj}$ no hacemos ninguna suposición sobre el valor actual de b_{Lj} para los litigantes –cargas de costos “bajos” y “altos” relativas a cada uno. Puede ser que una carga de costo bajo sea muy alta. La función de ordenar es ayudarnos a identificar las diferencias entre los tipos de Cortes, como discutimos abajo.

¹² Esto no debe ser al caso. La clave es que algún tipo de Corte necesita tener preferencias que converjan o no con el gobierno, para que haya algo de tensión entre los Jueces y los políticos.

al ser removidos del cargo, tanto en términos de pérdida de salario como de otros beneficios menos cuantificables asociados con ser miembro de la Corte. Partimos del modelo de Vanberg, sin embargo, después asumimos que los tipos de Cortes expansivo y limitado derivan algún valor adicional, $v > 0$, al ser utilizados por los litigantes. Este último supuesto refleja nuestro esfuerzo por presentar un interés judicial en ser relevante para el panorama político de su país —es decir, ser capaz de jugar un papel significativo en el control del orden constitucional.

c. Equilibrio de los poderes en pugna

Hay un número de casos sustancialmente interesantes en el modelo; sin embargo, en este capítulo nos centraremos en caracterizar el equilibrio donde el perfil de las estrategias coincide con la misteriosa combinación de comportamientos alrededor del cual nuestra discusión ha sido enmarcada. En concreto, proporcionamos una respuesta a la pregunta: ¿qué debe ser cierto en los diversos parámetros que diseñamos arriba para que los Jueces provoquen el conflicto político, para que los gobiernos entren en tal conflicto y para que los litigantes usen las Cortes en tales ambientes? Comenzamos exponiendo formalmente las condiciones en las cuales esta combinación de comportamientos puede ser parte de un equilibrio.¹³

¹³ Nuestro concepto de solución es el Equilibrio Bayesiano Perfecto (PBE), que requiere un perfil de estrategias secuencialmente racionales y un perfil de creencias que son consistentes con aquellas estrategias y determinadas a través de la regla de Bayes cuando es posible (Osborne and Rubenstein, 1994, 233). Hemos elegido mantener el modelo tan flexible como sea posible, en los términos de las cargas que inducen las políticas públicas; sin embargo, en este caso asumimos que cada política en la agenda impone b_L en los litigantes. Este supuesto influye el conocimiento preciso que surge a lo largo del camino hacia el equilibrio, pero no impacta materialmente las implicaciones empíricas que discutimos abajo. Asumiendo que ambas cargas ocupan lugares elevados, el tipo de Corte limitada está en la misma posición que la Corte expansiva en el caso actual. Esto puede influir las inferencias que los litigantes establecen si una política es anulada. Aun puede haber incertidumbre sobre el tipo preciso de Corte después de tal decisión; sin embargo, no hay impacto en la estática comparativa. Un caso alternativo interesante supone una política que induce una carga ligera, que es seguido por una política que trae una carga elevada. En este caso, los gobiernos pueden estar dispuestos a atacar una Corte limitada que sólo ha mantenido su política, esperando que pueda anular la mayor cantidad de políticas en el futuro. Una Corte limitada en esta circunstancia no puede ganar cambiando estratégicamente la política, por eso su comportamiento es sin afectaciones. Asumimos que las creencias están formadas en conjuntos de información que no deberían ser alcanzados en equilibrio a través de conjeturas pasivas (Rasmusen, 2001, 142-145).

Proposición 1

Bajo condiciones de incertidumbre sobre las preferencias judiciales y exitosas reacciones públicas, especialmente, para

$$q_2: \max \left\{ \frac{\varepsilon_L}{b_L}, \frac{c}{c + b_L} \right\} < q_2 < \frac{\alpha(1 - \vartheta) - \varepsilon_g}{\alpha + \beta + \vartheta}$$

$$q_1: \frac{c - b_L}{q_2(c + b_L) + v} < q_1 < \min \left\{ \frac{\alpha\vartheta - \bar{\varepsilon}_g}{\alpha\vartheta + \beta}, \frac{c}{c + v} \right\}, \text{ y}$$

$$\eta: \frac{\varepsilon_i}{q_1 b_L} < \eta < \frac{\alpha - \varepsilon_g}{\bar{\varepsilon}_g + q_1(\bar{\varepsilon}_g + \alpha\vartheta + \beta) + q_1 q_2(\alpha - \alpha\vartheta - \beta)},$$

El siguiente perfil de estrategias es parte del Equilibrio Bayesiano Perfecto:

- Gobierno: Promulga su agenda política; Ataca a la Corte si la política es impugnada por un litigante
- Litigante₁: Va a la Corte
- Litigante₂: Va a la Corte si ésta anula p₁ y subsiste
Evita la Corte si ésta sostiene p₁ o la Corte es purgada
- Corte:
- Partidista: Sostiene ambas políticas
- Limitada: Sostiene ambas políticas
- Expansiva: Impugna ambas políticas

Aquí presentamos en lenguaje ordinario la lógica básica detrás del equilibrio y las condiciones que lo respaldan. La idea esencial es que los gobiernos y los litigantes obtienen información crítica sobre el tipo de Corte observando sus decisiones. Este proceso de aprendizaje crea un difícil dilema para la Corte, cuya resolución puede inducir precisamente el extraño conjunto de comportamientos bajo análisis.

Comenzando con el gobierno que proclama su agenda política y el litigante que impugna, si la Corte es de tipo limitado o partidista apoyará la política. Habiendo observado esta decisión, el segundo litigante concluye que la Corte no es del tipo expansivo, y mientras la carga en el segundo periodo sea relativamente baja, b_L , sabe que ninguno de los posibles tipos de Corte apoyará su demanda. En consecuencia, no impugna la segunda política y el juego termina. En contraste, si la Corte anula la primera política, esa decisión la revela como expansiva, y tanto el gobierno como el segundo litigante la obedecen. Sabiendo el tipo de Corte y sabiendo que tal Corte impugnará la segunda política, el gobierno ataca, buscando llenar la Corte con partidarios leales. En el caso de que la Corte sea exitosamente purgada, el segundo litigante, sabiendo que la Corte es ahora partidista, de nuevo se niega a interponer una queja. Si, no obstante, la Corte sobrevive el primer ataque, el segundo litigante presentará la demanda, comprendiendo que la Corte es expansiva, que apoyará su queja y que se arriesgará a ser atacada por hacerlo.

