

DEMOCRACIA Y DEFENSA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA¹

Aníbal Pérez Liñán²

Universidad de Pittsburgh

Resumen

América Latina ha desarrollado una rica tradición de litigio constitucional que combina tanto instituciones extranjeras adaptadas a las circunstancias locales como instituciones nacionales diseminadas en la región. No obstante, esta tradición no ha ido a la par de un compromiso con el constitucionalismo. Sobre la base de un reciente estudio histórico en diecisiete países entre 1900 y 2010, el presente artículo demuestra que no basta el establecimiento de instrumentos legales o de salas judiciales especializadas para el desarrollo del constitucionalismo. Los gobiernos, de manera frecuente, han utilizado las reformas legales como excusa para tomar el control de la judicatura, impidiendo, de este modo, la consolidación de la independencia judicial.

Palabras clave: Estado de Derecho, calidad de la democracia, Corte Suprema, Tribunal Constitucional.

¹ Traducción del documento al español por Kristel Castillo Cucalón, egresada de Ciencia Política y Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² El autor es profesor asociado del Programa de Ciencia Política en la Universidad de Pittsburgh, Estados Unidos. Doctorado por el Departamento de Gobierno y Estudios Internacionales en la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Licenciado en Ciencia Política en la Universidad del Salvador, Argentina.

La información recabada para efectos de este documento fue auspiciada por la Fundación Nacional de Ciencia (SES 0918886). El autor queda en deuda con los participantes del Seminario Internacional "*Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutionalism in the Americas and Beyond*" (Litigio Constitucional: Garantías Procedimentales al Constitucionalismo en las Américas) (Duquesne University, 5-6 de noviembre de 2010) por sus valiosas reflexiones; con los profesores Robert Barker y Susan Hascall por su apoyo; y con Andrea Castagnola, Oswald Lara Borges e Ignacio Arana por su participación en este proyecto.

¿Por qué los gobernantes están sujetos a la ley en unas sociedades más que en otras? La respuesta a esta pregunta es crucial para comprender muchos problemas relacionados con la calidad de la democracia. Sin embargo, esta pregunta es decisiva para el estudio de las instituciones políticas. Las teorías neoinstitucionalistas de la política recurrentemente han repetido que las “instituciones importan” y han generado una amplia literatura con el propósito de determinar cómo y cuándo las reglas determinan los resultados políticos. Pero este supuesto necesita ser verificado. Si los actores políticos son capaces de evadir la ley en algunas sociedades más que en otras, instituciones similares podrían tener un efecto heterogéneo e inconsistente a través de la historia.

La cuestión es primordial en América Latina, una región con una rica tradición legal pero también con un débil Estado de Derecho. Durante el siglo pasado, la región de América Latina fue testigo de la expansión de los derechos constitucionales, anunciada con la introducción del constitucionalismo social en la Carta de México de 1917. En paralelo a esta tendencia, la región también experimentó la gran expansión de los mecanismos de jurisdicción constitucional. El control constitucional, que se volvió cada vez más institucionalizado con instrumentos innovadores, tanto a nivel del control concentrado como del control difuso, fue adoptado en país tras país. Paradójicamente, el proceso histórico no fue a la par con un compromiso con el constitucionalismo, entendido como un acuerdo entre actores sociales para aceptar la supremacía de la Constitución. Esta brecha entre instituciones formales y práctica política informal sigue siendo uno de los más grandes rompecabezas para los estudiantes de Derecho Constitucional en la región.

¿Cómo poder explicar esta brecha? El documento de trabajo sustenta tres argumentos. Primero, el control de las más altas instancias judiciales es un activo esencial para los políticos en América Latina y los de cualquier otro lugar del mundo.

Segundo, América Latina ha desarrollado una rica tradición de litigio constitucional en el transcurso de más de un siglo. Esta tradición involucró la adopción de modelos extranjeros que eran adaptados a las condiciones locales, así como el desarrollo de instituciones nacionales que se diseminaron dentro (y fuera) de la región. Tercero, el establecimiento de instrumentos legales y salas especializadas no ha resultado ser suficiente como garantía del desarrollo del constitucionalismo, porque los gobiernos, en la mayoría de los países, muchas veces tomaron el control de la judicatura, impidiendo así la consolidación de la independencia judicial. Uno de los mecanismos usados más frecuentemente para reestructurar los juzgados irónicamente fueron las reformas constitucionales.

Los estudios neoinstitucionalistas en política latinoamericana estuvieron de moda en la década del noventa, pero eran asumidos comprensiblemente con algún escepticismo por académicos entrenados en una tradición más sociológica. ¿Cómo podían los matices institucionales explicar entonces los resultados políticos importantes en países donde los gobernantes suelen obviar el procedimiento legal e ignorar los límites institucionales? Una de las principales conclusiones de este documento radica en que la protección de la estabilidad institucional puede ser el principal desafío para América Latina en el siglo XXI. El aspecto fundamental, en consecuencia, no es simplemente *cómo* las instituciones forjan resultados en políticas públicas, sino también *cuándo* lo hacen.

