

Revista Latinoamericana de Política Comparada

Volumen Nº. 3 • enero 2010 • ISSN: 1390-4248

Revista Latinoamericana de Política Comparada

Volúmen 3, Enero 2010

ISSN: 1390 - 4248

La Revista Latinoamericana de Política Comparada es una publicación semestral del Centro Latinoamericano de Estudios Políticos – CELAEP. Las opiniones vertidas en sus páginas son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El CELAEP y la Revista como tal, así como las instituciones de la cual forman parte los respectivos autores, no asumen responsabilidad por los criterios vertidos en la misma.

Editor de la Revista

Sebastián Mantilla Baca, CELAEP (EC)

Asistente Editorial

María Paz Yepes

Consejo de Redacción

Javier Oliva-Posada, UNAM (MX)

Daniel Zovatto, IDEA (CR)

Simón Pachano, FLACSO (EC)

Andrés Mejía, IDS (UK)

Fernando Tuesta, PUCP (PE)

Flavia Freidenberg, Universidad de Salamanca (ES)

Consejo Editorial Internacional

Klaus Bodemer, CEISAL / Universidad
de Hamburgo (ALE)

John Carey, Dartmouth
University (USA)

Josep M. Colomer, CSIC, (ES)

Richard S. Conley, University of
Florida – Gainesville (USA)

Olivier Dabène, Sciences Po (FR)

David Held, London School of
Economics and Social Sciences (UK)

Scott Mainwaring, Notre Dame
University (USA)

Cynthia McClintock, George
Washington University (USA)

María Victoria Murillo, Columbia
University (USA)

Dieter Nohlen, Universidad de
Heidelberg (ALE)

Guillermo O'Donnell, Notre Dame
University (USA)

Aníbal Pérez-Liñán, Universidad de Pittsburgh (USA)

Adam Przeworski, New York University (USA)

David Recondo, CERI / Sciences Po (FR)

David Scott Palmer, Boston University (USA)

Arturo Valenzuela, Georgetown
University (USA)

Laurence Whitehead, Oxford University (UK)

Esta revista es una publicación del Centro
Latinoamericano Estudios Políticos, CELAEP



**Centro Latinoamericano
de Estudios Políticos**

Av. 12 de octubre N24-562 y Cordero

Edif. World Trade Center, Torre B,

Mezanine, 05-B

Telefax. (583-2) 256 6985

P.O. BOX 17-07-9651

Quito, ECUADOR

Web: www.celaep.org

e-mail: revista@celaep.org

Revista Latinoamericana de Política Comparada

ISSN: 1390 - 4248 • enero 2010 • Volumen N°. 3



Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina*

Julio Ríos Figueroa

53

Resumen

¿Qué explica el nivel de protección judicial de los derechos? En América Latina, por ejemplo, mientras la Corte Constitucional del Colombia o la Cuarta Sala de la Corte de Costa Rica han sido altamente activas en términos de la protección de derechos, la Corte Suprema de México o el Tribunal Constitucional de Chile no lo han sido. ¿Por qué, entonces, solo ciertas cortes constitucionales trabajan activamente en la garantía de derechos? En este trabajo se exploran posibles explicaciones del porqué algunas cortes constitucionales defienden más activamente los derechos establecidos en las constituciones que otras. Estas explicaciones se articulan en torno a tres dimensiones: socio-política, individual, e institucional. Además, se discute y explora la relación que puede darse entre estas tres variables, presenta datos nacionales y sugiere varias hipótesis para futuras investigaciones dentro de este campo de estudio.

Palabras clave: Justicia constitucional; derechos humanos; cortes constitucionales

Abstract

What explains the level of judicial protection of rights? In Latin America, for example, while the Colombian Constitutional Court or the Costa Rican Sala Cuarta have been highly active in the protection of rights, the Mexican Supreme Court or the Chilean Constitutional Tribunal have not. Why, then, only some constitutional courts decide to actively engage in upholding rights? This paper classifies different answers to this question based on three dimensions: socio-political, personal or ideological, and institutional. The paper discusses and explores relations among variables across the three dimensions, presents some cross-national data, and suggests some hypotheses for future research.

Keywords: Constitutional justice; Human rights; Constitutional court

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2009

* Parte importante de la realización de este trabajo fue posible gracias a la beca "Investigación en Ciencia Básica" del Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología (CONACYT) de México. Agradezco la importante ayuda y el profesional trabajo de Yolanda Lamothe y Judith Nieto en la construcción de la base de datos sobre instituciones judiciales en América Latina y en discusiones sobre los temas de este trabajo.

Es ya casi un lugar común decir que los jueces constitucionales en América Latina al igual que en otras regiones, han dejado de ser actores políticamente marginales para ocupar un espacio importante en el desarrollo social, político y económico de sus respectivos países. Por ejemplo, decisiones sobre si la reelección presidencial debe ser permitida, si el servicio civil debe ser reformado, o si los hospitales públicos deben proveer tratamiento para pacientes con VIH-SIDA solían ser tarea exclusiva de presidentes y legisladores en conjunto con líderes partidarios, burócratas y grupos de interés. Recientemente, sin embargo, en países tan diversos como Brasil, Colombia, Costa Rica, y México decisiones sobre estos asuntos han sido fuertemente influenciadas por los jueces constitucionales. La lista de los temas y países donde los jueces intervienen en áreas históricamente reservadas para las otras ramas del gobierno continúa creciendo, y la influencia de los jueces en la toma de decisiones políticas es quizá uno de los patrones más importantes desde la ola de transiciones a la democracia en América Latina en los ochentas.

