

**Karina Ansolabehere**

## **Una reflexión en torno de la caracterización de las cortes constitucionales**

¿Cómo puede definirse el poder de una corte suprema/corte constitucional en una democracia? Éste es el interrogante en el que se enmarca la presente reflexión. El propósito de este trabajo es el desarrollo de una propuesta analítica para caracterizar a las supremas cortes de justicia/tribunales constitucionales, a partir de sus facultades de control del poder político (poder) y de sus contrapesos (límites a su poder). En consonancia con la literatura que propone analizar a las cortes como parte de un régimen político, se parte de la base de que los máximos tribunales, además de tener mayores o menores facultades para control del poder político, pueden tener mayores o menores contrapesos. En un régimen democrático, estos contrapesos provienen del poder político, del propio poder judicial, y de la ciudadanía. Las cortes constitucionales no sólo tienen facultades de control del poder político, estas facultades se ejercerán en un determinado entramado de relaciones con cada una de las instancias mencionadas.

La información empírica parece sugerir que uno de los procesos de cambio institucional más dinámicos en los últimos años estuvo vinculado con la extensión de facultades de control jurisdiccional de constitucionalidad a través de las cortes supremas o mediante la creación de tribunales constitucionales específicos. Según Donald Horowitz (“Constitutional courts: A primer for decision makers”, *Journal of democracy*, Vol. 17), en 2005 aproximadamente el 75 por ciento de los estados del mundo contemplaban alguna forma de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Dentro de esta ola de aumento de la capacidad del poder judicial para controlar al poder político sobresale como opción la creación de Tribunales Constitucionales separados de las Cortes Supremas de Justicia: en 1978 el 26 por ciento de las constituciones contemplaba la figura del Tribunal Constitucional, en tanto esta proporción asciende al 44 por ciento en 2005.

América Latina no es la excepción en este punto. Durante la década de los noventa –como señalan Silvia y María Inclán (“Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del estado”, *Perfiles Latinoamericanos*, n.º. 26)– se observa una tendencia que favorece el incremento de las facultades de control de constitucionalidad, a través de tres mecanismos: a) la extensión de las facultades de las Cortes Supremas (México); b) la creación de tribunales constitucionales (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, etc., c) la creación de salas constitucionales (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay). Sin embargo, tal como muestran Navia y Ríos Figueroa (“The constitutional adjudication mosaic in Latin America”, *Comparative Political Studies* 38), las características y los alcances del control de constitucionalidad no son homogéneas. En este contexto que combina pluralidad política, con control jurisdiccional de constitucionalidad, los máximos tribunales se convierten en actores políticos potencialmente relevantes en tanto pueden dejar sin efecto decisiones de los poderes electos democráticamente. Este auge del control jurisdiccional de constitucionalidad, implícita o explícitamente, da cuenta de la influencia de la teoría de la democracia constitucional en el diseño institucional.

Indudablemente, las cortes adquieren mayor importancia, por eso el interés en caracterizarlas. Dado que es éste el objetivo del presente trabajo, el principal pro-

blema a resolver es la definición de los parámetros a partir de los cuales se va a realizar. De este punto se va a ocupar el apartado siguiente.

### Parámetros de caracterización

Antes de avanzar en la propuesta de caracterización, es importante señalar que éste no es el primer intento. Como uno de los principales antecedentes en el análisis de los máximos tribunales en la región merece destacarse el clásico trabajo de Joel Verner (“The independence of Supreme Courts in Latin America: a review of the literature”, *Journal of Latin American Studies*, Vol. 16, 1984), en el que se realiza un esbozo de caracterización cuyo centro es el alcance de las decisiones de las cortes en materia de control de constitucionalidad. Las categorías propuestas en este estudio son: *independientes activistas*, cuando las decisiones de las cortes vetan políticas públicas propuestas por el poder político; *activistas atenuadas*, cuando tienen las características anteriores pero hay situaciones de contexto que lo impiden temporalmente (como un golpe de estado); *reactivas estables*, cuando las cortes no tienen interés en vetar políticas públicas propuestas por el poder político y se restringen a ponerle límites; *reactivas complacientes*, cuando fluctúan entre períodos en que sólo limitan al poder político (no vetan políticas públicas) y otros en los que son complacientes con el mismo; *minimalistas*, cuando sus resoluciones tienen una función legitimadora de las decisiones políticas; *personalistas*, cuando están subordinadas a un dictador y su función es brindar una fachada de legalidad al sistema.