Gobernando por encima de la ley

Entre todos los políticos, aquellos que están a cargo del gobierno tienen la mayor tentación (y la mayor capacidad) de violar, deformar o reescribir la ley. Sus responsabilidades diarias, tanto con el partido como con la nación que lideran, inevitablemente presuponen elecciones difíciles. Además, la implementación de

legislación obliga a los funcionarios a tomar contacto permanentemente con la interpretación de las normas. Por naturaleza humana, los líderes son más proclives a hacer interpretaciones que sean más consistentes con sus metas, intereses y perspectivas. Al mismo tiempo, controlan una amplia cantidad de recursos políticos –poder– que crea oportunidades lucrativas y les permiten garantizar la fidelidad de aliados sumisos cuando necesitan estrechar o transgredir las reglas.

Este conjunto de condiciones coloca a los líderes gubernamentales, particularmente a los presidentes de regímenes presidencialistas, en una situación única. La célebre frase de Richard Nixon “cuando el presidente lo hace significa que no es ilegal” ilustra el problema mejor que cualquier otra cosa.³ Los gobernantes se ven tentados a creer que están por encima de la ley. Pueden lograr importantes metas gracias a esta creencia, pero pueden también llegar a pagar altos costos por defenderla. Los líderes gubernamentales corren el riesgo permanente de sobrepasar las vallas legales de su cargo, incluso de manera inadvertida, y muchas veces sus opositores no están en las mejores condiciones de frenarlos en el intento.

La idea de que los actores políticos puedan tener suficiente poder para colocarse a sí mismos por encima de la ley es profundamente perturbadora. El sentido común sugiere que los gobernantes sólo alcanzaban tal poder absoluto en las sociedades antiguas –a pesar de que el emperador bizantino, por ejemplo, estaba sujeto al Código Justiniano, el mismo podía ser modificado por su sola voluntad–, pero no pueden proceder sin límites en el moderno *Rechtsstaat*. Sin embargo, los gobernantes democráticos contemporáneos pueden escapar a los límites impuestos por ley en tres formas. Primero, los gobernantes pueden simplemente desestimar las reglas, violando tanto la letra como el espíritu de la ley. Segundo,

pueden interpretar la ley en formas que sean consistentes con sus metas, extendiendo la interpretación de las normas de forma tal que vulnere su espíritu aunque no su texto mismo. Esto supone un problema complejo porque cada texto legal requiere una interpretación, y los gobernantes son a la vez legisladores y ejecutores de normas legales. Tercero, como lo sugiere el último punto, los actores políticos pueden también cambiar la ley cuando no les parece adecuada y reemplazarla como mejor les acomoda.

Las tres estrategias también presentan importantes riesgos. Vulnere la ley puede distanciarlos de los electores, a menos que la ley sea percibida como ilegítima o sea justificable un estado de excepción, y los jueces celosos en el desempeño de sus funciones pueden sancionar a los gobernantes por violar la ley. La segunda estrategia puede fácilmente tener un efecto retroactivo si una interpretación conveniente de la ley es desestimada por los juzgados. Modificar la ley puede, dependiendo de la magnitud del cambio, requerir múltiples aliados políticos a lo largo de la escalera institucional de poder. Por ejemplo, el presidente puede alterar una disposición a través de un decreto, pero los opositores pueden reclamar que la nueva norma viola las leyes sobre el tema en cuestión; los aliados del presidente en el Legislativo pueden enmendar la ley, pero los opositores pueden considerar que la nueva viola los principios constitucionales; el presidente puede luego desestimar el reclamo – volviendo a la estrategia dos, una interpretación conveniente de la Constitución– o buscar enmendar la Constitución en sí misma. En cada etapa, el nivel de consenso necesario para lograr una reforma legal y convertir la excepción en ley se hace mayor. Además, la probabilidad de que las nuevas normas impuestas por el ejecutivo continúen en vigor es menor.

³ Entrevista a Richard Frost el 19 de mayo de 1977.

Al amparo de este contexto, las cortes constitucionales se tornan un área primordial de controversia. Las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales, cuando existen como cuerpos separados, tienen el poder de (des)legitimar las acciones de gobierno al determinar si las leyes, reglamentos y resoluciones supremas son consistentes con la Constitución, el estándar jurídico último en las democracias contemporáneas. En consecuencia, la designación de magistrados en aquellas cortes con jurisdicción constitucional se vuelve una decisión política estratégica. Si los miembros de las instancias superiores son leales en lo personal al presidente, estarán dispuestos a justificar una vulneración flagrante a la ley. Si son próximos al gobierno en el plano ideológico, estarán más dispuestos a tolerar interpretaciones de la ley consistentes con sus ideas (pero no una vulneración flagrante de las normas). Si los magistrados, por contraste, se oponen a la administración en el ámbito ideológico, podrían rechazar interpretaciones no convencionales de la ley (pero aceptar aquellas que son convencionales). Si se oponen al presidente en términos personales, pueden declarar algunas decisiones inconstitucionales, aun cuando no tengan argumento jurídico alguno para hacerlo. La autoridad de las cortes constitucionales y la selección de sus miembros se tornan, entonces, en un componente crucial para comprender la calidad de la democracia en América Latina.