La lógica de este equilibrio es consistente con las teorías existentes, pero también arroja luz sobre diversos nuevos aspectos de la política judicial. Como en el modelo original de Vanberg, las creencias imperfectas de los jugadores sobre las características principales de la interacción son cruciales para sostener un equilibrio de choque. Consideremos primero las condiciones q_i , de las probabilidades de una reacción pública después de un ataque en la Corte. Sabiendo que una Corte expansiva será atacada por sus decisiones al apoyar las demandas de los litigantes, la probabilidad de una reacción debe ser *suficientemente alta* para proporcionar incentivos que permitan que la Corte expansiva anule ambas políticas¹⁴ y que el segundo litigante

¹⁴ En el primer periodo, una decisión de la Corte que anula la política es, obviamente, potencialmente costosa para la Corte expansiva pero proporciona una oportunidad para eliminar una política pública desagradable en el primer periodo, futuro acceso de los litigantes y la oportunidad correspondiente de disponer completamente de la agenda del gobierno. Específicamente, la Corte expansiva impugnará si

$$q_1 > q_{1 \min} = \frac{c + b_L}{q_2 (c + b_L) + v} .$$

En el Segundo periodo, la ganancia por anular solamente se refiere a los beneficios de la política, ya que no hay futuros litigantes para atraer. Por lo tanto, para anular, debemos tener:

$$q_2 > q_{2 \min} = \frac{c}{c + b_L} .$$

busque la reparación legal.¹⁵ Pero al mismo tiempo, la probabilidad de una reacción no puede ser muy alta, por miedo de que el gobierno simplemente acepte una decisión desfavorable.¹⁶ Más aún, la probabilidad de una reacción en el primer periodo no puede ser muy elevada, o el tipo de Corte limitado tiene un incentivo para anular la política estratégicamente con la esperanza de inducir al segundo litigante a buscar el acceso a la Corte en el segundo periodo.¹⁷

La incertidumbre sobre el tipo de Corte también ayuda a asegurar la colisión. Específicamente, la probabilidad de que la Corte sea de tipo expansivo debe ser suficientemente grande para inducir al primer litigante a buscar reparación; sin embargo, esta probabilidad no puede ser muy elevada, o el gobierno se negará a adoptar su agenda política, ahorrando los costos de transacción de la promulgación.¹⁸ La gráfica 3, que representa el equilibrio de choque para valores diferentes de la reacción pública y las probabilidades de la Corte expansiva, resume el papel de la incertidumbre.¹⁹ El punto central es que el

¹⁵ En el segundo periodo, si la Corte ha sobrevivido un ataque, el litigante sabe el tipo de Corte que es. En este caso, el litigante simplemente balancea los costos de demandar con aquellos relacionados con la carga, sopesados por la probabilidad de un ataque exitoso. Por tanto, el litigante presentará una demanda si y sólo si

$$q > q_{2 \text{ min}} = \frac{\varepsilon_l}{b_L}.$$

¹⁶ En el primer periodo, mientras que,

$$q_1 < q_{1 \text{ max}} = \frac{\alpha \theta - \bar{\varepsilon}_g}{\alpha \theta + \beta}.$$

entonces el gobierno atacará. Claramente esta condición es más difícil de obtener cuando aumentan los costos de purgar y de una reacción, pero facilita encontrar cuando aumenta el valor (y el tamaño) de la primera política. En el segundo periodo, necesitamos

$$q_2 > q_{2 \text{ max}} = \frac{\alpha (1 - \theta) - \bar{\varepsilon}_g}{\alpha + \beta + \theta}.$$

¹⁷ Específicamente, debemos tener

$$q_1 < q_{1 \text{ min}} = \frac{c}{c + v}.$$

para asegurar que la Corte limitada mantiene la política. Claramente esta condición es más difícil de lograr cuando aumenta el valor de uso.

¹⁸ Para que el primer litigante presente la demanda, necesitamos que

$$\eta > \eta_{\text{min}} = \frac{\varepsilon_l}{q_1 b_L}.$$

Para que el gobierno promulgue su agenda, necesitamos que

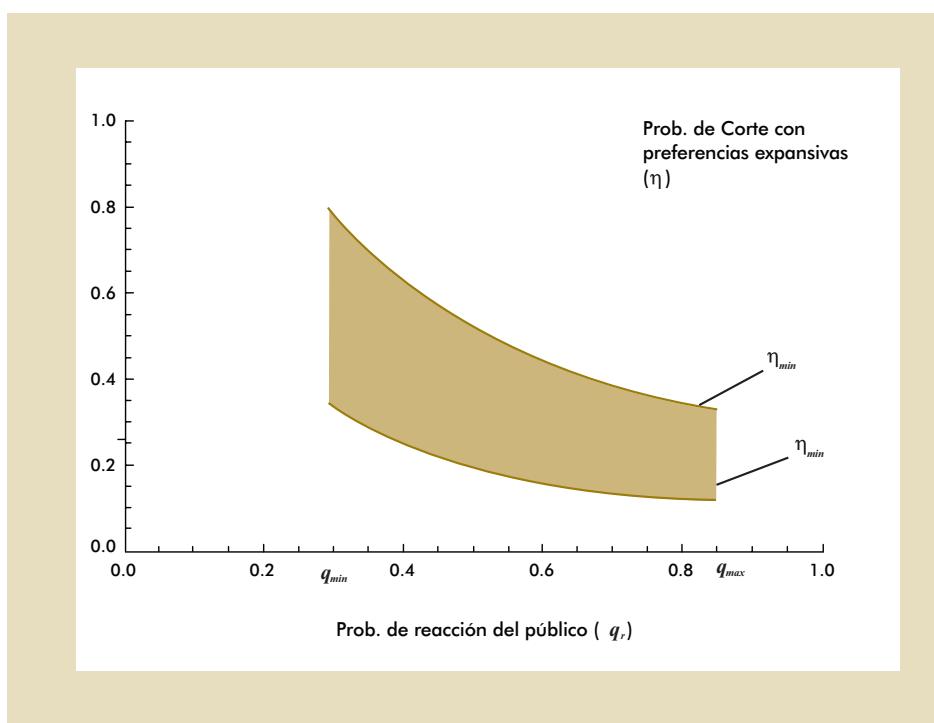
$$\eta > \eta_{\text{max}} = \frac{\alpha - \bar{\varepsilon}_g}{\bar{\varepsilon}_g + q_1 (\bar{\varepsilon}_g + \alpha \theta + \beta) + q_1 q_2 (\alpha - \alpha \beta - \beta)}.$$

¹⁹ Para facilitar la presentación, asumimos que la Condición 1 es alcanzada. Precisamente, el equilibrio reside en un tipo de región en forma de romboedro en el centro del espacio tridimensional de los parámetros. No indicamos la forma exacta de este objeto.

comportamiento de choque probablemente surge bajo condiciones de incertidumbre relativamente altas tanto sobre las preferencias de la Corte respecto de los resultados políticos como sobre las probables reacciones de la opinión pública de desafiar al gobierno.

Gráfica 3

Ubicación del equilibrio con enfrentamiento entre poderes



Nota. La gráfica 3 expone la ubicación del punto de equilibrio a través de los valores de q_i y η . El equilibrio puede ser sostenido sólo por probabilidades de reacción que caigan entre los valores críticos de q . Si esta probabilidad es muy baja, las Cortes son diferenciales. Si es muy alta, los gobiernos aceptan decisiones desfavorables. Finalmente, también debemos tener un η suficientemente alta para inducir al litigante a presentar una demanda, pero no puede ser muy alta, para que el gobierno no promulgue su agenda en primer lugar.

Como aludimos arriba, uno de los avances analíticos de sumar una dimensión temporal al modelo básico es mostrar cómo los jugadores reducen su incertidumbre aprendiendo. De forma crítica, la decisión de la Corte en el primer periodo proporciona información esencial sobre sus preferencias, tanto a los futuros litigantes como al gobierno. Ya que solamente la Corte expansiva anularía la primera política, una decisión que hace eso proporciona

una señal muy clara del tipo de Corte que es. Una decisión que mantiene la primera política, proporciona información muy útil también. Sugiere que la Corte es partidaria o limitada, y ya que este tipo no observa la carga asociada con la segunda política como suficientemente grande para garantizar un veto, los futuros litigantes pueden concluir con facilidad que la judicialización del conflicto sólo tendrá como resultado la pérdida de los costos de acceso.