Sin embargo, es muy interesante constatar la considerable variación existente en el desempeño de estos jueces en distintos países de la región. A pesar de que las constituciones latinoamericanas incluyen tanto una parte orgánica, donde se establecen las reglas del juego político y las atribuciones de las distintas ramas del gobierno, como una parte dogmática dedicada a establecer los derechos y garantías de los ciudadanos, los jueces constitucionales latinoamericanos han defendido de manera desigual ambas partes de sus respectivas constituciones. Por ejemplo, mientras que la Corte Constitucional colombiana o la Sala Cuarta en Costa Rica han sido muy activas en la protección de garantías individuales (e.g. Cepeda 2005; Uprimny 2004, 2006; Wilson 2004, 2006), la Suprema Corte de Justicia mexicana y el Tribunal Constitucional chileno lo han sido en una menor medida. Sin embargo, estas dos últimas instituciones han sido más activas en la regulación de la competencia política en sus respectivos países (e.g. Magaloni 2003; Ansolabehere 2007). ¿Qué explica esta variación? En particular, ¿por qué unas cortes son más activas en la regulación de las garantías individuales?

A grandes rasgos, es posible distinguir tres tipos de explicaciones para dar cuenta de este fenómeno: mientras que unos autores enfatizan el papel de la sociedad civil, otros subrayan el papel de las características individuales de los jueces constitucionales, y otros ponen más el acento en el marco institucional en el que se desarrolla la justicia constitucional. El objetivo de este breve ensayo es presentar algunos de los argumentos más relevantes dentro de cada una de estas perspectivas y ofrecer algunos datos comparativos regionales sobre estos argumentos. El lector no encontrará, por tanto, una respuesta específica a por qué algunos jueces latinoamericanos defienden más activamente los derechos humanos que otros. Sin embargo, la sistematización de diferentes explicaciones y los potencia-

los vínculos existentes entre ellas idealmente abrirá la puerta a futuras investigaciones tanto teóricas como empíricas sobre este fenómeno.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera, se presentan algunos de los argumentos presentes en la literatura para explicar la variación en el desempeño de los jueces constitucionales. En la segunda, se discuten algunas relaciones entre las distintas explicaciones y se presentan algunos enfoques complementarios para la construcción de una futura teoría de la protección judicial de los derechos humanos. A lo largo del trabajo se ofrecen datos sistemáticos sobre los jueces constitucionales latinoamericanos así como algunas hipótesis para futuros trabajos de investigación.

¿Qué explica la variación en la protección judicial de derechos humanos?

Argumentos basados en la sociedad civil y el contexto político

Este tipo de explicación enfatiza el lado de la demanda, es decir, la existencia de una red de personas, organizaciones, instituciones, clínicas de derecho público que estén continuamente litigando a favor de los derechos sociales. De acuerdo con Charles Epp (1998) mientras más fuerte sea la “estructura de apoyo” para el litigio pro-derechos humanos más activa será la defensa judicial de los mismos. La estructura de apoyo se refiere a la existencia de abogados que litiguen casos de defensa de derechos, organizaciones ciudadanas que favorezcan y financien estos litigios, y facilidades que ofrezca el gobierno en esta misma lucha (Epp 1998, 2-3). Las barras de abogados y las asociaciones de jueces pueden constituir elementos importantes de esta estructura de apoyo.

En América Latina, Catalina Smulovitz y Enrique Peruzzotti (2006, 10) han enfatizado el papel de estos actores sociales que forman parte de la “estructura de apoyo” para la aplicación de los derechos de debido proceso y la construcción del estado de derecho, al exponer casos de violación de estos derechos por parte del gobiernos y denunciarlos en las cortes de justicia, así como al monitorear las respuestas del gobierno. Estudios en países específicos, como Brasil, han argumentado que es precisamente la debilidad de la “estructura de apoyo” una de las causas de que el *Supremo Tribunal Federal* no haya sido más activo en la defensa de los derechos de los brasileños a pesar de que la Constitución de 1988 incluye uno de los más amplios catálogos de derechos individuales y sociales en comparación con otras constituciones de la región (Kapiszweski 2009, 27).¹

1 Algunos estudios establecen que a mayor constitucionalización de los derechos mayor será la probabilidad de que los jueces constitucionales defiendan esos derechos (por ejemplo, Rosenberg 1991; Epp 1998). Algunas de las explicaciones de por qué la Corte Constitucional Colombiana ha sido tan activa resaltan la

Desafortunadamente, no tenemos mediciones sistemáticas de la “estructura de apoyo” para los países de la región que nos permitan evaluar el peso relativo de este factor en el desempeño de los jueces constitucionales.² Sin embargo, existen estudios en países como Costa Rica que cuestionan que la estructura de apoyo sea una condición necesaria para que exista una “revolución de los derechos”. En Costa Rica, donde la estructura de apoyo es relativamente débil, el activismo judicial pro-derechos se explicaría por los cambios institucionales que tuvieron lugar en 1989 que abrieron y facilitaron el acceso a los ciudadanos a la justicia constitucional (Wilson y Rodríguez Cordero 2006; ver también Ríos Figueroa y Taylor 2007). El punto importante a señalar aquí es que el impacto de la estructura de apoyo en la protección judicial de los derechos humanos está relacionado con el impacto de otros factores que analizaremos más adelante, como los institucionales que regulan el acceso a la corte constitucional, o los personales que tienen que ver con la ideología de los jueces.

Existen también argumentos que señalan que determinadas características del contexto político pueden favorecer o limitar la llegada de casos a las cortes de justicia. Por ejemplo, la fragmentación política, que la podemos entender a grandes rasgos como gobierno unificado o dividido, juega un papel importante en este aspecto. La fragmentación produce dificultades de coordinación entre el ejecutivo y el legislativo y eso se ha vinculado con una mayor “judicialización” de la política ya que en esas circunstancias los actores sociales y políticos van a las cortes para buscar satisfacción a sus demandas porque los otros órganos no les responden (Ferejohn 1999).