Modelos Legales de control constitucional en América Latina

¿Cómo se practica el control constitucional en América Latina? La región tiene el sistema más rico de jurisdicción constitucional en el mundo. Los modelos de control constitucional difuso, en los que todas las instancias inferiores

tienen competencia para declarar las leyes inconstitucionales, y los modelos de control constitucional concentrado, en los que sólo un tribunal constitucional tiene tal competencia, coexisten en la misma región y frecuentemente se combinan en el mismo país. El sistema jurídico de América Latina, estructurado en el marco de la tradición romano-germánica, contempla los principios del caso *Marbury vs. Madison*, el proceso de amparo (creado y desarrollado en la región), la noción de Hans Kelsen sobre Tribunales Constitucionales especializados, y un concepto más pragmático de control constitucional concentrado ejercido en el seno de la Corte Suprema.⁴

Durante el siglo XIX, los países latinoamericanos importaron principios de control constitucional difuso de la tradición jurídica norteamericana. Actualmente, sin embargo, Argentina sigue siendo el único modelo puro de este modelo en la región. La Constitución Argentina de 1853 facultó a la Corte Suprema y a las instancias inferiores a ejercerlo en todos los casos que involucren materia constitucional (art. 100). La primera Corte Suprema inició funciones en 1863 y empezó a ejercer su rol revisor un año después.⁵ Sin embargo, la Corte ejerció esta competencia de manera restringida. Así, le tomó más de dos décadas declarar inconstitucional una norma federal.⁶

A inicios del siglo XX, algunos académicos del ámbito jurídico se quejaban de que, en comparación con sus colegas de Estados Unidos, los vocales argentinos procedían muy cautelosamente. Clodomiro Zavalía observó en 1920 que:

El derecho público fue para [la Corte] siempre secundario; se ha sustraído a él tanto como la Corte americana lo ha buscado siempre [...] Hay quien piensa, sin embargo, que si la Corte no hubiese

⁴ P. Navia y J. Ríos Figueroa (2005).

⁵ O. Casás (2008).

⁶ A. M. Garro (2010).

procedido como hasta ahora lo ha hecho, no conservaría ya en la actualidad su independencia, ni gozaría del prestigio de que, por huir de las interpretaciones atinentes con la política, está rodeada. Los gobiernos, se dice, habrían tratado de someterla, integrándola con personas capaces de ser influenciadas, llegado el caso... (Zavalía, 1920: 275)

A pesar del escepticismo de Zavalía, la Corte Suprema argentina fue finalmente arrastrada a los debates políticos del momento y reestructurada repetidas veces por razones políticas a partir de 1947. Sólo recientemente, después de más de sesenta años, la Corte Suprema parece estar recobrando algo de su antiguo prestigio.

La institución de recurso de *amparo*, que tuvo origen en México a mediados del siglo XIX, se ha expandido a lo largo de América Latina en el curso de ciento cincuenta años. Actualmente, las constituciones latinoamericanas, a excepción de la Carta de Cuba, reconocen esta figura bajo nombres distintos, llámese *amparo*, *tutela*, *protección* o *mandado de segurança*. El recurso de *amparo* es sin duda el más importante aporte de América Latina para el Derecho Constitucional. Las acciones de *amparo* son medidas extraordinarias presentadas ante las instancias judiciales para proteger los derechos civiles, distintos al derecho de desplazamiento o tránsito, aunque en el caso mexicano este recurso puede también desarrollar funciones de casación (Gamas Torruco, 2010).⁷

Aunque concebido inicialmente como un instrumento de control constitucional difuso, el proceso de *amparo* ha sido capaz de complementar, antes que reemplazar, otros mecanismos de control constitucional. De este modo, la institución ha sido integrada de manera coherente al sistema de control constitucional difuso en Argentina; a los sistemas de control

concentrado en Chile, Costa Rica, El Salvador y Uruguay; y a sistemas mixtos en Bolivia, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.⁸ Por ejemplo, en Brasil existen seis tipos de procesos constitucionales descentralizados –el equivalente al *amparo*, denominado *mandado de segurança*, además del hábeas corpus, del hábeas data, el mandato judicial, las acciones populares y las acciones de cumplimiento– que coexisten con cuatro procesos constitucionales centralizados bajo la competencia del Supremo Tribunal Federal –la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de inconstitucionalidad, el alegato de representación interventiva por desacato a un precepto fundamental y la acción de inconstitucionalidad por omisión (Rosenn, 2010).⁹

En las últimas cinco décadas, muchos países latinoamericanos han adoptado algún concepto de control constitucional concentrado, creando órganos especializados para la jurisdicción constitucional. Quizás el más antiguo experimento en este tema fue la separación orgánica entre la Corte Federal y la Corte de Casación adoptada por la Constitución de Venezuela entre 1893 y 1904. Luego, en el siglo XX, los países latinoamericanos tomaron prestadas instituciones del modelo europeo occidental. En 1945, Ecuador fue el primer país en la región en establecer un Tribunal Constitucional independiente de la Corte Suprema, aunque este órgano fue disuelto un año después cuando la Constitución fue anulada. Se crearon nuevas instancias constitucionales en Guatemala después de 1966, en Ecuador en 1967, en Chile en 1970 (que fue disuelta en 1973 por golpe de Estado y restituida en 1980), en Perú en 1980, en Colombia en 1992 y en Bolivia

⁷ M. C. Taylor (1997).