Por tanto, la forma en que la información es mostrada en equilibrio induce a un dilema fundamental que las Cortes deben confrontar en la medida en que sus preferencias difieran materialmente de aquellas de los gobiernos en el poder. Consideremos el problema de la Corte expansiva en el primer periodo. Si mantiene la política, tranquilamente evitará la purga pero tendrá que aceptar que la agenda del gobierno continuará siendo implementada. Esto es así porque a) la Corte explícitamente aprueba la primera política y b) la decisión comunica información imprecisa sobre sus preferencias, lo que ocasiona que el segundo litigante evite la Corte, dejando así la segunda política en funcionamiento. Además, la deferencia elimina cualquier beneficio que la Corte obtiene simplemente cuando le piden que resuelva el conflicto, el valor institucional de ser utilizada.

Como resultado, la Corte expansiva pierde mucho al replegarse estratégicamente. Por otro lado, anular de forma sincera la primera política comunica la información correcta sobre sus preferencias, lo que produce dos consecuencias. Induce al litigante a poner en marcha su jurisdicción en el segundo periodo (lo que es en sí mismo valioso para la Corte) y, al llevar al segundo litigante ante el tribunal, la Corte crea una oportunidad para influenciar la segunda política. En el equilibrio en conflicto, la Corte opta por impugnar la agenda del gobierno, que motiva conflictos entre ramas. Está de más decir que las Cortes que divergen en preferencias respecto del gobierno siempre necesitan evaluar el intercambio de sus cargos, política y prestigio en la forma en que lo hace la Corte expansiva. En algunos casos, replegarse estratégicamente será óptimo, incluso para la Corte expansiva, y en algunos casos el activismo coincidirá con la aceptación del gobierno. Por supuesto, esos son los resultados teóricos que conocemos bien de los modelos existentes.

d. Resumen

Hasta aquí, hemos resumido un modelo que identifica las condiciones bajo las cuales los Jueces no se repliegan ante un conflicto. Aunque la incertidumbre fundamental sobre las preferencias políticas y la probabilidad de una reacción pública exitosa están en el centro de la explicación, el modelo también sugiere que la incertidumbre se reduce bastante en equilibrio. El interés judicial en señalar de forma muy precisa sus preferencias reduce la incertidumbre y finalmente lleva al choque entre ramas. En resumen, maximizar el control sobre conflictos políticos futuros y aumentar el prestigio judicial puede inducir a los Jueces a invitar el conflicto.

4. IMPLICACIONES MÁS AMPLIAS: REFORMA INSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD

Ahora estamos en posición de considerar algunas implicaciones contraintuitivas más amplias que surgen de nuestro marco teórico. La primera se refiere a la reforma institucional, la segunda gira en torno a la habilidad de los Jueces para construir Cortes efectivas.

a. Reforma Institucional

Ya sea que la meta de la reforma judicial sea resolver un problema de compromiso creíble (*e.g.* North y Weingast, 1989), proveer seguridad respecto de una pérdida en el poder político (Ginsburg, 2003), o crear un mecanismo para resolver conflictos entre las distintas jurisdicciones de un sistema federal (*e.g.* Magaloni, 2003), nuestros modelos de reforma están basados en conocer los efectos del comportamiento institucional. Típicamente, sin embargo, los principales efectos institucionales son asumidos, no analizados; y nuestro modelo cuestiona si todas las influencias institucionales son tan directas como comúnmente se asume. Más aún, la literatura empírica ha sugerido resultados muy variados al evaluar la relación entre independencia judicial *de jure* y *de facto* (Herron y Randazzo, 2003; La Porta *et al.*, 2004). Creemos que nuestro modelo puede aportar claridad a estos resultados.

Nuestro modelo incorpora la idea de que las Cortes tienen dos tipos de preferencias institucionales. Naturalmente, pueden valorar sus cargos, o puesto de otra forma, pueden pagar un costo por ser retirados del cargo (c). Pero también pueden valorar su relevancia en la configuración del propósito constitucional, que modelamos como un beneficio del acceso (v). Esto sugiere la siguiente proposición:

Proposición 2

Preferencias institucionales diferentes crean presiones en los conflictos de las distintas ramas del gobierno.

El Panel A en la gráfica 4 reproduce la información de la gráfica 3, ubicando la ventana donde el equilibrio de choque puede ser sostenido. Observemos qué sucede con la ventana del equilibrio de choque cuando aumentamos los parámetros relevantes. Cuando el costo de la purga de la Corte aumenta, el umbral de la Corte expansiva (q_{min}) se mueve a la derecha, como se representa en el Panel B, entonces esa Corte debe estar cada vez más segura de que el público repelerá exitosamente al gobierno si decide anular la primera política. Por tanto, reflejando la lógica de un modelo de separación de poderes estándar, los Jueces son prudentes al evitar perder sus cargos, y deberían ser cada vez más prudentes ya que el cargo en sí es cada vez más valioso. Pero ahora consideremos el efecto del otro parámetro institucional. El Panel C, que describe las implicaciones de aumentar el valor de los casos futuros en revisión, sugiere precisamente el efecto contrario. Cuando el valor de resolver los futuros casos aumenta (*i.e.* v se vuelve más grande), y aumenta la utilidad asociada con inducir una mayor acceso de litigantes, la ventana del equilibrio de choque se expande. La Corte está dispuesta a anular la primera política aunque haya cada vez menos probabilidades de una reacción pública. Obviamente, este cambio aumenta la posibilidad de conflicto. Vale la pena considerar cuidadosamente las implicaciones de este resultado para el diseño institucional.

Figura 4A

Ubicación del equilibrio con enfrentamiento

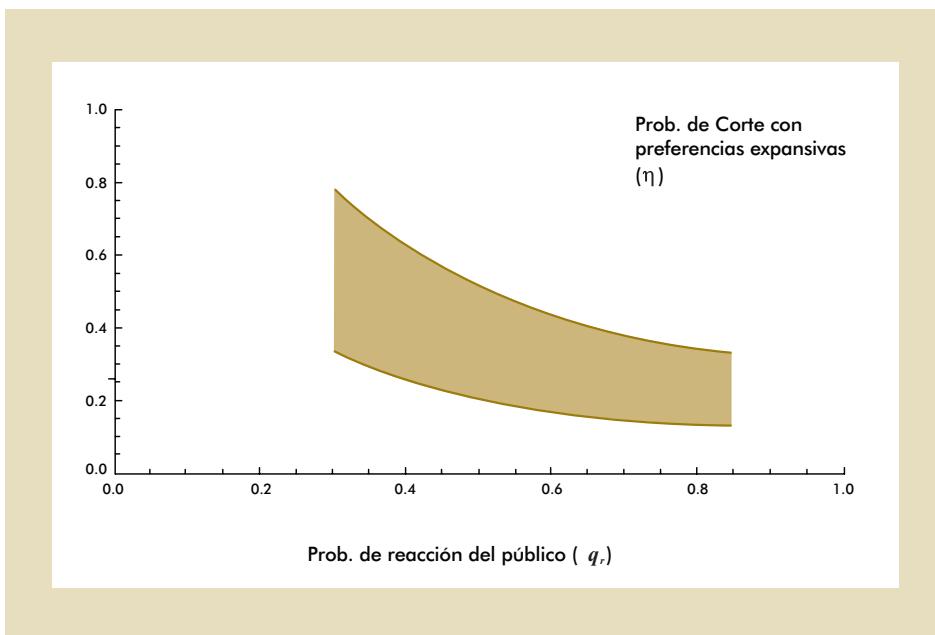


Figura 4B

Ubicación del equilibrio con enfrentamiento:
Aumento del costo de purgar la Corte (c)