La confianza que se tiene en las cortes y los jueces tiene también un impacto en la probabilidad de que los casos lleguen a las cortes: los potenciales litigantes no llevarán sus asuntos ante las instituciones de justicia si éstas carecen de legitimidad (ver Brinks y Gauri

expansión del catálogo de derechos en la Constitución de 1991 con respecto a la anterior de 1886 (Uprimny 2006). Sin embargo, no es un argumento de mucho peso para la región latinoamericana. En primer lugar, aunque hay variación entre países, en términos generales las constituciones latinoamericanas son bastante generosas en cuanto a inclusión de derechos se refiere. Además, de nuevo en términos generales, los países latinoamericanos han firmado prácticamente todos los tratados internacionales a favor de la protección de los derechos humanos y en la mayoría de los países estos tratados tienen un estatus superior al de las leyes nacionales (en algunos, como en Guatemala o Colombia, superior incluso a la propia constitución, ver Brewer-Carías 2009, 27-29). Por estas razones, los jueces constitucionales latinoamericanos tienen bastantes fundamentos legales para defender las garantías individuales.

2 Existen evaluaciones más o menos informales sobre su relativa fortaleza en algunos países como la Argentina y su relativa debilidad en otros como Paraguay (Peruzzotti y Smulovitz 2006). En otros trabajos existen datos sobre el número de abogados en cada país que, podríamos argumentar, estaría relacionado con la “estructura de apoyo” (Pérez-Perdomo 2006, 86-114). A pesar de que el número de abogados ha crecido consistentemente desde 1940, datos provistos por Pérez-Perdomo revelan importantes disparidades entre, por ejemplo, Argentina que contaba con 345 abogados por cada 100 mil habitantes (en 2001) y Ecuador que contaba con 85 (en 1991). Para darnos una idea, en los Estados Unidos el número equivalente en 2001 era de 379, de acuerdo con la *American Bar Association*.

2009). En América Latina, la baja estima que tiene la ciudadanía por las cortes es un dato que llama la atención. Según las encuestas del Latinobarómetro el porcentaje de personas que reportan tener “muchísima” o “algo” de confianza en el poder judicial entre 1995 y 2007 en los dieciocho países más grandes de la región, tiene un máximo de solamente 38% en 1997 y un mínimo de 20% en 2003. Sin embargo, es importante mencionar que hay una interesante variación cuando vemos estos datos por países en lugar de mirar el promedio regional: mientras que en países como Ecuador o Perú solamente una de cada cinco personas tiene algo de confianza en el poder judicial, en Brasil, Costa Rica, República Dominicana y Uruguay entre 40% y 50% de los ciudadanos tienen una imagen positiva de éste (ver Helmke y Ríos Figueroa 2009).³

Argumentos basados en características personales de los jueces

Este tipo de explicaciones enfatiza, en contraste con las anteriores, el lado de la oferta: es decir, son los jueces especialmente activos y motivados los que mueven una corte hacia la defensa de derechos o hacia un rol más tradicional de árbitro neutral de conflictos. Por tanto, el perfil ideológico de los jueces que componen el órgano constitucional es la variable crucial en estos estudios: mientras más progresistas y menos tradicionales sean los jueces constitucionales, más se inclinará una corte a la defensa activa de los derechos humanos. El caso paradigmático de este tipo de explicaciones es el llamado “modelo ideológico” propuesto por Jeffrey Segal y Harold Spaeth (2002) para explicar las decisiones de los jueces de la Corte Suprema Estadunidense. De acuerdo con este enfoque el activismo judicial a favor de los derechos civiles de la llamada “Corte Warren” en los Estados Unidos se explica, precisamente, por la llegada a la Corte de individuos progresistas y liberales liderados por Earl Warren.

En América Latina la ideología de los jueces, incluyendo los constitucionales, tiende en general más hacia el tradicionalismo y el rigorismo legalista propios de la visión del juez en los sistemas de “ley civil” (Merryman 1985). De acuerdo con Pérez-Perdomo (2006,

3 El tema de la opinión pública como condición de efectividad también genera reflexiones interesantes (ver Staton en prensa). Gerald Rosenberg (1991, 31) afirma que cuando las élites políticas y la opinión pública favorecen un cambio importante en políticas públicas, los jueces pueden acompañar este cambio con sus decisiones. Pero ¿qué pasa cuando las élites y la opinión pública van en sentidos opuestos? Esto no es una rareza en América Latina. Por ejemplo, como dice Uprimny (2004) con respecto a Colombia: la Corte Constitucional toma decisiones populares que implican altos costos, pero al mismo tiempo impide subir impuestos o bajar salarios. En esta circunstancia, es probable que la opinión popular esté a favor de la Corte, pero la opinión de las élites políticas esté contra ella, y quizá el resultado de esta oposición de intereses dependerá de la correlación de fuerzas entre la popularidad de la corte y la capacidad de acción de los políticos.



123-126) en América Latina hasta hace poco, y todavía en algunos países, el trabajo de juez no implicaba un gran prestigio profesional: el estudio tradicional del derecho basado en la memorización de la ley, la poca experiencia en el conocimiento de otros sistemas judiciales, y la disciplina corporativa monitoreada por la jerarquía judicial contribuyeron, entre otros factores, al bajo perfil profesional del juez. Sin embargo, cambios globales en la cultura judicial, como el llamado “nuevo constitucionalismo” y el “garantismo”, han llegado ya a nuestro continente e influido en la construcción de una idea más amplia y menos rigorista del papel del juez constitucional en una democracia (ver Couso en prensa). De hecho, estudios recientes en países como Colombia (Nunes 2007) y Ecuador (Basabe 2009) resaltan el papel de la ideología de los jueces constitucionales para explicar el patrón de sus decisiones.⁴ En Argentina, los recientes nombramientos de juristas ampliamente respetados a la Corte Suprema han traído notables cambios en el tipo de decisiones y la calidad de las sentencias (Ruibal 2009).