El parámetro a partir del cuál se construye la previa caracterización es el resultado del ejercicio de las facultades de con-

trol de constitucionalidad. Más cercanas en el tiempo, merecen destacarse los intentos de caracterización de:

a) Los tipos de control de constitucionalidad, a partir de varios criterios, distinciones que nos permiten comprender y comparar las formas de control de constitucionalidad vigentes en un período determinado en diferentes países. Por ejemplo:

- Quién lo ejerce (concentrado/difuso): concentrado: la suprema corte o el tribunal constitucional tienen jurisdicción exclusiva sobre el control de constitucionalidad; difuso: cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma.
- El alcance de la decisión (general/para el caso particular): general: si el tribunal considera que la norma jurídica recurrida es inconstitucional ella queda sin efecto; particular: si el tribunal declara una norma jurídica inconstitucional pero sólo tiene efectos para quien presentó la demanda.
- Tratamiento de la norma (abstracto/concreto): abstracto: cuando un organismo público cuestiona la constitucionalidad de una ley más allá de todo caso concreto; concreto: cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley o similar, a partir del análisis de un caso concreto.
- Momento (a priori/a posteriori): a priori: cuando el control de constitucionalidad se realiza antes que el ordenamiento sea aprobado; a posteriori: cuando el control de constitucionalidad se realiza después que el ordenamiento sea aprobado.

b) La caracterización de las cortes a partir de su estructura, parámetros que nos permiten dar cuenta de las características

institucionales consideradas relevantes para entender a una corte. Por ejemplo:

- Tipo de tenencia de los miembros
- Forma de selección
- Alcance del control de constitucionalidad
- Grado de dificultad para dejar sin efecto las decisiones de la corte
- Requisitos de acceso

Cada una de estas opciones de caracterización destaca ciertos rasgos del control jurisdiccional de constitucionalidad y de las cortes: su relación con el poder político, las características del control de constitucionalidad, la estructura de las cortes. Cada una toma a la corte, o al control de constitucionalidad, aislados (excepto en el último rasgo de la estructura de la corte, es decir, la facilidad para dejar sin efecto una decisión de ésta).

La caracterización que aquí se propone toma algunos de los elementos propuestos por las otras, al tiempo que incorpora otros y los analiza conjuntamente. Busca entender a las cortes en relación con las tres instancias relevantes en su accionar cotidiano: el poder político (dada su función de control), el poder judicial (porque está inserta en un determinado contexto profesional y puede vincularse de diferentes maneras con él) y la ciudadanía (porque, por una parte, a medida que aumenta la relevancia y accesibilidad de las cortes aumentan las expectativas sobre el accionar de éstas y, por otra, porque ese mayor protagonismo aumenta su visibilidad).

Esta propuesta se sustenta en dos supuestos. En consonancia con lo que Epstein y Knight han dado en llamar “la revolución estratégica en la política judicial” (“Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead”, *Political Research Quarterly*, Vol. 53, 2000), se sostiene:

a) Que los jueces son actores políticos, es decir, que en sus decisiones toman en cuenta estratégicamente tanto los impactos de éstas sobre el contexto como sus preferencias valorativas, y que tienen pretensiones políticas.

b) Que los marcos institucionales modelan las relaciones (políticas) y distribuyen poder entre los actores, y en este sentido los máximos tribunales no son la excepción.

¿Qué aporta esta caracterización? En primer lugar, está enfocada en un nivel *meso*, en el marco que regula las interacciones de las cortes con otros actores. En segundo término, toma en cuenta elementos internos y externos al propio poder judicial. En una línea parcialmente similar a la desarrollada en otros trabajos de la autora, para el desarrollo empírico de la perspectiva se propone tomar en cuenta las reglas que estructuran la relación entre las cortes y el poder político, las cortes y las instancias inferiores del poder judicial y, finalmente, las cortes y la ciudadanía. Sin perder de vista que captar las relaciones entre todos estos términos es un proceso complejo, el análisis se centra en un rasgo particular de la relación: la capacidad de control mutuo entre las cortes supremas y el poder político, las cortes supremas y el poder judicial y el grado de fluidez de la relación entre la Corte Suprema y la sociedad. En este último caso se decidió delimitar la relación a partir del nivel de visibilidad y accesibilidad de la corte para la ciudadanía, y no tomar en cuenta la capacidad de control mutuo, porque va de suyo la capacidad de control de la corte sobre la sociedad. En la medida en que sus decisiones son mandatos para las partes involucradas, esta dimensión de la relación se considera una constante.

¿Por qué la capacidad de control mutuo y la fluidez de la relación con la sociedad?