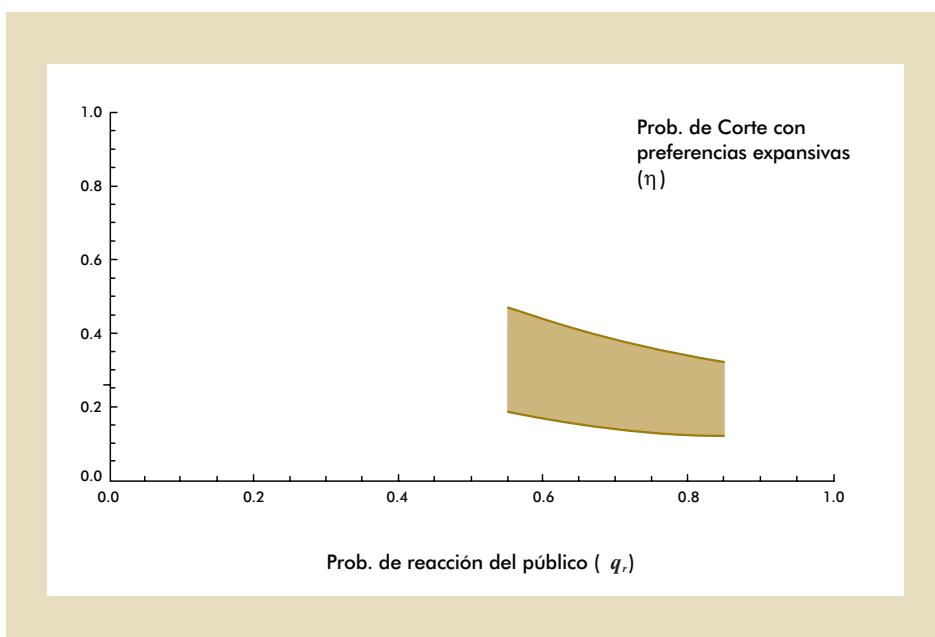
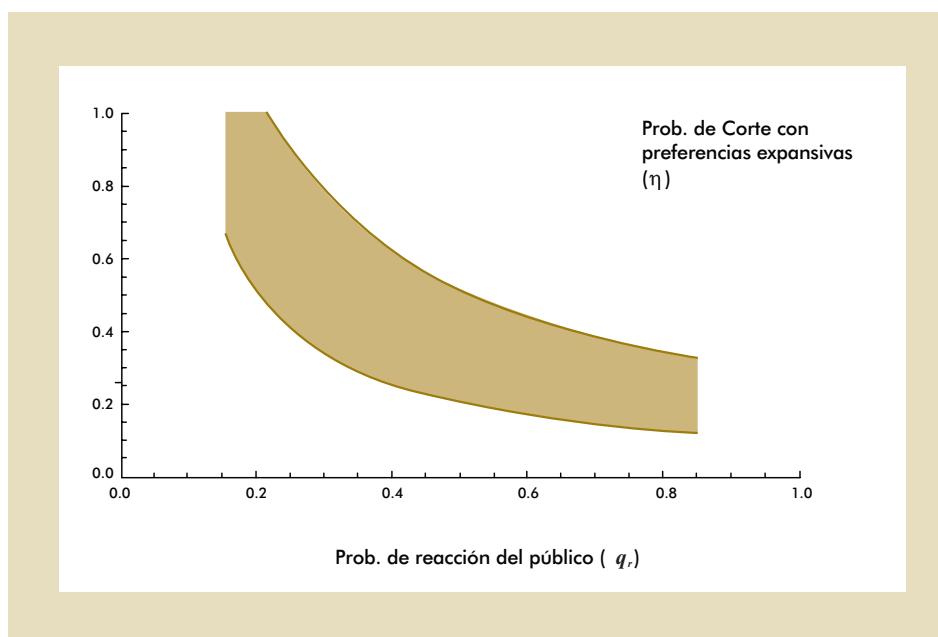


Figura 4C

Ubicación del equilibrio con enfrentamiento:
Aumento del valor de acceso a la Corte (v)



Un enfoque estándar para aumentar la independencia judicial externa implica aumentar la duración en el cargo y expandir la jurisdicción de las Cortes (*cfr.* Ríos-Figueroa en este libro). La lógica parece transparente. Al asegurar que los Jueces permanezcan en sus cargos por periodos más largos, los alejamos de la necesidad de tratar de congraciarse con alguno de los partidos que tienen control sobre su permanencia en el puesto o que podrían despedirlos una vez que asuman el cargo. Pero hay que examinar a qué se refiere nuestro modelo con aumentar la duración en el cargo. Por un lado, una mayor duración en el cargo puede aumentar el valor del puesto (aumenta el costo de una purga, c) al aumentar el flujo de salario que se perderá y los años de prestigio asociados con la posición. Pero el aumento en la duración en el cargo puede también aumentar el valor de decidir futuros casos (*i.e.* v). En la medida en que recurrir a la Corte aumenta su prestigio, el acceso debería ser más valorado por los Jueces que permanecerán más tiempo en ella. Al igual que la duración, expandir la jurisdicción o aumentar los efectos legales de las decisiones judiciales (*e.g.* creando efectos

erga omnes) puede también provocar efectos competitivos. Al crear una Corte que tenga poder en los futuros debates públicos, quienes reforman aumentan simultáneamente el valor del cargo y el valor de recurrir a la Corte; y de nuevo, estos cambios tienen efectos competitivos en los conflictos entre las distintas ramas.

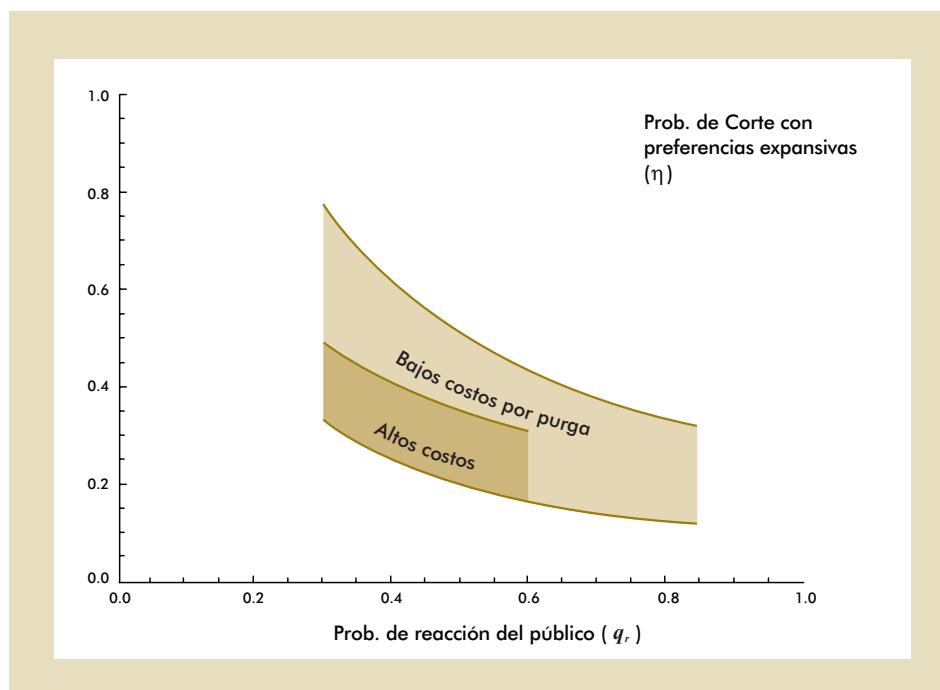
El balance final desde una perspectiva de diseño institucional es que, a menos de que los encargados de elaborar las reformas sepan qué tanto los designados potenciales valorarán sus cargos y el acceso de los litigantes a la Corte, los cambios de comportamiento pronosticados asociados con cambios en la duración en el cargo, jurisdicción o efectos legales son indeterminados. Lo peor es que ningún efecto es positivo de modo inequívoco desde la perspectiva del Estado de derecho. Al aumentar el valor del cargo, aumentamos los incentivos para replegarse estratégicamente frente al gobierno. Al aumentar el valor de acceso, aumentamos la posibilidad de un proceso judicial donde los Jueces deciden de manera sincera, pero a expensas de generar conflictos entre las ramas del gobierno. Por estas razones, incluso si las reglas de la duración pueden reducir el conflicto, sin duda no podemos decir que necesariamente promuevan el Estado de derecho. El costo de una reducción en conflicto es una obligación disminuida del Estado.