Sin embargo, como explica Basabe (2009, 3-4), el rol que la ideología del juez tiene en la explicación de su desempeño depende de otros factores, que podríamos llamar sociales —para ligarlos con el apartado anterior— como el grado de inestabilidad social y política del país donde ejerce su función (ver también Helmke 2005). Otros estudios enfatizan también el papel de las instituciones que pueden influir para que lleguen jueces más progresistas o más tradicionales a las cortes. Por ejemplo, es probable que en aquellos países donde existe un Tribunal Constitucional separado de la Suprema Corte de Justicia sea más fácil que haya entradas “laterales” a la Corte (por ejemplo, profesores de derecho o litigantes sin experiencia judicial previa) que tienden a incluir mayor diversidad y liberalidad que los nombramientos “verticales” o de individuos que provienen de la carrera judicial (Ferrerres Comella 2004).

En América Latina siete países tienen actualmente un Tribunal Constitucional separado del poder judicial (el año de creación está entre paréntesis): Bolivia (1995), Brasil (1988), Chile (1970-73, 1980), Colombia (1991), Ecuador (1945),⁵ Guatemala (1965), y Perú (1979). Venezuela estableció un Tribunal Constitucional en 1953, pero desde la constitución de 1961 la Suprema Corte se convirtió en el órgano encargado de control constitucional. En el resto de los países de la región la Suprema Corte de Justicia es al mismo

4 Parece haber, pero hace falta una demostración sistemática, una interesante correspondencia entre la ideología del juez y su trayectoria profesional anterior. El juez constitucional tiende a tener una visión más tradicional si viene de la carrera judicial que si viene de fuera del poder judicial y ejerció su profesión de abogado en despachos privados, la defensoría pública, u oficinas de gobierno. Finalmente, incluso tiende a ser todavía menos tradicional el juez que llega a la corte desde la academia (cfr. Guarnieri and Pederzoli 1999, 65).

5 Ecuador estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales la constitución de 1945, que desapareció en 1946 cuando un Consejo de Estado adquirió la función de control constitucional. En la constitución de 1967 el Tribunal de Garantías Constitucionales fue re-establecido.

tiempo el órgano constitucional, como en México, o una de sus salas cumple esta función, como en Costa Rica. Futuros trabajos empíricos podrán determinar si existe una tendencia a nombrar tipos distintos de jueces cuando los Tribunales Constitucionales se encuentran fuera del poder judicial. El punto a resaltar, nuevamente, es que la ideología del juez constitucional es un factor que puede contribuir, junto con otros como los sociales y los institucionales, a producir jueces más proactivos en la defensa de los derechos humanos.⁶

Argumentos basados en las instituciones

Una parte de este tipo de explicaciones enfatiza lo que se consideran condiciones necesarias para que los jueces realicen su trabajo sin que éstas impliquen una mayor o menor protección judicial de las garantías individuales. Este es el caso de los argumentos sobre la independencia de los jueces constitucionales con respecto a los poderes ejecutivo y legislativo. Es decir, el que existan instituciones que incrementan la independencia de los jueces (como determinados procesos de nombramiento, una adecuada duración en el cargo, la protección de sus salarios, o el control sobre el presupuesto judicial)⁷ no es un indicador per se del tipo de decisiones que tomarán; pero es claro que jueces que dependen del poder político actuarán como agentes de aquellos que los controlan (Rosenberg 1991; Epp 1998). En América Latina, la independencia judicial, al menos en términos institucionales, ha aumentado considerablemente como producto de la serie de reformas judiciales que se implementaron a partir de fines de los años 70 y principios de los 80 (Hammergren 2007).

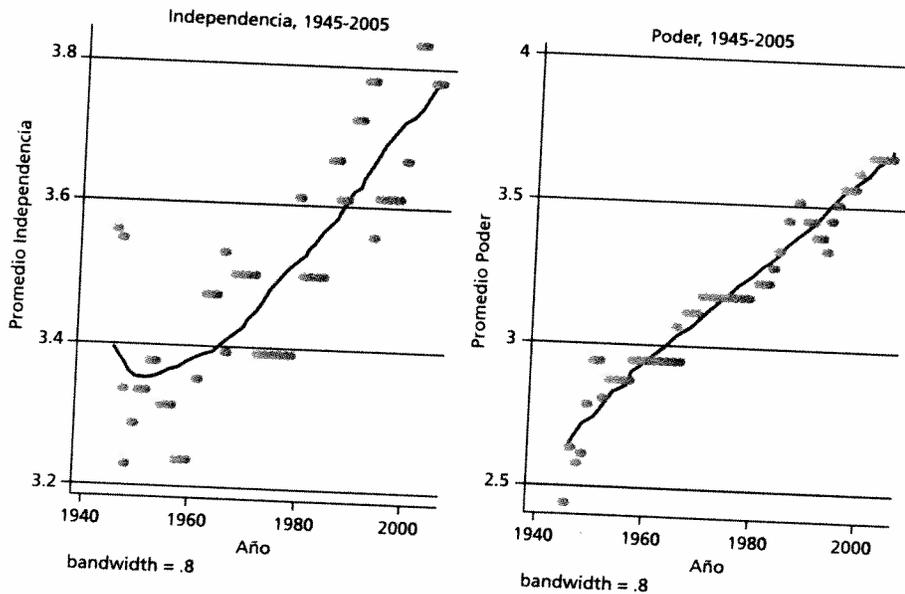
Otro de los argumentos institucionales que facilitan a los jueces hacer su trabajo pero sin implicar una clara dirección en cuanto a desempeño tiene que ver con el poder de los jueces constitucionales para participar en el proceso legislativo y de creación de políticas públicas. En efecto, mientras más instrumentos de control constitucional tengan los jueces (por ejemplo, instrumentos de control abstracto, instrumentos de control concreto, instrumentos de control a priori; ver Navia y Ríos Figueroa 2005) más son las formas en que los asuntos pueden llegar a la corte y en que ésta puede modificarlos. En América Latina, este “poder legislativo” de los jueces constitucionales también ha ido en aumento.