Porque desde el enfoque propuesto, es a partir de la configuración de estas relaciones como podemos considerar las características del poder de las cortes. Los cambios en los contrapesos suponen cambios en la estructura de oportunidades de la corte y, en consonancia, en las maneras en que se concibe la relación gobierno/sociedad. Los criterios establecidos por la corte no derivan sólo de la aplicación mecánica del derecho, sino que son, más bien, una construcción posibilitada por las oportunidades abiertas o cerradas por la matriz de relaciones en que las cortes están insertas. La capacidad de control de cada una de las partes de la relación sobre la otra se considera como fuerte o débil, con lo que pueden obtenerse cuatro combinaciones posibles para cada tipo de relación. Se supone que una corte poderosa con contrapesos internos y externos débiles, desarrollará criterios menos condicionados por el contexto, que aquéllas con más contrapesos.

A continuación se exponen cada una de las dimensiones de análisis relevantes para cada relación.

### 1. Relación cortes/poder político

La relación de la Corte Suprema con el poder político se reconstruye a partir de dos dimensiones de análisis: a) la capacidad de veto de la corte de las decisiones del poder político (capacidad de control de la corte sobre el poder político) y b) la capacidad de influencia del poder político en las reglas que regulan el funcionamiento del poder judicial (capacidad de control del poder político sobre la corte y el poder judicial). La primera se relaciona con el componente estratégico de la decisión, la posibilidad de veto por parte de las cortes de las decisiones del poder político. La segunda toma en cuenta a las condiciones que garantizarían que los jueces pudieran

decidir con menores presiones por parte del poder político. Se asume que existe una posibilidad de *control fuerte* de la corte hacia el poder político si: ejerce un control de constitucionalidad concentrado y de alcance general y *débil* si ejerce un control de constitucionalidad difuso y correspondiente al caso particular. Por su parte, se asume que existe una posibilidad de control *fuerte* del poder político hacia la corte, cuando las reglas de funcionamiento del poder judicial son flexibles, no están constitucionalizadas, y no existe autonomía presupuestaria. En tanto, se propone que existe posibilidad de control débil cuando se observa la situación contraria. De acuerdo con la combinación de cada una de estas opciones podríamos obtener la caracterización siguiente de la relación entre Cortes Supremas y poder político:

- Capacidad de control del PP fuerte/capacidad de control de la Corte fuerte: *Heteronomía*
- Capacidad de control del PP fuerte/capacidad de control de la Corte débil: *Autonomía política*
- Capacidad de control del PP débil/capacidad de control de la Corte fuerte: *Autonomía judicial*
- Capacidad de control del PP débil/capacidad de control de la Corte débil: *Autonomía*

### 2. Relación cortes/poder judicial

En este caso, son dos las dimensiones de análisis que se tomarán en cuenta: a) la capacidad de influencia de la Corte Suprema respecto de las decisiones de los jueces y magistrados (posibilidad de control de la corte sobre las instancias inferiores del poder judicial), y b) la capacidad de las instancias inferiores del poder judicial de oficiar como instancia que constriñe el

accionar de la corte (posibilidad de las instancias inferiores del poder judicial de officio como contrapeso interno de la corte). Se considera que las diferentes posibilidades de vínculo entre estas dos dimensiones permiten trazar una matriz de relación entre corte suprema e instancias inferiores del poder judicial y se supone que la relación de la corte con las instancias inferiores del poder judicial incide en las concepciones sobre la política. Con este objetivo, se busca rastrear la evolución de esta relación, asumiendo que si bien siempre la corte presenta una posición de autoridad respecto de los jueces magistrados y funcionarios, este vínculo puede articularse de diferentes maneras. Aquí la apelación a la metáfora de la autoridad como *primus inter pares*, o como soberano absoluto, puede ser ilustrativa de las inercias del lugar de cada uno de los términos de esta relación. Existe una capacidad de control *fuerte* de la corte al poder judicial cuando existen normas de uso de obligatoriedad de la jurisprudencia y ésta tiene un rol fundamental en la designación de los jueces y magistrados de los tribunales inferiores. Entretanto, se considera que ésta tiene capacidad de control *débil* cuando no existen normas sobre obligatoriedad de la jurisprudencia y la corte no participa en el proceso de designación de jueces y magistrados. Por su parte, las instancias inferiores del poder judicial pueden operar como *contrapeso fáctico* sobre la corte cuando son fuertes y representativas. Por el contrario, se considera que aquellas instancias no constituyen un *contrapeso débil* cuando no son fuertes ni representativas.