Por supuesto, en nuestro modelo algunos cambios institucionales continuarán influenciando el conflicto en formas asumidas por la literatura sobre la reforma. Consideremos la gráfica 5, que nuevamente muestra la ventana del equilibrio de choque. La región sombreada muestra cómo esta ventana se encoge cuando aumenta el costo de purgar la Corte. Como lo sugiere la gráfica, hay dos consecuencias de este cambio. La primera es bajar el umbral de la reacción pública del gobierno al grado que éste aceptará una decisión desfavorable por una probabilidad cada vez más pequeña de una reacción pública exitosa. De forma simultánea, cuando los costos de una purga aumentan, y se vuelve más difícil asegurar la continuación de su agenda, se vuelve cada vez más probable que el gobierno promulgue la agenda en primer lugar. Las instituciones que obligan a los gobiernos a negociar la designación o remoción

de los Jueces con las minorías, inducen precisamente este efecto (nuevamente, *cfr.* Chávez, Ferejohn y Weingast, en este libro). A diferencia de las reformas a la jurisdicción, la duración o los efectos legales, las consecuencias de la reforma respecto de la remoción o designación promueven de forma inequívoca la autoridad judicial *de facto*, al hacer más probable que los gobiernos acepten resoluciones desfavorables, y menos probable que promulguen, en primer lugar, una política inconstitucional. Por esta razón, puede ser recomendable contrarrestar los cambios en la jurisdicción o en la duración con los correspondientes cambios en los poderes de designación y remoción. La reforma en una dimensión institucional puede poner presión en otra dimensión.

Figura 5

Equilibrio con enfrentamiento al incrementar el costo para el gobierno de purgar la Corte



Nuestra discusión también nos lleva a examinar cómo conducimos la investigación en el derecho comparado. Debido a esos efectos competitivos en el comportamiento, no podemos estar seguros cuál de las dos presiones

en competencia será mayor que la otra. Por este motivo, si intentamos evaluar las demandas sobre los efectos de las instituciones *de jure* sobre el comportamiento previsto solamente con información de campo sobre las reglas y comportamiento formales, el modelo sugiere que podemos observar efectos positivos, negativos o nulos tanto en la deferencia judicial estratégica como en el conflicto entre las ramas del gobierno. Afortunadamente, también nos guiamos por una idea aproximada de cómo evaluar lo que observamos. Imaginemos que observamos purgas judiciales agrupándose alrededor de Estados con niveles bajos de independencia judicial *de jure*. Si estamos en lo correcto, y están compitiendo, pero hay influencias inadvertidas sobre el comportamiento judicial inducidas por un aumento de la duración en el cargo, entonces probablemente hemos subestimado los efectos de las dos preferencias institucionales. Habremos calculado un efecto negativo mayor de la duración en el cargo si podemos estar seguros de que a las Cortes no les importa en lo absoluto atraer futuros litigantes, y habremos estimado un efecto positivo si podemos estar seguros de que a los Jueces no les importa sus futuros sueldos ni otro tipo de prestigio profesional sin relación con la demanda en aumento de sus servicios. Esto no significaría necesariamente que las instituciones formales son irrelevantes para el comportamiento judicial o para las crisis en general. Pueden importar mucho. Justamente no podemos captar los efectos correctos en los datos de campo, por el problema de los incentivos en competencia. Por esta razón, creemos que nuestro campo necesita considerar la aplicabilidad de los experimentos de laboratorio, con el propósito de poner a prueba las proposiciones teóricas. En el laboratorio podemos tener control sobre los incentivos en competencia que inducen nuestras instituciones. E incluso podemos empezar a comprender cómo los Jueces pueden evaluar estas presiones en competencia.

b. Construcción endógena del Poder Judicial

Si un fuerte compromiso con el control constitucional es crítico respecto de la capacidad de las Cortes para exigir el respeto de los oficiales electos, entonces los Jueces tienen fuertes incentivos para cimentar el apoyo público

(*e.g.* Carrubba, 2009; Gibson, Caldeira y Baird, 1998). Y sabemos que se involucran en un número de actividades diseñadas, al menos en principio, para construir legitimidad (*e.g.* Staton, 2010). Pero siguiendo un resultado clave de Vanberg (2005), nuestro análisis sugiere que el desarrollo de la legitimidad judicial puede tener resultados no intuitivos sobre los conflictos entre las distintas ramas del gobierno. Como lo sugiere la gráfica 2, el equilibrio existe para creencias comunes en una reacción pública exitosa. Mientras estas creencias estén correlacionadas con la legitimidad judicial, entonces la implicación inmediata para las Cortes nacientes es que cuando se construye la legitimidad, también es probable que las purgas judiciales aumenten. Sólo con una probabilidad relativamente alta de reacción, los cambios de un conflicto son de nuevo reducidos. Este resultado sugiere una posición desalentadora de la construcción de la legitimidad y finalmente del Poder Judicial. Puede ser que al mismo tiempo que las Cortes construyen el apoyo público crean precisamente los incentivos que pueden finalmente socavar su autoridad. Este resultado puede tener mucho que ver con la relativa falta de casos alrededor del mundo donde los académicos pueden identificar definitivamente una Corte que ha construido su autoridad de forma endógena desde el suelo.

De forma similar, nuestro modelo también pone en duda la controversia común sobre la habilidad de las Cortes para construir su autoridad en el largo plazo a través de una estrategia de prudencia de corto plazo. Tanto para Carrubba (2009) como para Ginsburg (2003), entre muchos otros, los Jueces construyen creencias públicas en el valor del control constitucional (para Carrubba) y construyen una norma de obediencia (para Ginsburg) precisamente para evitar conflictos políticos abiertos sobre políticas públicas destacadas, o al menos al no pedir a los gobiernos que implementen decisiones que pudieran imponer costos significativos. Con el tiempo, esta estrategia expandirá el Poder Judicial considerablemente. En contraste, nuestro análisis sugiere que este tipo de estrategia prudencial puede, de hecho, ser muy costosa para los Jueces. El grave problema con la prudencia es que se arriesga a construir creencias inexactas sobre las preferencias judiciales

—esencialmente enseñar a los futuros litigantes que la Corte es extremadamente partidista o poco dispuesta a defender los derechos. En un sentido más amplio, la prudencia sugiere la misma inferencia para las actuales minorías políticas, de tal forma que si y cuando lleguen al poder, tendrán muchas razones para reformar significativamente al Poder Judicial.