⁸ A. R. Brewer-Carías (2009) considera a Bolivia, Honduras, Panamá y Paraguay como ejemplos de acción de *amparo* bajo control judicial, pero estos casos usualmente son descritos como sistemas híbridos.

⁹ J. Dolinger (1990), A. Gidi (2003), K. S. Rosenn (1992).

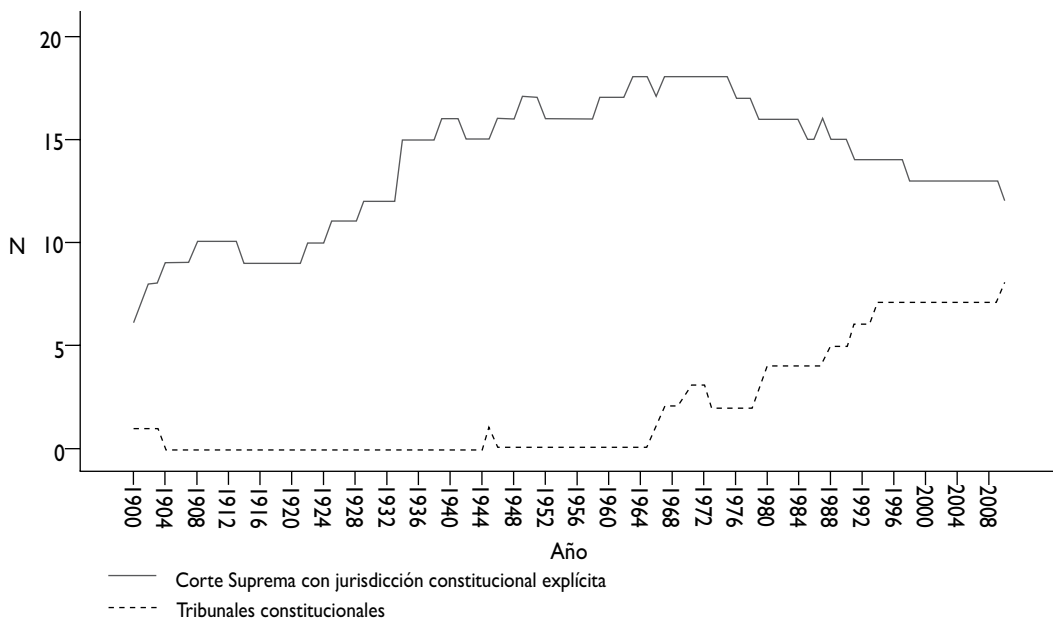
en 1998. Aquellos tribunales obtuvieron cada vez más poder a medida que pasó el tiempo, ya que emularon al Tribunal Constitucional Español en los años noventa. En 1988, Brasil transformó su Supremo Tribunal Federal (STF) en un equivalente funcional de tribunal constitucional y creó una Corte separada (el Tribunal Superior de Justicia) para administrar recursos de casación. Con la próxima inauguración de un Tribunal Constitucional en República Dominicana, por un mandato prescrito en una reforma constitucional de 2010, la región pronto tendrá ocho Tribunales Constitucionales al amparo de la tradición Kelseniana.¹⁰

En los demás países, la Corte Suprema concentra las competencias en materia de jurisdicción constitucional. Por ejemplo, la Corte Suprema de México adquirió la competencia de dirimir las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad bajo una

forma centralizada a partir de 1994. Además, la innovación más original en América Latina en cuanto a control constitucional concentrado ha sido la creación de salas constitucionales especializadas dentro de la Corte Suprema. El texto de las constituciones latinoamericanas dispone la creación de aquellas salas en El Salvador desde 1983, en Costa Rica desde 1989, en Paraguay desde 1992, en Nicaragua desde 1993 y 2005, y en Venezuela desde 1999. El establecimiento de salas constitucionales puede tener profundas consecuencias para el proceso judicial. El ejemplo más visible se encuentra en Costa Rica, donde, como demostró Robert Barker, la creación de la Cuarta Sala de la Corte Suprema cambió profundamente el proceso de control constitucional (Barker, 2008).

La Figura 1 ilustra la evolución constitucional de los mecanismos de control constitucional en América Latina durante el siglo XX. En

Figura 1. Cantidad de países latinoamericanos con el control de constitucionalidad mencionado en la Constitución, 1900-2010



Fuente: Elaboración propia a partir de las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹⁰ O. Lara Borges et al. (2010).

