

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

**ACTIVISMO JUDICIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LOS CASOS DE
COLOMBIA Y COSTA RICA**

Por:

MARCO FEOLI VILLALOBOS

**Trabajo de Tesis presentado para optar al título de
Doctor**

DIRECTORES:

DR. D. LUIS PÁSARA PAZOS

DR. D. RAFAEL BUSTOS GISBERT

Salamanca, septiembre de 2012

“...La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra. Qué hacen, cuándo y cómo lo hacen no es, obviamente, una cuestión indiferente, sino de gran importancia...”

(Herbert L. A. Hart, Essays in jurisprudence and philosophy, p. 44

Dedicatoria

Como diría Bolaño, hay lugares felices. España, pero especialmente Salamanca, ha sido un lugar feliz. No puedo dejar de nombrar, y con ello dedicarles mi modesto trabajo, a quienes han contribuido a que estos años se convirtieran en una de las experiencias más enriquecedoras de mi vida.

A mi madre, a mis hermanas, a mamina, gracias por ser mi mejor y más genuino apoyo. A mi padre, que a pesar de su inesperada muerte ha estado, probablemente, más presente que nunca en mis pensamientos. A mis padres dedico, en primer lugar, estos años de investigación.

A la familia Sánchez de Medina Alba, mi otra familia, por ustedes haber venido a España ha merecido la pena. Es imposible, porque no las hay, encontrar las palabras justas para expresarles mi cariño y mi gratitud. A doña Pilar, por ser, sin duda, la más grande.

A quienes, en algún momento, hicieron parte de esta etapa, me llevo muchos recuerdos, amigos entrañables y, sobre todo, muchas lecciones.

ÍNDICE

ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: LA JUDICATURA EN EL ENGRANAJE DEMOCRÁTICO: DE JUECES SACRALIZADOS A JUECES (CO) GOBERNANTES	15
A. LA TERCERA PERSONA DEL ESTADO TRINITARIO: JUECES, ESTADO DE DERECHO Y TRADICIONES JURÍDICAS	16
A.1 TRADICIONES JURÍDICAS	18
A.2 TRADICIONES CONSTITUCIONALES	29
B. DE JUECES SACRALIZADOS A JUECES (CO)GOBERNANTES	33
B.1 JUEZ SACRALIZADO	33
B.2 UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN EL MODELO DEL JUEZ SACRALIZADO	35
B.3 GOBIERNO DE LOS JUECES O UNA RELECTURA DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES	47
C. EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONSOLIDACIÓN DEL JUEZ (CO)GOBERNANTE	53
C.1 EL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	53
C.2 JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ROBUSTECIMIENTO DE LA JUDICATURA	65
<i>i. Constitución política y juez constitucional</i>	67
<i>ii. Control y juez constitucional</i>	69
<i>iii. Competencias y juez constitucional</i>	71
<i>iv. Neoconstitucionalismo</i>	75
CONCLUSIÓN	77
CAPÍTULO II: EXPANSIÓN JUDICIAL O DEL NUEVO QUEHACER DE LA JUDICATURA	81
A. UN PUNTO DE PARTIDA: EL JUEZ ESTRUCTURAL DE FISS	82
A.1 JUEZ ESTRUCTURAL, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA	87
A.2 JUEZ ESTRUCTURAL, LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y CONDICIONES PARTICULARES DEL JUEZ	94
B. DE ESTADOS UNIDOS EN ADELANTE	101
C. ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: PRECISIONES CONCEPTUALES	108
C.1 JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y ACTIVISMO O NUEVAS FORMAS DE INCIDENCIA JUDICIAL	109
C.2 ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: ¿SINÓNIMOS?	113
C.3 RELACIÓN ENTRE JUDICIALIZACIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL: UNA PROPUESTA	127
D. ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO RADIAL	130
D.1 PRIMER INDICADOR: CONTESTACIÓN DE LOS ACTOS DE LOS OTROS PODERES	134
D.2 SEGUNDO INDICADOR: RECONOCIMIENTO O EXPANSIÓN DE DERECHOS	134
D.3 TERCER INDICADOR: USO DE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	135
D.4 CUARTO INDICADOR: DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS	139
D.5 QUINTO INDICADOR: DECISIÓN ULTRAPETITA	140