La solución a este problema lleva a los Jueces que actúan en contextos políticos que los restringen por un camino de probable conflicto. La sinceridad judicial comunicará las preferencias con bastante precisión, pero lo hará bajo el riesgo de una purga. Si esto es cierto, entonces las Cortes en su infancia institucional enfrentan un tipo de trampa política: ser extremadamente cuidadoso y correr el riesgo de ser declarado irrelevante o ser agresivo y correr el riesgo de una purga. La implicación de esta trampa es relativamente simple al final. Puede ser necesario que los Jueces derramen lágrimas en la construcción del Estado de derecho. Desafortunadamente, los fracasos sistemáticos del Estado de derecho son el probable resultado de este enfoque.

5. CONCLUSIÓN

Los académicos especialistas en política judicial han desarrollado una impresionante selección de argumentos teóricos para explicar porqué los gobiernos pueden crear Cortes con poder para arbitrar al Estado y porqué dichas Cortes ejercen su poder en la práctica. No hay duda de que sabemos mucho más sobre cómo trabaja el Poder Judicial de lo que sabíamos al principio de este proceso. Hay buenas razones para sospechar que los políticos dan poder a las Cortes para resolver problemas de credibilidad al hacer compromisos y para asegurarse respecto de futuras derrotas electorales. Hay considerable evidencia de que las políticas públicas fraccionadas proporcionan la fachada política necesaria para que los Jueces coaccionen las acciones estatales arbitrarias, y hay evidencia de que el apoyo público da poder a las Cortes, que los Jueces lo creen, y que se preocupan de influenciarlo. Este trabajo sugiere que la democratización puede tener una influencia poderosa

en la independencia judicial y en el Estado de derecho. Pero también parece que las Cortes pueden estar muy coaccionadas, incluso en una democracia. En efecto, la experiencia latinoamericana no sólo sugiere que las Cortes bajo democracias pueden ser coaccionadas, sino que también nos recuerda que las Cortes bajo democracia pueden ser abiertamente atacadas. A pesar de estos ataques, los litigantes presentan casos, y las Cortes a veces impugnan a funcionarios políticos poderosos y potencialmente peligrosos.

Como discutimos en la Parte II, los modelos teóricos existentes luchan para explicar este comportamiento, pero no porque estén inherentemente equivocados. Nada más lejos de esto. Nuestros modelos existentes tienen un número de cualidades admirables. Es solo que ningún modelo es capaz de juntar estos comportamientos y creemos que nuestro campo debería tener tal explicación, precisamente porque los temas de independencia judicial, Estado de derecho y judicialización de la política son fundamentales para nuestras preocupaciones —tanto en la región como alrededor del mundo. Hemos presentado un modelo de conflicto entre las distintas ramas del gobierno, que intenta colocar juntos a estos comportamientos. Hemos reunido rasgos de los modelos existentes, y les añadimos suposiciones sobre las preferencias institucionales, las decisiones de los litigantes y el factor tiempo. El modelo sugiere que los Jueces confrontan un intercambio central en casos difíciles, especialmente cuando la gente está mirando: una estrategia de deferencia puede evitar un conflicto político directo, pero corre el riesgo de crear creencias imprecisas sobre las preferencias judiciales, mientras que una estrategia de control constitucional agresivo puede comunicar creencias precisas sobre las preferencias, pero corre el riesgo de una purga. La forma en que los Jueces evalúan este dilema puede tener importantes implicaciones para los ataques entre ramas, para la construcción de las instituciones judiciales, y finalmente para las creencias sobre las Cortes. Nuestro modelo también sugiere implicaciones para el diseño institucional y para la investigación institucional. Al aumentar la duración en los cargos judiciales, realmente cualquier institución que aumente los horizontes temporales judiciales induce incentivos contradictorios para la deferencia judicial estratégica, lo que implica efectos en conflicto. Necesitamos considerar cuidadosamente

nuestras recomendaciones de diseño, y debemos considerar diseños de investigación alternativos, unos que tomen en serio cómo identificar el efecto causal de las instituciones.

Aunque creemos que el modelo aporta algunas visiones novedosas, ciertamente no creemos que esto represente un punto final en nuestra agenda de investigación colectiva. Evidentemente existen explicaciones alternativas para el número de casos en aumento (*e.g.* Epp, 1998, también *cfr.* Kapiszewski en este libro). Los cambios jurisdiccionales, cuando surgen de la Legislatura o la doctrina, deberían obviamente aumentar el acceso, como sucede con las reglas que gobiernan quienes son los actores legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Y los grupos pueden mover las agendas políticas simplemente por las plataformas políticas que proveen las Cortes superiores (*e.g.* McCann, 1994). No hemos intentado modelar esas características del mundo. Y seguramente hay lugar para ideas o ideologías institucionales (Hilbink, 2007; *cfr.* también Couso y Hilbink en este libro), otra fuente de comportamiento judicial que excluimos del análisis. Posteriores análisis también pueden considerar cómo la simple falta de conformidad puede ser explicada en tal modelo. En otras palabras, ¿para qué purgar una Corte cuando puedes simplemente ignorar una decisión? También el actual modelo no explica cómo los Jueces pueden construir sus instituciones a través de la lógica de la estrategia de replegarse, es decir, maximizando la obediencia. Aquí, dicha estrategia es muy problemática. Una extensión puede considerar las condiciones bajo las cuales replegarse puede ser preferible a arriesgarse, como un medio de fortalecimiento institucional. Finalmente, no modelamos el escenario del modelo institucional, y sin duda vale la pena investigar si podemos empatar una explicación lógicamente consistente de la reforma judicial con un modelo del conflicto entre ramas del gobierno. Serán bienvenidas tales adiciones al marco de trabajo que hemos construido, y un enfoque completamente nuevo será aún mejor recibido, uno que trastoque nuestros resultados. Pero creemos que sin importar los cambios que se adopten, es necesario que desarrollemos modelos que expliquen coherentemente la totalidad de comportamientos que constituyen el proceso legal.

REFERENCIAS

- Acemoglu, Daron, Simon Johnson, y James A. Robinson (2001) "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation", *American Economic Review*, 91.
- Baum, Lawrence. 2006. "Afterward: Studying Courts Formally", en *Institutional Games and the U.S. Supreme Court*, eds. James R. Rogers y Roy B. Flemming, Charlottesville: University of Virginia Press.
- _____. 1997. *The Puzzle of Judicial Behavior*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cameron, Charles. 2002. "Judicial Independence: How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?", en *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, eds. Burbank, Stephen B. y Barry Friedman, California: Sage.
- Carrubba, Clifford J., Matthew Gabel, Gretchen Helmke, Andrew D. Martin, y Jeffrey K. Staton. 2007. "Collaborative Research: A Cross-National Study of Judicial Institutionalization and Influence", NSF Grant IDs SES-0751670, SES 0751340, SES 0751796.
- Carrubba, Clifford J. 2009. "A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems", *Journal of Politics* 71(1): 1-15.
- _____. 2005. "Courts and Compliance in International Regulatory Regimes", *The Journal of Politics* 67(3).
- Cavallaro, James L. y Stephanie Erin Brewer. *The American Journal of International Law* 102.