1900, una amplia mayoría de constituciones latinoamericanas no se pronunciaba sobre la competencia de los jueces para ejercer control constitucional. No obstante, esta tendencia cambió durante las siguientes tres décadas, en tanto más constituciones reconocían la competencia de los jueces (en general) o de la Corte Suprema (en particular) para declarar la inconstitucionalidad de las decisiones de gobierno. Los jueces, obviamente, se encontraban limitados en el uso de esta competencia por las experiencias de autoritarismo. Luego de que las transiciones a la democracia tuvieran lugar a fines de la década del setenta y en los ochenta, la cantidad de constituciones que confirieron esta competencia constitucional a la Corte Suprema curiosamente decreció. Sin embargo, este resultado fue producto de la creación de un creciente número de Tribunales Constitucionales especializados.¹¹

La toma de control de la judicatura y los límites a las instituciones formales

Desafortunadamente, el diverso escenario de la jurisdicción constitucional en América Latina no ha garantizado el respeto de los gobiernos hacia las normas constitucionales. A pesar de importantes excepciones, tales como el exitoso caso de Costa Rica, el constitucionalismo se ha mantenido débil en toda la región. Las razones de este fenómeno son históricamente complejas, pero un patrón sigue siendo distintivo.¹² En muchos países de América Latina, los líderes políticos han promovido el establecimiento de garantías constitucionales formales mientras que se aseguraban que los jueces a cargo de interpretarlas siguieran siendo leales al partido oficialista.

Décadas atrás, Keith Rosenn (1987) identificó siete formas en que la independencia judicial había estado socavada en toda la región: la derogación expresa de la autonomía judicial, la creación de jurisdicciones especiales, la transferencia de jueces, la erosión de sus salarios, el incumplimiento de sus propias decisiones, presiones de parte del Ejecutivo dominante y el despido masivo de jueces. “Quizá el ataque más devastador a la independencia de la justicia ha sido la purga masiva de las cortes”, observó el autor. En efecto, el caso más devastador de tales purgas tuvo lugar en las instancias superiores de la jerarquía judicial, socavando tanto la Corte Suprema como los Tribunales Constitucionales.¹³

Con el fin de atender este tema, debemos realizar un estudio sistemático de las tomas de control de la judicatura. Por toma de control de la judicatura me refiero a la situación en la que una nueva mayoría de magistrados en la Corte Suprema o Tribunal Constitucional es nombrada en un solo año. Esto significa que quienquiera que controle la designación de nuevos magistrados en dicho momento—el Ejecutivo, el Legislativo, un dictador— tiene una oportunidad exclusiva para tomar el control de la judicatura y manipular los resultados a largo plazo de la jurisdicción constitucional.

Definido de esta forma, el concepto de toma de control de la judicatura parece referirse a un evento extraordinario, el equivalente a un tsunami jurídico en los mares de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en América Latina, lo extraordinario ha sido frecuente. Un estudio histórico de diecisiete países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay) entre 1900 y 2010 sugiere que las tomas de control de la

¹¹ Por ejemplo, sobre la experiencia del Tribunal Constitucional en Perú, ver E. Dargent (2009).

¹² K. S. Rosenn (1990).

¹³ A. Grijalva (2010), G. Helmke (2005).

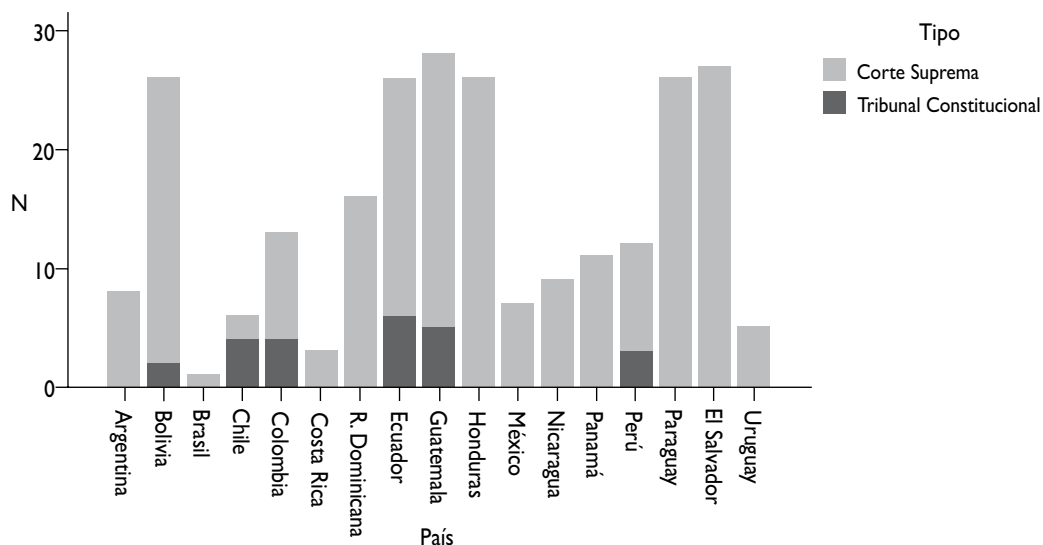
judicatura tuvieron lugar casi 250 veces en los últimos 110 años.¹⁴ En promedio, una nueva mayoría obtiene el control de una Corte cada cinco meses. Alrededor del 90% de aquellos episodios afectaron la composición de las Cortes Supremas, simplemente porque los Tribunales Constitucionales han ejercido funciones por pocas décadas.