La distinción que se propone en este caso es entre una corte que se acerca a la metáfora del soberano absoluto cuando tiene una posibilidad de *control fuerte* sobre el poder judicial (interviene en la carrera judicial y su jurisprudencia es obligatoria para todas las instancias inferior-

res), mientras que tiene una posibilidad de *control débil* cuando no interviene de manera relevante en la carrera judicial y no existen normas que establezcan la obligatoriedad de la jurisprudencia. Desde el otro término de la relación, se considera que el poder judicial tiene la *posibilidad de operar como contrapeso fáctico* respecto de la corte si cuenta con organizaciones fuertes de jueces y magistrados, en tanto que el poder judicial tendrá menos posibilidades de operar como contrapeso si estas organizaciones son débiles. De acuerdo con la combinación de cada una de estas opciones podríamos obtener la caracterización siguiente de la relación entre Cortes Supremas y poder judicial:

- Capacidad de control de la CS fuerte/capacidad de control del poder judicial fuerte: *Heteronomía*
- Capacidad de control de la CS fuerte/capacidad de control del poder judicial débil: *Soberano absoluto*
- Capacidad de control de la CS débil/capacidad de control del poder judicial fuerte: *Primus inter pares*
- Capacidad de control de la CS débil/capacidad de control del PJ débil: *Autonomía*

### 3. Relación con la ciudadanía

La relación con la ciudadanía se considera fluida cuando la corte es visible y accesible para un ciudadano común. La visibilidad está dada porque el proceso de toma de decisiones de la corte es público, y la accesibilidad, cuando el acceso a la jurisdicción de la corte es posible y fácil para un ciudadano común. En tanto la relación se considera no fluida cuando la situación es la contraria. De acuerdo con la combinación de cada una de estas

opciones podríamos obtener la caracterización siguiente de la relación entre Cortes Supremas y ciudadanía:

- Corte visible de fácil acceso: *fluida*
- Corte visible de difícil acceso: *informativa*
- Corte no visible de fácil acceso: *jurisdiccional*
- Corte no visible de difícil acceso: *no fluida*

Finalmente, las diversas combinaciones de las características de cada uno de los términos de la relación propuestos anteriormente pueden utilizarse para trazar un perfil de las cortes en términos de su poder relativo.

Corte poderosa con contrapesos fuertes: cuando las relaciones entre Corte Suprema y poder político, y Corte Suprema y poder judicial son heterónomas, y la relación con la ciudadanía es fluida.

Corte poderosa con contrapesos débiles: cuando la relación entre Corte Suprema y poder político es de autonomía judicial, la de la Corte Suprema y poder judicial es de soberanía absoluta y la relación con la ciudadanía es informativa.

Corte débil con contrapesos fuertes: cuando la relación entre Corte Suprema y poder político es de autonomía política, la de la Corte Suprema y poder judicial es de *primus inter pares*, y la relación con la ciudadanía es jurisdiccional.

Corte débil con contrapesos débiles: cuando las relaciones entre Corte Suprema y poder político, y Corte Suprema y poder judicial son de autonomía, y la relación con la ciudadanía es no fluida.

### Consideraciones finales

La importancia adquirida en la vida política por las cortes constitucionales o

sus equivalentes en los últimos tiempos es el contexto en que se hace relevante un intento de caracterización de las cortes complejo, multidimensional, pero sobre todo sustentado en los contrapesos que éstas tienen. ¿Por qué la preocupación por los contrapesos? Fundamentalmente, porque desde los supuestos de partida, caracterizar a las cortes a partir de los contrapesos internos y externos nos va a permitir tener un panorama más amplio del marco institucional dentro del que actúan. El análisis de tres casos importantes como los de Argentina, México y Colombia (Ansolabehere, “Más poder ¿más derechos? Control de constitucionalidad y ciudadanía”, México, mimeo 2008) muestra que el análisis de los contrapesos no es inocuo en la medida en que la existencia de tales contrapesos parece estar vinculada con cierto tipo de decisiones más prudentes frente al poder político, que cuando éstos no existen.

*Karina Ansolabehere es profesora e investigadora en FLACSO, México. La reflexión que se presenta en estas páginas es un avance de algunas ideas resultantes del proyecto de investigación “Tribunales constitucionales, derechos y democracia”, cuyo propósito fundamental es analizar en qué condiciones el mayor poder de las cortes supremas/tribunales constitucionales en América Latina redundaría en mayor garantía de derechos para los ciudadanos. Correo electrónico: kansola@flacso.edu.mx.*

**Sebastián Linares**

### La administración de las políticas de justicia en América Latina: nuevos horizontes de reforma

Los países de América Latina, desde principios de la década de 1990, han