Chávez, Rebecca, Ferejohn, John, y Weingast, Barry. 2003. "A Theory of the Politically Independent Judiciary". Trabajo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Ciencia Política, Filadelfia, PA, 27 de Agosto de 2003.

Chávez, Rebecca Bill. 2004. *Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford: Stanford University Press.

Couso, Javier A. 2009. "Legal Doctrine as Culture: The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America". Trabajo presentado en el Taller sobre Derecho, Política y Derechos Humanos, 20-21 de marzo, Universidad Emory, Atlanta, Georgia.

_____. 2004. "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition", en. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, eds. Siri Gloppen, Roberto Gargarella, y Elin Skaar, London: Frank Cass Publishers.

Dakolias, Maria. 1996. "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law* 36(1).

Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.

Epstein, Lee y Jack Knight. 2000. "Toward a Strategic Revolution Judicial Politics: a Look Back, a Look Ahead", *Political Research Quarterly* 53, número 3 (septiembre).

_____. 1998. *The Choices Justices Make*, Washington, DC: Congressional Quarterly Press.

- Ferejohn, John, Frances Rosenbluth, y Charles Shipan. 2007. "Comparative Judicial Politics", en *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Politics*, eds. Carlos Boix y Susan C. Stokes, Oxford University Press.
- Ferejohn, John, y Barry R. Weingast. 1992. "A positive theory of statutory interpretation", *International Review of Law and Economics* 12.
- Finkel, Jodi S. 2008. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame.
- FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia). 1988. *Diagnóstico de la Justicia Argentina*.
- Gauri, Varun y Daniel M. Brinks, eds. 2008. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York: Cambridge University Press.
- Gibson, James, Gregory Caldiera, y Vanessa Baird. 1998. "On the Legitimacy of National High Courts", *American Political Science Review* 92.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies*, New York: Cambridge University Press.
- Hagopian, Frances y Scott P. Mainwaring, eds. 2005. *Third Wave of Democratization in Latin America: Advanced and Setbacks*, New York: Cambridge University Press.
- Hammergren, Linn. 2007. *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University of Pennsylvania: Pennsylvania State Press.

Harvey, Anna y Barry Friedman. 2006. "Pulling Punches: Congressional Constraints on the Supreme Court's Constitutional Rulings, 1987-2000", *Legislative Studies Quarterly* 31.

Helmke, Gretchen y Frances Rosenbluth. 2009. "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review of Political Science* 12.

Helmke, Gretchen. 2009. "The Origins of Institutional Crises in Latin America". Manuscrito.

———. 2005. *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*, New York: Cambridge University Press.

———. 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy", *American Political Science Review* 96(2).

Hencken Ritter, Emily. 2009. Strategic Human Rights Violations and the Efficacy of Domestic Institutions". Ph.D. Dissertation, Emory University.

Henisz, Wittold. 2000. "The Institutional Environment for Economic Growth", *Economics and Politics*, vol. 12, no. 1, marzo.

Herron, Erik S. y Kirk A. Randazzo. 2003. "The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts", *Journal of Politics*. 65(2).

Hilbink. Lisa. 2007. "Judges Beyond Politics", en *Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge University Press.

- Hirschl, Ran. 2002. "Repositioning the Judicialization of Politics: Bush vs. Gore as a Global Trend", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 15.
- Kapiszewski, Diana y Matthew M. Talyor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America", *Perspectives in Politics* 6(4).
- Kenney, Charles D. 2004. *Fujimori's Coup and the Breakdown of Democracy in Latin America*, Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.
- Landes, William M. y Richard A. Posner. 1975. "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law and Economics* 18.
- La Porta, Rafael, Florencio López-de-Silanes, Cristian Pop-Eleches, y Adrei Sleifer. 2004. "Judicial Checks and Balances", *Journal of Political Economy*. 112(2).
- Larkins, Christopher M. 1998. "The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina", *Comparative Politics* 30.
- Latin American Weekly Report*. Varios años.
- Magaloni, Beatriz. 2008. "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts", en *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, ed. T. Ginsburg y T Moustafa, New York: Cambridge University Press.
- Marks, Brian A. 1989. "A Model of Judicial Influence on Congressional Policymaking: *Grove City versus College Bell*". PhD. Diss., Washington University in St. Louis.

- McCann, Michael W. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- McCubbins, Mathew D. y Thomas Schwartz. 1984. "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols *versus* Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 28(1):.
- Molinelli, Guillermo N., M. Valeria Palanza, y Gisela Sin. 1999. *Congreso, Presidencia, y justicia en Argentina*, Buenos Aires, CEDI.
- Moustafa, Tamir. 2007. *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt*, New York: Cambridge University Press.
- North, Douglass y Barry Weingast. 1989. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England", *The Journal of Economic History* 49(4).
- North, Douglass, Barry Weingast, y William Summerhill. 2001. "Order, Disorder, and Economic Change: Latin America vs. North America", en *Governing for Prosperity*, eds. Bruce Bueno de Mesquita y Hilton Root, New Haven: Yale University Press.
- Osborne, Martin y Ariel Rubenstein. 1994. *A Course in Game Theory*, Cambridge: MIT Press.
- Perez-Liñán, Aníbal. 2007. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, New York: Cambridge University Press.
- Powell, Emilia J. y Jeffrey K. Staton. 2009. "Domestic Judicial Institutions and Human Rights Treaty Violation", *International Studies Quarterly* 53.

- Ramseyer, J. Mark y Eric Rasmusen. 1997. "Judicial Independence in a Civil Law Regime: The Evidence from Japan", *Journal of Law, Economics, and Organization* 13/2.
- Ramseyer, J. Mark y Frances M. Rosenbluth. 1993. *Japan's political marketplace*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ramseyer, J. Mark. 1994. "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach", *The Journal of Legal Studies* 23(2).
- Rasmusen, Eric. 2001. *Games & Information, 3rd. Edition*. Malden, MA: Blackwell Publishing.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society* 49(1).
- _____. 2006. "Judicial Independence: Definition, Measurement, and its Effects on Corruption". Ph.D. Dissertation, New York University.
- Rogers, James R. 2001. "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction", *American Journal of Political Science* 45(1).
- Rosberg, James. 1995. "Roads to the Rule of Law: The Emergence of an Independent Judiciary in Contemporary Egypt". Ph.D. Dissertation, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, MA.
- Salzberger, Eli. 1993. "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?", *International Review of Law and Economics* 13.
- Scribner, Druscilla L. 2004. "Limiting Presidential Power: Supreme Court-Executive Relations in Argentina and Chile". PhD Diss., Department of Political Science, University of California, San Diego.

- Segal, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Simmons, Beth. 2009. *Mobilizing for Human Rights*, New York: Cambridge University Press.
- Spiller, Pablo T. y Rafael Gely. 1992. "A Rational Theory of Supreme Court Statutes with Applications to *State Farm* and *Grove City* Cases", *Journal of Law, Economics, and Organization* 6(2).
- Stasavage, David. 2007. "Cities, Constitutions, and Sovereign Borrowing in Europe, 1274-1785", *International Organization*, vol.61.
- Staton, Jeffrey K. 2010. *Going Public from the Bench: Strategic Communication and the Construction of Judicial Power*, New York: Cambridge University Press.
- _____. 2007. "Lobbying for Judicial Reform: The Role of the Mexican Supreme Court in Institutional Selection", en *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. eds. Wayne A. Cornelius and David A. Shirk, Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.
- _____. 2006. "Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results", *American Journal of Political Science* 50 (enero).
- Stephenson, Matthew C. 2004. "Court of Public Opinion: Government Accountability and Judicial Independence", *Journal of Law, Economics, and Organization* 20(2).
- Stotzky, Irwin P., ed. 1993. *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Colo.: Westview.