E. ACTIVISMO JUDICIAL Y FACTORES EXPLICATIVOS	143
E.1 SISTEMA POLÍTICO	144
E.2 SISTEMA JUDICIAL	149
F. EXPANSIÓN JUDICIAL: ¿BUENA O MALA?	153
G. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA: PROTAGONISMO JUDICIAL LATINOAMERICANO	159
CONCLUSIÓN	162

CAPÍTULO III: CONTEXTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EXAMINADOS **165**

A. CONTEXTUALIZACIÓN DE COLOMBIA	168
A.1 CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO	168
A.2 CONTEXTO JUDICIAL	174
B. CONTEXTUALIZACIÓN DE COSTA RICA	179
B.1 CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO	179
B.2 CONTEXTO JUDICIAL	183
C. COLOMBIA Y COSTA RICA: EL CONTEXTO DESDE UNA VISIÓN COMPARADA	187
CONCLUSIÓN	189

CAPÍTULO IV: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y DE COSTA RICA **191**

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	193
B. EL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS	198
C. COMPETENCIAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS	200
C.1 LA DEMANDA Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	202
C.2 OTROS PROCESOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	203
C.3 LEGITIMACIÓN	206
C.4 EFECTO DE LAS SENTENCIAS	207
C.5 SÍNTESIS DE LOS PROCESOS: RELACIÓN OFICIO Y A GESTIÓN DE PARTE	209
D. VALORACIÓN DOCTRINAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y COSTA RICA	211
CONCLUSIÓN	224

CAPÍTULO V: EL DESEMPEÑO ACTIVISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA: APROXIMACIÓN EMPÍRICA **227**

A. DISEÑO METODOLÓGICO	230
A.1 EL PERIODO SELECCIONADO	230
A.2 MUESTRA E INDICADORES	234
B. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE COLOMBIA Y COSTA RICA: APROXIMACIÓN EMPÍRICA AL ACTIVISMO JUDICIAL	236

ÍNDICE

B.1 TIPO DE ACTIVISMO	239
i. Resultados generales	241
ii. Resultados por indicador	247
a. Activismo judicial por contestación de los actos de los otros poderes del estado	247
a.1 Contestación de leyes	249
a.2 Contestación de decretos	257
a.3 Contestación de otros actos	262
b. Activismo judicial por reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas	266
c. Activismo judicial por utilización de sentencias interpretativas	266
c.1 Sentencias interpretativas propiamente dichas	268
c.2 Sentencias interpretativas reductoras	274
c.3 Sentencias interpretativas sustitutivas	280
c.4 Sentencias interpretativas aditivas	281
c.5 Sentencias interpretativas exhortativas	282
d. Activismo judicial por definición de una política pública	284
e. Activismo judicial por decisión ultrapetita	284
f. Activismo judicial por presencia de dos o más indicadores	284
f.1 Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente junto a otros indicadores	285
f.2 Definición de política pública y otros indicadores	299
f.3 Decisión ultrapetita y otros indicadores	304
f.4 Contestación de actos de los otros poderes y uso de sentencias interpretativas	310
iii. Activismo judicial: la tendencia	312
B.2 LA SENTENCIA ACTIVISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	316
i. Forma de sentencia	316
ii. Actores y otros intervinientes	320
iii. Materias de pronunciamientos	322
iv. Razonamientos	324
v. Los límites	329
B.3 ACTIVISMO EN EL TIEMPO	333
C. CORTE CONSTITUCIONAL Y SALA CONSTITUCIONAL: JUECES DELEGADOS	336
CONCLUSIÓN	342
CONCLUSIONES GENERALES	343
BIBLIOGRAFÍA	355
LISTA DE SENTENCIAS ANALIZADAS POR AÑO	391

Índice de tablas y gráficos

Tablas:

TABLA 1: VISIÓN TRADICIONAL Y VISIÓN ALTERNATIVA DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LOS JUECES	39
TABLA 2: JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL: TIPOLOGÍA DE PERFILES DEL JUEZ	128
TABLA 3: RAMA JUDICIAL DE COLOMBIA	178
TABLA 4: PODER JUDICIAL DE COSTA RICA	185
TABLA 5: CONTEXTOS POLÍTICO Y JUDICIAL	188
TABLA 6: COMPETENCIAS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A GESTIÓN DE PARTE SOBRE FORMA Y FONDO	209
TABLA 7: COMPETENCIAS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO SOBRE FORMA Y FONDO	210
TABLA 8: COMPETENCIA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO SÓLO SOBRE FORMA	211
TABLA 9: SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA POR INTEGRACIONES	231
TABLA 10: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA POR INTEGRACIONES	232
TABLA 11: NÚMERO DE SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD POR AÑO	234
TABLA 12: PRESENCIA DE INDICADORES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	244
TABLA 13: COMBINACIÓN DE INDICADORES DE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	245
TABLA 14: COMBINACIÓN DE INDICADORES DE SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	246
TABLA 15: SÓLO CONTESTACIÓN ACTOS PODERES DEL ESTADO	248
TABLA 16: TIPOS DE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	267
TABLA 17: COMBINACIÓN INDICADOR RECONOCIMIENTO O EXPANSIÓN DE DERECHOS CON OTROS INDICADORES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	285
TABLA 18: COMBINACIÓN INDICADOR RECONOCIMIENTO O EXPANSIÓN DERECHOS CON OTROS INDICADORES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	286
TABLA 19: COMBINACIÓN INDICADOR DEFINICIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA Y OTROS INDICADORES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	300
TABLA 20: COMBINACIÓN INDICADOR DEFINICIÓN DE POLÍTICA PÚBLICA Y OTROS INDICADORES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	303
TABLA 21: COMBINACIÓN INDICADOR DECISIÓN ULTRAPETITA CON OTROS INDICADORES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	305
TABLA 22: COMBINACIÓN INDICADOR DECISIÓN ULTRAPETITA CON OTROS INDICADORES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA	307
TABLA 23: MATERIAS SOBRE LAS QUE VERSARON LAS SENTENCIAS ACTIVISTAS DE LOS TRIBUNALES	322

Gráficos:

GRÁFICO 1: JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA	122
GRÁFICO 2: PROCEDIMIENTOS ANTE SALA CONSTITUCIONAL EN PERIODO 1989-2010	237
GRÁFICO 3: PROCEDIMIENTOS ANTE CORTE CONSTITUCIONAL EN PERIODO 1992-2010	238

GRÁFICO 4: ACTIVISMO JUDICIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN PERIODO 1992-2010	242
GRÁFICO 5: ACTIVISMO JUDICIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA EN PERIODO 1989-2010	243
GRÁFICO 6: ACTIVISMO JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL TIEMPO	334
GRÁFICO 7: ACTIVISMO JUDICIAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA EN EL TIEMPO	335

Introducción

Clamorosas y contundentes fueron las palabras expresadas por la ex presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid en agosto de 2012; dijo, entonces, “...ha llegado el momento de que nos planteemos muy seriamente por qué tiene que existir un tribunal constitucional nutrido por políticos que se llaman magistrados y no lo son...”¹. Quejas similares, se le han escuchado, durante varios años, a un ex primer ministro italiano al acusar, fundamentalmente, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los que llamó “jueces rojos”, de convertir la justicia en una forma de lucha política². Así se han manifestado diferentes líderes, en España e Italia, pero también en numerosas partes del mundo.

Al atender posiciones como estas, válidamente podría plantearse una pregunta: ¿han hecho algo los jueces para recibir reproches tan severos? La respuesta se complica si, al buscar otras opiniones, se encuentran algunas diametralmente opuestas. Un filósofo del derecho y un ex magistrado constitucional dirían, respectivamente: “...la política, en suma, y específicamente los gobiernos (...) no pueden condicionar las funciones de garantías, como lo es típicamente la judicial...”³, y los jueces constitucionales son “...los fieles guardianes de las constituciones democráticas de nuestro tiempo (...) los jueces constitucionales de todos los países pueden ser asociados en un homenaje colectivo...”⁴. Mientras Esperanza Aguirre demanda que el Tribunal Constitucional de España sea suprimido, Gustavo Zagrebelsky propone un homenaje para los jueces de los tribunales constitucionales del mundo.

Pareciera evidente que las diferencias de criterio, ejemplificadas con las opiniones de dos políticos, de un académico y de un ex juez son suficientes para

¹Las palabras de Esperanza Aguirre respondieron a la decisión del Tribunal Constitucional español mediante la cual se reconoció el derecho del partido *abertzale* Sortu a ser inscrito en el Registro de Partidos Políticos, ver: www.elmundo.es/elmundo/2012/06/21/espana/1340291065.htm consulta realizada el 15 de septiembre de 2012.