6 Por supuesto, la ideología de un juez no es necesariamente una constante sino que esta puede cambiar. El caso paradigmático es el del juez estadounidense Harry Blackmun quien llegó a la Corte Suprema como conservador y salió como liberal. Sin embargo, este tipo de cambios ideológicos sustanciales es poco frecuente, al menos en los Estados Unidos que es el país sobre el que hay más datos sistemáticos (cfr. Segal y Spaeth 2002).

7 Para una discusión sobre la conceptualización y medición de la independencia judicial ver Ríos Figueroa y Staton (2008).

La Gráfica 1 muestra el promedio del valor de un índice de independencia y otro de poder de los jueces constitucionales en dieciocho países de América Latina de 1945 a 2005: la tendencia al aumento en ambos casos es indudable (ver Gráfica 1).⁸

Gráfica 1: Independencia y poder de jueces constitucionales en América Latina



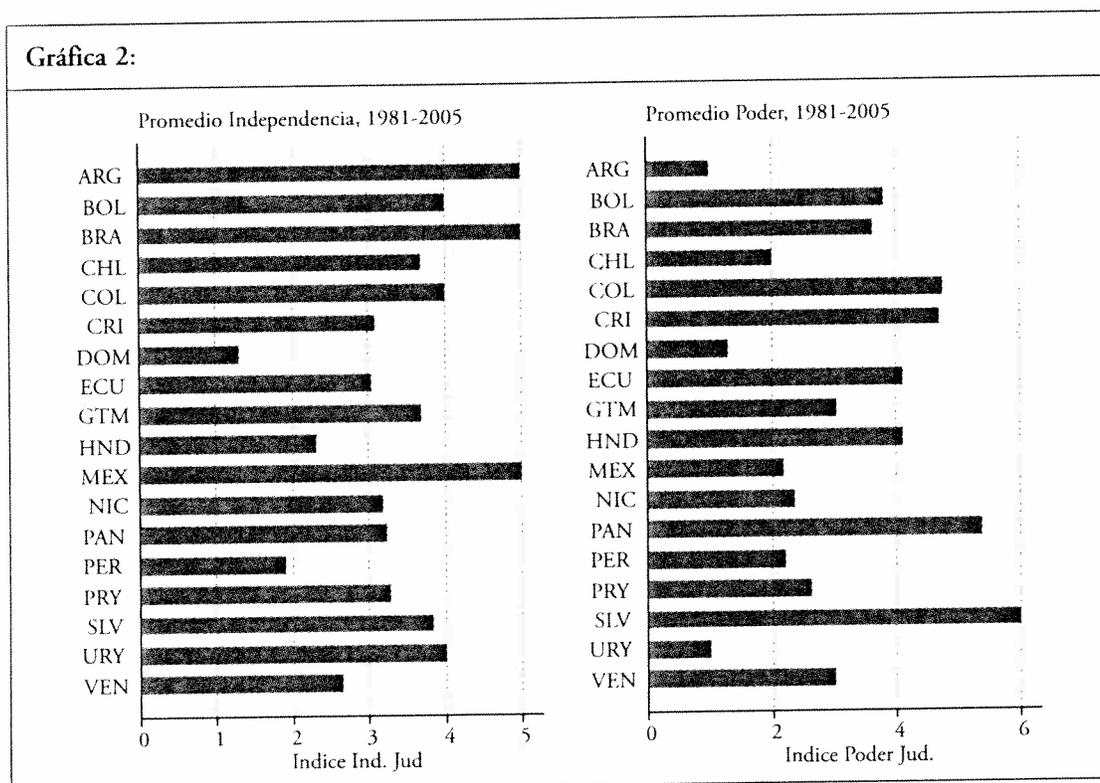
Por supuesto, hay variaciones entre países. La Gráfica 2 muestra el promedio en cada país de los índices de independencia y poder desde el año de 1981 hasta 2005 (la ola de reformas judiciales en la región comenzó a fines de los años 70 y a principios de los 80). Es muy interesante ver que hay países, como Argentina o México, cuyos jueces constitucionales tienen un grado mayor en el índice de independencia que en el de poder; países, como El Salvador o Panamá, cuyos jueces tienen un grado mayor en el índice de poder que en el de independencia; y países cuyos jueces tienen grados similares en ambos índices, ya sea un grado relativamente bajo como en República Dominicana o uno relativamente alto como en Colombia o Ecuador (ver Gráfica 2). A pesar de las diferencias, es posible decir que en

8 La información viene de la Base de Datos de Instituciones Judiciales en América Latina compilada por el autor. El índice de independencia (que va de cero a seis) está basado en las instituciones que se piensan aumentan esta independencia como el proceso de nombramiento y remoción de jueces, su duración en el cargo, y si el número de jueces está en la constitución. El índice de poder (que va de cero a ocho) es una suma de los instrumentos de control constitucional que poseen los jueces, más los efectos y el nivel de acceso a estos instrumentos. Para más detalles ver Ríos Figueroa 2009.

Tamb
 to esp
 trum
 argur
 la col
 contr
 la cie
 yan e
 juez l
 puede
 los de
 trume
 siones
 deline

términos generales los jueces constitucionales latinoamericanos ahora trabajan bajo un marco institucional que les otorga amplias facultades para decidir los casos que se les presentan con base en la ley y su conciencia.