- Tate, Neal C. y T. Vallinder, eds. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press.
- Taylor, Matthew M. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford, CA: Stanford University Press.
- Vanberg, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Verner, Joel G. 1984. "The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature", *Journal of Latin American Studies* 16.
- Whittington, Keith. 1999. *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge: Harvard University Press.

Apéndice

El siguiente análisis proporciona los resultados descritos en el texto. En particular identifica las condiciones que deben seguirse para que el perfil estratégico enlistado arriba pueda ser un inferior a Equilibrio Bayesiano Perfecto (PBE), y defina las creencias correspondientes que son consistentes con el perfil. Si damos un horizonte finito al modelo, procedemos a través de una inducción hacia atrás, comenzando con la elección del gobierno respecto de la segunda política en el camino hacia el equilibrio. Asumimos que si se pide a los jugadores dirigirse hacia un conjunto de información que no debería ser alcanzado en el equilibrio, éstos no actualizarán más allá de sus creencias en camino, previas a la desviación. Claramente necesitamos establecer algunas restricciones en el comportamiento para romper lazos. Por ahora, asumimos que no hay vínculos que romper.²⁰

SEGUNDA POLÍTICA

En vista de las estrategias de equilibrio, si los jugadores observan que la Corte echa abajo la segunda política, el gobierno y los litigantes saben con

²⁰ Claramente es necesario un análisis futuro para demostrar que todas las condiciones pueden ser mantenidas simultáneamente. Esto será incluido en una presentación posterior.

seguridad que la Corte es de tipo expansivo. El valor esperado de aceptar la decisión es 0. El valor esperado de purgar la Corte es $q_2 (-\beta - \bar{\varepsilon}) + (\alpha - \alpha\theta - \bar{\varepsilon})$. Al resolver q_2 el resultado es el límite superior en q_2 en la condición 1. Para la Corte expansiva, el valor esperado de confirmar es $-b_L$. Esperando resistencia, el valor esperado de echar abajo la política es $-c - b_L + q_2 (c + b_L)$. Al resolver q_2 el resultado es uno de los dos posibles límites en q_2 en la condición 1. Finalmente, el litigante paga $-b_L$ si no va ante la Corte, y el valor esperado de ir a la Corte es $q_2 (-\varepsilon_l) + (1 - q_2) (-b_L - \varepsilon_l)$. Al resolver q_2 el resultado es el umbral final sobre q_2 en la condición 1. Si el litigante observa que la Corte mantiene la política, la probabilidad de que le asigne el caso está limitada a

$$\frac{\lambda}{1 - \eta}$$

y ya que la Corte no puede ser expansiva, la probabilidad de que sea partidista es

$$1 - \frac{\lambda}{1 - \eta}.$$

Pero, en vista de que la carga es b_L , el litigante sabe que los posibles tipos de Cortes que quedan confirmarán al gobierno. Por esta razón, no irá a la Corte. Si en cambio, el litigante observa la Corte purgada, sabe que la nueva es partidista, y de nuevo no se dirige a la Corte.

PRIMERA POLÍTICA

En vista de las estrategias de los jugadores, el gobierno sabrá con seguridad el tipo de Corte si lo confirma. Esto es porque conoce con seguridad una Corte partidista y al principio no estaba seguro sobre los tipos de Corte posible, sino solamente respecto del tipo limitado que confirmará. Ya que el gobierno sabe que estos dos tipos confirmarán la segunda política, no pierde sus recursos en intentar una purga. Si en cambio el gobierno observa que la Corte echa abajo su primera política, sabe con seguridad que es de tipo expansivo. Si acepta esa decisión, gana el valor para continuar del segundo asalto, que podemos denotar CV_2 . Si en cambio, intenta purgar la Corte, el gobierno espera que $q_1 (CV_2 - \bar{\varepsilon}_g - \beta) + (1 - q_1)(CV_2 + \alpha\theta - \bar{\varepsilon}_g)$. Al resolver q_1 el resultado

es uno de los dos límites superiores en q definido en la condición 2. En vista de las preferencias de una Corte partidista, obviamente rechaza la apelación. La Corte limitada obtendrá 0 si lo confirma, porque el segundo litigante no presentará un caso. Si en su lugar, echa abajo la política, espera que $q_1 v + (1 - q_1)(-c)$. Por tanto, para asegurar que la Corte limitada lo confirme, q_1 debe ser más pequeña que el umbral definido en la condición 2. Finalmente, si la Corte expansiva mantiene la política, pierde $-2b_L$ ya que dejará caer la carga en ambos periodos. Si en cambio la echa abajo, ganará el valor del segundo periodo de interacción, descontando la probabilidad de sobrevivir, más el valor de ser purgado o $q_1 (v + ((1 - q_2)(-c - b_L)) + (1 - q_1) (-c - b_L))$. Al resolver q_1 , el resultado es el límite inferior sobre q_1 en la condición 2.

Cuando el primer litigante se mueve, sus creencias son idénticas a las previas. Si no va a la Corte, paga $-b_L$. Si va a ella, podemos esperar $\eta (q_1 \varepsilon_l + (1 - q_1)(-\varepsilon_l - b_L)) + (1 - \eta)(-\varepsilon_l - b_L)$, y al resolver η resulta el límite inferior en la condición 3. Finalmente, al igual que el litigante, cuando el gobierno se mueve primero, sus creencias están definidas en el texto —son las creencias anteriores del gobierno. Si el gobierno falla en promulgar la política, gana 0. Si promulga, esperará lo siguiente: $(1 - \eta) (\alpha - \varepsilon_g) + (\eta - \eta q_1) (\alpha - \varepsilon_g - \bar{\varepsilon}_g) + (\eta q_1 - \eta q_1 q_2) (\alpha - \alpha \theta - \varepsilon_g - 2\bar{\varepsilon}_g - \beta) + \eta q_1 q_2 (-\varepsilon_g - 2(\bar{\varepsilon}_g + \beta))$ al resolver η el resultado es el umbral final en la condición 3.

COMPORTAMIENTO FUERA DEL CAMINO

La Corte limitada, la Corte partidista, o la nueva Corte que anula p2

Las creencias del gobierno no se actualizan más allá de donde estaban después de que la primera política fuera confirmada o anulada, pero esas creencias son irrelevantes, ya que es el último periodo del juego. El cálculo del gobierno es idéntico a lo que está en el camino hacia el equilibrio.

El primer litigante no va a la Corte

Si el primer litigante no va a la Corte, las creencias del segundo litigante están dadas por sus anteriores creencias. En vista de las estrategias de equilibrio,

el cálculo para el segundo litigante es precisamente el mismo cálculo que para el primer litigante, como se describe arriba.

El gobierno no intenta purgar después de que p1 es anulada

El segundo litigante está seguro de que la Corte es de tipo expansivo, y por tanto su cálculo no cambia.

El resto de grupos de información se localizan en equilibrio.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2010 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), Avenida San Lorenzo núm. 244, Colonia Paraje San Juan, Delegación Iztapalapa, C.P. 09830, México, D.F. Se utilizaron tipos Berling Lt Std de 8, 11, 12 y 13 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond crema de 90 grs.