Las cifras anteriores sugieren que una típica Corte Suprema en América Latina ha confrontado un riesgo no trivial de cambio de mando político —por encima del 12% cada año—. Esto resulta en un riesgo acumulativo de toma de control de casi un 73% en el curso de una década. Sin embargo, el riesgo promedio esconde variaciones considerables entre los casos. La Figura 2 demuestra que los países con la más alta recurrencia de tomas de control de la judicatura han sido Guatemala, El Salvador, Ecuador, Honduras, Paraguay y Bolivia, donde un evento de esta naturaleza tuvo lugar, en promedio, cada cuatro años. En el otro extremo,

se encuentran otros países como Chile, Uruguay, Costa Rica y Brasil, que, a pesar de no estar completamente libres de las tomas de control de la judicatura, han reportado las cortes más estables en la región. Chile y Uruguay sufrieron tomas de mando una vez cada dos décadas, mientras la frecuencia fue insignificante en los casos de Costa Rica y Brasil. No sorprende que estos casos hayan sido considerados entre los países con las judicaturas más independientes en la región.¹⁵

Diversas circunstancias pueden explicar la razón por la que los líderes políticos logran designar por conveniencia a una mayoría de magistrados en un año determinado. Cuatro mecanismos fácilmente se pueden evocar. Primero, algunas constituciones establecen periodos fijos para el ejercicio del cargo, tanto para la Corte Suprema como para el Tribunal Constitucional. Si todos los periodos vencen al mismo tiempo —y particularmente si la reelección no está permitida— esta disposición podría permitir

Figura 2. Número de tomas de control de la judicatura, por país, 1900-2010



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos históricos recolectados en cada país.

¹⁴ No se identificaron fuentes históricas para los casos de Cuba y Venezuela. En los casos de Ecuador, Guatemala y Perú, la información sobre miembros de los Tribunales Constitucionales está disponible sólo para el período institucional más reciente (Ecuador desde 1997, Guatemala desde 1986 y Perú desde 1996).

¹⁵ J. G. Verner (1984).

a los líderes políticos tomar posesión de las cortes de tiempo en tiempo. Por ejemplo, antes de 2001, los periodos de los vocales de la Corte Suprema en Honduras coincidían con el periodo del presidente, lo que garantizaba que cada presidente podía designar una nueva Corte. Esta competencia, sin embargo, se encuentra limitada por el periodo de vigencia de los mandatos; los políticos no pueden elegir libremente el momento para las tomas de control de la judicatura. Segundo, los líderes de golpes de Estado –eventos comunes en América Latina hasta los años ochenta– pudieron haber forzado la salida de vocales o simplemente despedirlos ilegalmente. Tercero, los líderes políticos pudieron “empaquetar” las cortes, aumentando el número de asientos y designando una nueva mayoría al ocupar las vacantes que habían creado. Cuarto, una reforma constitucional puede reconfigurar el sistema jurídico, brindando una oportunidad a los políticos para reestructurar la composición de instancias superiores conforme a la nueva Constitución. Algunos de aquellos mecanismos no son exclusivos –por ejemplo, una reforma constitucional puede aumentar el tamaño de una Corte, permitiendo su “empaquetamiento”–, pero, por una cuestión analítica, conviene atender estos casos de manera separada.

En este artículo no es posible explicar plenamente las tomas de control de la judicatura durante el siglo XX, pero podemos ofrecer una amplia caracterización de aquellos eventos para evaluar la plausibilidad de las anteriores hipótesis. Alrededor del 15% de los casos pueden ser explicados por la duración de los periodos constitucionales: cuando los magistrados terminaron sus periodos concurrentemente, se designó una nueva Corte. Sin embargo, más del 75% de todas las tomas de control de la judicatura en América Latina no provinieron de los plazos legales de estabilidad en el ejercicio del cargo, sino que fueron producto de circunstancias extraordinarias.

Una historia de regímenes políticos inestables puede ser parte de la explicación para las tomas de control de la judicatura en América Latina.¹⁶ El impacto de la inestabilidad política, sin embargo, no puede simplemente estar relacionado a los golpes militares. Sólo alrededor de 10% de todas las tomas de poder surgen como resultado de rebeliones militares exitosas, y una proporción similar surge como resultado de un proceso opuesto, cuando los regímenes autoritarios transitaban hacia la democracia. Los líderes militares controlaron los tribunales de la democracia tanto como los líderes democráticos limpiaron las cortes heredadas de los gobernantes autoritarios (Pérez-Liñán y Castagnola, 2009). Además, algunos dictadores bien establecidos reestructuraron las cortes durante sus regímenes con frecuencia. La Corte Suprema fue remodelada cinco veces durante la dictadura de Rafael Trujillo en República Dominicana (1930-1961), y el mismo número de eventos tuvo lugar durante el régimen de Alfredo Stroessner en Paraguay (1954-1989).