Gráfica 2:



También existen argumentos basados en instituciones que sí implican un comportamiento específico de los jueces. Este es el caso de argumentos institucionales relativos a los instrumentos de control constitucional con que cuentan los jueces. En este sentido, se ha argumentado que instrumentos de control “concreto”, como el amparo mexicano o la tutela colombiana, son mejores para la defensa de derechos individuales que instrumentos de control “abstracto”, como la acción de inconstitucionalidad mexicana. Generalmente, en la ciencia política se considera que el instrumento más poderoso para que los jueces influyan en política es el control de constitucionalidad abstracto y centralizado: es cuando el juez legisla aunque sea negativamente, como lo dijo Kelsen (2001). Sin embargo, esta puede ser una herramienta muy burda para que los jueces vayan labrando el contenido de los derechos expresados en la constitución. Por esta razón, varios autores sostienen que instrumentos legales para atender casos concretos y donde cualquier juez puede tomar decisiones al respecto (en la jerga, control constitucional concreto y difuso) son mejores para delinear los contornos de los derechos pues les permite a los jueces ir construyendo gra-

dualmente el sentido y los límites de los derechos constitucionales (Rosenberg 1991; Epp 1998; Magaloni 2007; Ríos Figueroa 2009).

Los jueces constitucionales latinoamericanos poseen un portafolio bastante diversificado en cuanto a instrumentos de control constitucional, aunque existe una interesante variación con respecto a qué tan accesibles son esos instrumentos para el ciudadano común y a cuáles son los efectos de las sentencias judiciales con cada tipo de instrumento. En algunos países únicamente autoridades públicas (por ejemplo, los órganos gubernamentales, una minoría de legisladores, o el Fiscal General de la Nación) pueden utilizar algunos instrumentos. De igual modo, los efectos de las sentencias varían con el tipo de instrumento: en algunos países, por ejemplo, el amparo tiene efectos particulares (es decir, solamente para los litigantes en el caso específico) mientras que en otros tiene efectos generales (es decir, para todas las personas que se encuentren en el supuesto defendido por el amparo). Por lo tanto, no solo el tipo de instrumentos disponibles para el control constitucional tiene un impacto en la probabilidad de que los jueces sean más activos defensores de derechos, sino también qué tan accesibles son estos instrumentos al ciudadano común y qué efectos tienen las sentencias judiciales que se emiten con éstos instrumentos (ver Ríos Figueroa 2009).⁹

Las instituciones, por supuesto, no funcionan en el vacío. Hay algunas condiciones sociales y políticas en donde es más probable que surtan el efecto deseado. Por ejemplo, varios estudios han documentado que en condiciones de fragmentación política o gobierno dividido es más probable que las instituciones que promueven la independencia judicial tengan más impacto (Bill Chávez 2004; Iaryczower, Spiller y Tomassi 2002; Ríos Figueroa 2007)¹⁰. Además, como se mencionó anteriormente, las variables institucionales pueden interactuar con los factores sociales como la “estructura de apoyo” y con las características personales de los jueces, para promover mayor actividad en la defensa de las garantías individuales. Vale la pena aquí enfatizar la interacción entre la estructura de apoyo y el grado de acceso a la justicia constitucional establecido institucionalmente:

- 9 Es importante distinguir entre las causas y las consecuencias de las instituciones judiciales. ¿Qué determina que un país tenga, por ejemplo, una Corte Constitucional independiente del poder judicial y la Suprema Corte de Justicia mientras que otro país posea solamente una Corte Suprema? ¿Qué determina que se cree un Consejo de la Judicatura, o que los jueces tengan más o menos instrumentos para el control constitucional? Estas son preguntas interesantes que están fuera de los límites de este trabajo (a los interesados se les recomienda ver Finkel 2008; Magaloni 2003; Ginsburg 2003; Pozas-Loyo y Ríos-Figueroa en prensa). En este trabajo la discusión sobre los efectos de las instituciones en el comportamiento de los jueces parte de que los países tienen ya un determinado diseño de instituciones de justicia. Sin embargo, es importante reconocer que aunque esta separación entre causas y consecuencias de instituciones puede ser útil por motivos analíticos es posible que los efectos de las instituciones estén ligados a sus causas (lo que se llama, en ciencia política, endogeneidad) y que esto debe ser tomado en cuenta en futuros análisis.
- 10 Andrea Castagnola y Anibal Pérez-Liñán (2009) han mostrado que los jueces de las supremas cortes latinoamericanas sufren un relativamente alto grado de inestabilidad en sus cargos a pesar de que muchos de ellos gozan, en la ley, de cargos vitalicios.

¿quién puede llevar casos al órgano constitucional, qué tan fácil es hacerlo, cuánto cuesta? En algunos países, como Costa Rica, el acceso al órgano constitucional es abierto a todos y los requisitos legales para interponer recursos ante la Sala Cuarta son mínimos, por lo que la "estructura de apoyo" resulta menos relevante (Wilson y Sánchez Cordero 2006). Mientras que en otros países, como México, el acceso a algunos instrumentos es restringido a los actores políticos y los instrumentos abiertos a todos, como el amparo, son muy caros para el ciudadano común. En este caso, la debilidad de la "estructura de apoyo" es más importante para explicar la relativa timidez de la Suprema Corte Mexicana en la defensa de derechos humanos.¹¹

Hacia una teoría de la protección judicial de los derechos humanos

63

¿Qué determina que los jueces constitucionales sean más activos en la defensa y promoción de los derechos fundamentales? Varun Gauri y Daniel Brinks proponen que para responder esta pregunta hay que enfocarse en las etapas que existen en el proceso de litigio judicial por la defensa de derechos humanos, principalmente derechos sociales y económicos (Gauri y Brinks 2008; ver también Helmke y Staton 2009). Gauri y Brinks distinguen cuatro etapas en el proceso de litigio judicial por derechos económicos y sociales (1) la llegada del caso a las cortes, (2) la decisión de los jueces sobre el caso, (3) la respuesta de los actores directamente involucrados en el caso (la burocracia o los actores privados, por ejemplo), y (4) el seguimiento al caso posterior a la respuesta de estos actores (2008, 4).

Gauri y Brinks mencionan que distintos factores influyen en cada etapa,¹² pero quizá el punto más importante de su trabajo es dejar claro que las cuatro etapas están interrelacionadas: lo que pasa en una afecta a la otra y viceversa. Por ejemplo, el que un juez decida tomar una decisión favorable a la protección de los derechos sociales (segunda etapa) depende de la calidad de la demanda presentada y del número de litigantes, actuales o potenciales) afectados por esa decisión (primera etapa). Pero nótese que el que los litigantes acudan a la corte para luchar por sus derechos en primer lugar (primera etapa) también depende de la creencia que tengan sobre la probabilidad de ganar el caso que está directamente relacionada con la historia de decisiones pro-derechos sociales que la corte haya

11. Otro factor a tomar en cuenta, relativo al acceso a la justicia y a la estructura de apoyo, es si se reconoce el derecho a que asociaciones representen las causas de individuos. Las llamadas "acciones de interés colectivo" son un instrumento institucional que puede funcionar muy bien con una fuerte estructura de apoyo (ver Guemien y Poderjoh 1999, 90; Brewer-Carias 2009, 193-2002).

12. Por ejemplo, utilizando las distinciones propuestas en este trabajo, en la primera etapa factores sociales como la "estructura social de apoyo" al litigio pueden ser muy importantes, mientras que en la segunda etapa las características personales de los jueces pueden adquirir mayor relevancia.

tomado hasta ese momento (segunda etapa)¹³. Para complejizar aún más el panorama, hay que tomar en cuenta que la decisión de una corte a favor de derechos sociales en un caso concreto (segunda etapa) también depende del cálculo que haga la corte sobre la respuesta de los actores directamente afectados por su decisión, es decir, por la probabilidad de que la sentencia se aplique efectivamente (tercera etapa). Y, por supuesto, la respuesta de los actores políticos a una sentencia favorable a derechos sociales (tercera etapa) también depende de la legitimidad social con que cuente la corte que emite la sentencia, que está directamente relacionada con la historia de decisiones pro-derechos que la corte haya tomado hasta ese momento (segunda etapa) (cfr. Gauri y Brinks 2008, 14-28).

En este trabajo se ha propuesto un enfoque un poco distinto, pero ciertamente complementario, para responder a la pregunta planteada al inicio de esta sección. La aproximación de este trabajo ha sido distinguir distintos tipos de factores (e.g. socio-políticos, personales e institucionales) para comenzar a teorizar sobre sus interacciones y los efectos de éstas en el desempeño de los jueces (como se mencionó en varios ejemplos) para posteriormente proceder al análisis empírico de estas hipótesis. Desde esta perspectiva el objetivo es establecer bajo qué condiciones unos factores son más relevantes que otros para explicar el desempeño de los jueces. Por ejemplo, como mencionamos en el apartado anterior, el factor social de la existencia de una fuerte "estructura de apoyo" para el litigio a favor de derechos puede jugar un papel menos importante si existe una reforma institucional que abra y facilite el acceso de todos los ciudadanos al órgano constitucional, y un papel mucho más determinante si el acceso es limitado o cerrado. Sin embargo, existen en las cortes constitucionales jueces que estén dispuestos a empujar la agenda pro-derechos.

En el ejemplo anterior un cambio institucional sirve para sobrepasar un obstáculo social. Existen otros casos donde un obstáculo institucional puede ser sobrepasado por un factor individual. Por ejemplo, aunque tanto Colombia como México tienen instrumentos de control constitucional concreto con efectos particulares (la tutela y el amparo, respectivamente), solamente en el primer país los jueces constitucionales han dado la vuelta a esta limitación institucional de manera jurisprudencial. Es decir, en algunas de sus sentencias en casos de tutela los jueces constitucionales colombianos han expandido los efectos de sus decisiones a todos los individuos que se encuentren en situaciones similares a quien presentó la tutela; esto ha sido posible mediante la argumentación judicial de lo que los jueces colombianos han llamado un "estado inconstitucional de cosas" y la "teoría de la conexión necesaria" (ver Cepeda 2005).¹⁴

13 Sobre este punto ver también Kapiszweski 2009.

14 Karina Ansolabehere (2009) analiza otras dimensiones que diferencian a los jueces constitucionales mexicanos y colombianos, como el nivel de acceso a la justicia, y explora sus efectos en el caso de sentencias sobre la posibilidad de interrupción del embarazo.



C
 tos ti
 unos
 denc.
 juece
 tiemp
 los bo
 que l
 ha ge.
 estud
 enten
 ción c

Refer

Ansola
 cra
 Ansola
 Co
 Basabe
 tex
 ma
 Bill Cl
 tin
 Brewe
 A
 Casta
 La
 vo
 Ceped
 an
 Li
 Cousc
 La
 Tr
 Ar

Claramente, los anteriores son solamente dos ejemplos de interacción entre los distintos tipos de factores. El reto es construir una teoría que nos explique bajo qué condiciones unos factores adquieren mayor relevancia que otros y, por supuesto, cotejarla con la evidencia empírica. Y esto sin olvidar, como dicen Gauri y Brinks, que las decisiones de los jueces afectan las decisiones de los litigantes (actuales y potenciales) y viceversa, y al mismo tiempo que las decisiones de los jueces se ven influenciadas por el cálculo sobre lo que harán los beneficiados/afectados por sus decisiones. El reto es grande, pero la buena noticia es que la investigación sobre las cortes y los jueces en América Latina que ya es sustantiva y ha generado interesantes preguntas (ver Kapizweski y Taylor 2008) ya está añadiendo a los estudios que buscan explicar las decisiones contra el gobierno, otros en los que se trata de entender decisiones más sustantivas y cruciales para nuestras democracias, como la protección de derechos humanos.