Independientemente de la naturaleza del régimen, la tendencia secular ha conducido a un aumento del tamaño de las Cortes Supremas en toda la región. En la medida en que la ley se tornaba cada vez más compleja y se diversificaba durante el siglo XX, más cortes adoptaron el modelo europeo de organizarse en salas. La Corte Suprema típica evolucionó de un tamaño promedio de nueve miembros a inicios del siglo XX hacia veinte miembros un siglo después (los Tribunales Constitucionales son una creación reciente y el tamaño típico se ha mantenido estable entre siete y ocho miembros). Sin embargo, esta transformación histórica no es suficiente para dar cuenta de los cambios recurrentes en la composición de las instancias superiores en el curso de un siglo. Aun cuando el “empaquetamiento” de la Corte Suprema de Argentina en 1990 ha recibido mucha atención,

¹⁶ S. Mainwaring *et al.* (2007).

sólo alrededor del 12% de las tomas de control de la judicatura ocurrieron específicamente por esquemas de “empaquetamiento” que aumentaban el tamaño de aquellos órganos.

Un aspecto distintivo del panorama latinoamericano es la volatilidad de las constituciones, cuyo cumplimiento supuestamente garantizan las instancias judiciales superiores. Existe una variación considerable entre los casos al respecto (por ejemplo, México ha modificado la Constitución de 1917 varias veces, mientras que Venezuela y Ecuador han optado por adoptar nuevas constituciones en una forma prolífica), pero este problema no puede ser desestimado. Entre 1900 y 2010, más de 170 reformas constitucionales han promovido la estructuración de la judicatura en los países de América Latina. La fluctuación constitucional potencialmente puede socavar el rol de las instancias judiciales superiores (Lara Borges, Castagnola y Pérez-Liñán, 2010). El problema no radica tanto en la falta de continuidad de la doctrina jurídica —las nuevas constituciones usualmente se parecen de cerca a sus predecesoras—, sino más bien en la integridad del Poder Judicial. Casi el 40% de las tomas de control de la judicatura tuvo lugar en el contexto de reformas constitucionales, cuando las instancias judiciales superiores fueron reestructuradas como resultado de la adopción de nuevas constituciones o enmiendas constitucionales. Los países que más insistentemente reestructuraron sus instancias judiciales en el contexto de cambio constitucional fueron Ecuador (que lo hizo once veces durante el periodo bajo análisis), Honduras (nueve veces), Colombia, Guatemala y El Salvador (seis veces cada uno), México (cinco veces) y Bolivia (cuatro veces).

Para evaluar la validez de estas explicaciones en forma conjunta, la Tabla 1 presenta los resultados de un modelo de regresión logística en el que las unidades de análisis son Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales observados en un país y en un año dados entre 1900 y 2010 (por ejemplo, la Corte Suprema del Perú en 1900,

el Tribunal Constitucional de Guatemala en 2009, etcétera). La variable dependiente es un indicador dicotómico codificado con un valor de 1 en aquellos años en que se produjo una toma de control (esto es, el nombramiento de una nueva mayoría) y de 0 en todos los demás años. Las variables independientes reflejan: el porcentaje de magistrados que completaron su mandato constitucional en un año dado (cuando los magistrados tenían un mandato fijo); si se produjo un golpe militar durante el año en curso o el año anterior; si se produjo la expansión del número de miembros en un año dado; y si se adoptó una nueva Constitución o una enmienda constitucional referida al Poder Judicial en los últimos 48 meses. Las últimas tres variables fueron codificadas en forma dicotómica.

La tabla presenta dos modelos: el primero (N=1875) refiere a las Cortes Supremas y el segundo (N=141) a los Tribunales Constitucionales. Los coeficientes positivos indican una mayor probabilidad de que se

Tabla 1. Modelos estadísticos de toma de control de la judicatura

	Cortes Supremas	Tribunales Constitucionales
Vocales completando su período (%)	0.07* (0.01)	0.08* (0.03)
Golpe militar	1.55* (0.29)	-20.22 (40192.97)
Incremento en el número de miembros	2.10* (0.29)	22.99 (22202.90)
Reforma constitucional	1.54* (0.20)	1.67* (0.62)
Constante	-3.16* (0.13)	-2.65* (0.39)
R ² de Nagelkerke	0.36	0.45
N	1875	141

Nota: los valores son coeficientes en modelos de regresión logística estimando el riesgo de toma de control de la judicatura en un país-año típico (errores estándar). * p < 0,05

produzca una toma de control cuando las variables independientes incrementan su valor en una unidad. En el primer modelo, todos los coeficientes tienen el signo esperado y son estadísticamente significativos. En el segundo, los coeficientes para las variables que capturan los golpes militares y los esquemas de empaquetamiento carecen de significación estadística, porque los golpes militares han sido muy poco frecuentes a partir de los años ochenta y la cantidad de miembros de los Tribunales Constitucionales fue alterada muy pocas veces, lo que impide una estimación precisa de estos efectos. El coeficiente para la variable que captura el cambio constitucional, sin embargo, es significativo en ambos modelos.