Referencias

- Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: FLACSO-Fontamara.
- Ansolabehere, Karina. 2009. "More power, more rights? Mexico and Colombia: A Comparative Analysis of the Judicial Treatment of Abortion", manuscrito sin publicar.
- Basabe, Santiago. 2009. "Jueces sin toga: explicando el comportamiento judicial en contextos de inestabilidad institucional: el caso del Tribunal Constitucional del Ecuador", manuscrito presentado en el congreso de la *Latin American Studies Association*.
- Bill Chávez, Rebecca. 2004. *Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press.
- Brewer-Carías, Allan R. 2009. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*. New York: Cambridge University Press.
- Castagnola, Andrea y Aníbal Pérez-Liñán. 2009. "Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long Term View (1904-2006)". *Journal of Politics in Latin America*, vol. 1, no. 2, 87-114.
- Cepeda Espinosa, Manuel J. 2005. "The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New." *The Judicialization of Politics in Latin America*, Editors Rachel Sieder, Line Schjolden, and Alan Angell. Palgrave.
- Couso, Javier. En prensa. "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America". In Rachel Sieder, Alexandra Huneus, and Javier Couso (eds.), *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Cambridge University Press.

- Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press. Capítulos 1, 2, y 11 (pp. 1-25, y 197-205)
- 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.
- Gauri, Varun y Daniel Brinks. 2008. "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights". En Gauri y Brinks (eds.), *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*. New York: Cambridge University Press.
- Guarnieri, Carlo, and Patrizia Pederzoli. 1999. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, España: Taurus. Capítulos 1 y 2, pp. 31-125.
- Hammergren, Linn A. 2007. *Envisioning Reform. Improving Judicial Performance in Latin America*. University Park, PA: Penn State University Press.
- Helmke, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa. 2009. "Introduction: Courts in Latin America", preparado para el volumen *Courts in Latin America*, en prensa.
- Helmke, Gretchen y Jeffrey K. Staton. 2009. "The Puzzle of Judicial Decisions in Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions and Interbranch Conflict", trabajo presentado en la conferencia *Jueces y Política en América Latina*, CIDE, México, 2009.
- Iaryczower, Matías et al. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998." *American Journal of Political Science* 46(4):699-716.
- Kapiszweski, Diana. 2009. "Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition", trabajo presentado en la conferencia *Jueces y Política en América Latina*, CIDE, México, 2009.
- Kapiszewski, Diana, y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America". *Perspectives on Politics*, 6 (4):741-767.
- Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Mexico: UNAM.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2007. "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?". Documento de Trabajo # 25, División de Estudios Jurídicos, CIDE.



Mag
r
A
C
Meri
S
Navi
o
Nun
C
e
Pérez
A
Peru:
It
qj
U
Pozas
C
Rios-
Ju
n
Rios-
o:
It
Ríos-
2
Ríos
b:
2
Rosei
C
cl
Ruib:
S
Segal
R

- Magaloni, Beatriz. 2003. "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico." Pp. 266-306 in *Democratic Accountability in Latin America*, Editors Scott Mainwaring and Christopher Welna. Oxford: Oxford University 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.
- Navia, Patricio and Julio Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America." *Comparative Political Studies*, vol. 38, no. 2, pp. 189-217.
- Nunes, Rodrigo. 2007. "Redistributive Justice in a Neoliberal Context: The Colombian Constitutional Court and the Promotion of Social Rights", manuscrito presentado en el congreso de la *American Political Science Association*.
- Pérez-Perdomo, Rogelio. 2006. *Latin American Lawyers. A Historical Introduction*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.
- Peruzzotti, Enrique, and Catalina Smulovitz. 2006. "Social Accountability. An Introduction". In Peruzzotti, Enrique, and Catalina Smulovitz (eds.) *Enforcing the Rule of Law. Social Accountability in the New Latin American Democracies*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Pozas-Loyo, Andrea y Julio Ríos-Figueroa. En prensa. "Enacting Constitutionalism. The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America", *Comparative Politics*.
- Ríos-Figueroa, Julio and Matthew M. Taylor. 2006. "Institutional Determinants of the Judicialization of Policy in Brazil and Mexico." *Journal of Latin American Studies* 38, no. 4 (November 2006): 739-66.
- Ríos-Figueroa, Julio, and Jeffrey K. Staton. 2008. "Unpacking the Rule of Law: A Review of Measures of Judicial Independence". Working Paper # 21, Concepts and Methods, International Political Science Association.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. "The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *Latin American Politics & Society*, vol. 49, no. 1.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2009. "Institutions for Constitutional Justice in Latin America", trabajo presentado en la conferencia *Jueces y Política en América Latina*, CIDE, México, 2009.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press. Introducción y Capítulo 1 (pp. 1-36) y Conclusión (pp. 336-343).
- Ruibal, Alba. 2009. "Self-Restraint in Search of Legitimacy: The Reform of the Argentine Supreme Court". *Latin American Politics and Society*. Vol. 51, no. 3, pp. 59-86
- Segal, Jeffrey A. and Harold J. Spaeth. 2002. *The Supreme Court. The Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press.



- Staton, Jeffrey K. En prensa. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York: Cambridge University Press.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. 2006. "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates". In Roberto Gargarella, Pilar Domingo, and Theunis Roux (eds). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, London, GB: Ashgate.
- Uprimny, Rodrigo. 2004. "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia." *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Editors Siri Gloppen, Robert Gargarella, and Elin Skaar. London: Frank Cass Publishers.
- Wilson, Bruce M. 2005. "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court." *The Judicialization of Politics in Latin America*, Editors Rachel Sieder, Line Schjolden, and Alan Angell. Palgrave.
- Wilson, Bruce W. and 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.