Conclusiones

La experiencia latinoamericana demuestra que es muy difícil proteger la estabilidad judicial en un contexto de inestabilidad política.¹⁷ Sin embargo, podría resultar más problemático el hecho de que los cambios constitucionales han sido uno de los mecanismos subyacentes más comunes a la toma de control de la judicatura. Las mismas reformas constitucionales que importaban instituciones fuertes de control constitucional y creaban nuevos instrumentos para el litigio constitucional sirvieron como un pretexto para socavar la autonomía de la judicatura. Las mismas reformas supuestamente concebidas para defender los derechos ciudadanos fueron también usadas para debilitar las instituciones encargadas de protegerlas.

Esta es quizá la lección más importante de la experiencia latinoamericana. La protección del constitucionalismo requiere por lo menos dos condiciones necesarias: instrumentos legales y jueces independientes que deseen aplicar los recursos adecuadamente. Estas dos condiciones están implícitas en muchas explicaciones del

surgimiento del control constitucional, tales como aquellas que invocan la difusión global de instituciones, el cálculo de la élite política o la importancia del pluralismo político (Dargent, 2009). Las dos condiciones pueden no ser *suficientes* para garantizar que los gobernantes respeten la ley, pero, en ausencia de alguna de ellas, no se harán valer los principios constitucionales.

El enfoque desarrollado en este artículo resalta la necesidad de una teoría de las garantías constitucionales basada tanto en la *competencia* como en la *motivación* de las instancias judiciales superiores. Sin competencia –concebida aquí como un ámbito de jurisdicción especializada–, los jueces carecen de poder para implementar principios constitucionales, incluso si ellos lo quieren.¹⁸ Sin motivación, los jueces no tienen deseo de hacerlo, incluso cuando pueden hacerlo. Los líderes políticos comprenden bastante bien la interacción de estas condiciones necesarias. Las tendencias jurídicas del siglo XX los han conducido a empoderar las instancias judiciales superiores con explícita competencia constitucional; no obstante, las constantes tomas de control de la judicatura han socavado la motivación de los jueces para usar aquellas competencias de manera efectiva.

Bibliografía

AHUMADA RUIZ, Marian

2005 *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*. Cizur Menor, Navarra, España: Civitas.

BARKER, Robert S.

2008 *Constitutional Adjudication: The Costa Rican Experience*. Lake Mary, FL: Vandeplas Publishing.

BREWER-CARÍAS, Allan R.

2009 *Constitutional protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁷ K. S. Rosenn (1990).

¹⁸ M. Ahumada Ruiz (2005).

CASÁS, Osvaldo

2008 "El Control Constitucional de las Leyes Tributarias". En: *Revista Jurídica*, 25(1).

DARGENT, Eduardo

2009 "Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three 'Cases' of Constitutional Courts in Peru (1982-2007)". En: *Journal of Latin American Studies*, 41(2).

DOLINGER, Jacob

1990 "The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System". En: *The American Journal of Comparative Law*, 38(4).

GAMAS TORRUCO, José

2010 "Constitutional Jurisdiction in Mexico". Ponencia presentada a Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutionalism in the Americas and Beyond, Duquesne University, Pittsburgh, PA, noviembre 5-6.

GARRO, Alejandro M.

2010 "Access to Argentina's Highest Court: Right or Privilege?". Ponencia presentada a Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutional Guarantees in the Americas, Duquesne University, noviembre 5-6.

GIDI, Antonio

2003 "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries". En: *The American Journal of Comparative Law*, 51(2).

GRIJALVA, Agustín

2010 *Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller.

HELMKE, Gretchen

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

LARA BORGES, Oswald, Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán

2010 "Diseño Constitucional y Estabilidad Judicial en América Latina, 1900-2009". Ponencia presentada a Latin American Studies Association, Toronto, Canadá, Octubre 6-9.

MAINWARING, Scott, Daniel Brinks y Aníbal Pérez-Liñán

2007 "Classifying Political Regimes in Latin America, 1945-2004". En: Munck, Gerardo. *Regimes and Democracy in Latin America. Theories and Methods*. Oxford: Oxford University Press.

NAVIA, Patricio y Julio Ríos Figueroa

2005 "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America". En: *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)". En: *Journal of Politics In Latin America*, 1(2).

ROSENN, Keith S.

1987 "The Protection of Judicial Independence in Latin America". En: *University of Miami Inter-American Law Review*, 19(1).

1990 "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation". En: *University of Miami Inter-American Law Review*, 22(1).

1992 "A Comparison of the Protection of Individual Rights in the New Constitutions of Colombia and Brazil". En: *The University of Miami Inter-American Law Review*, 23(3).

2010 "Procedural Protection of Constitutional Rights in Brazil". Ponencia presentada a Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutionalism in the Americas and Beyond, Duquesne University, Pittsburgh, PA, noviembre 5-6.

TAYLOR, Michael C.

1997 "Why No Rule of Law in Mexico - Explaining the Weaknesses of Mexico's Judicial Branch". En: *New Mexico Law Review*, 27(1).

VERNER, Joel G.

1984 "The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature". En: *Journal of Latin American Studies*, 16(2).

ZAVALÍA, Clodomiro

1920 *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*. Buenos Aires: Jacobo Peuser.