²Las acusaciones de Silvio Berlusconi se dieron luego de que la Corte Costituzionale invalidara una ley que otorgaba inmunidad al ex primer ministro italiano, para la Corte, la normativa quebrantaba el principio de igualdad, ver: www.repubblica.it/2009/10/sezioni/politica/giustizia-12/lodo-7ott/lodo-7ott.html consulta realizada el 15 de septiembre de 2012.

³Ferrajoli (Luigi). *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 107.

⁴Zagrebelsky (Gustavo). *Jueces constitucionales*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, p. 91.

acreditar la existencia de una tensión entre política y justicia. Hay cosas que hacen los jueces que están impactando la esfera política, la esfera de quienes representan a los otros órganos estatales. Sobre ello, en pocas palabras, versará la presente tesis doctoral.

Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de las otras instituciones públicas; sin embargo en los últimos años esto se ha ido modificando. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea, hoy la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas, se aleja de las funciones que está desempeñando. Este alejamiento ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como judicialización de la política o activismo judicial.

Los tribunales constitucionales, con especial acento después de la II Guerra Mundial, se han venido instaurando en casi todos los países con regímenes democráticos. La “moda” también llegó a América Latina. El establecimiento de estos órganos a partir de las décadas de 1970 y 1980 coincide con el auge que anteriormente tuvieron en la Europa de la postguerra y, más importante aún, con el reestablecimiento de democracias electorales, luego de una larga etapa de autoritarismos, golpes de estado y gobiernos militares.

Es muy poco, sin embargo, lo que se ha estudiado en relación al impacto que han tenido los tribunales constitucionales latinoamericanos en sus países, por lo que abordar el tema se encuentra plenamente justificado. La doctrina que se ha ocupado del tema ha coincidido en que hay dos países, al hilo de algunos fallos relevantes, Colombia y Costa Rica, en los cuales, los tribunales constitucionales se fueron convirtiendo en actores políticos de primer orden. Han sido señalados, a veces para bien, a veces para mal, como tribunales activistas.

De allí que esta tesis formule como principal pregunta de investigación la siguiente: ¿son ejemplo de activismo judicial la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica? La pregunta es compleja, se desagrega, a su vez, en otras preguntas: ¿en qué consiste ese pretendido activismo?, ¿sobre qué bases opera?, ¿qué campos abarca?, ¿cómo se ha manifestado en el tiempo?, etc. Estas preguntas imponen, indefectiblemente, para ser respondidas, realizar un abordaje en dos frentes, uno teórico y otro empírico.

Una ventaja que ofrece la tensión entre política y justicia es su actualidad, es posible a través de los medios de comunicación registrar, con relativa frecuencia, las repercusiones que en diferentes espacios produce la decisión jurisdiccional de los jueces constitucionales, aunque también de algunos jueces ordinarios. Pero esa actualidad supone también una desventaja, no saber exactamente, o al menos no saberlo con un cierto grado de rigor académico, dado su uso generalizado, qué significa judicializar la política o quién es un juez activista. Para determinar si un tribunal es activista son necesarios dos pasos, primero, definir qué es activismo judicial y, porque es un concepto que se le suele vincular, qué es judicialización de la política; segunda, estudiar a profundidad el quehacer de ese tribunal.

Sobre esta premisa los objetivos planteados en la investigación son:

- Examinar los aspectos teóricos de la relación entre los jueces y los otros poderes del estado.
- Determinar las diferencias entre el activismo judicial y la judicialización de la política como expresión del nuevo protagonismo de los jueces.
- Establecer un concepto de activismo judicial que pueda extrapolarse a casos distintos a los estudiados.
- Determinar, a través de un estudio de sus sentencias, las características sobre el desempeño de los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica, en materia de control de constitucionalidad, de acuerdo a determinados indicadores sobre activismo judicial.

Para el desarrollo de la tesis, su estructura ha sido fraccionada en cinco capítulos. En el capítulo primero *“La judicatura en el engranaje democrático: de jueces sacralizados a jueces (co) gobernantes”* se introducirá el tema de la evolución de la judicatura y los cambios suscitados en el pasado reciente, en cuanto a su relación con los otros brazos del estado. Para ello, se hará un repaso de los modelos de juez que pueden derivarse de las tradiciones jurídicas occidentales y de los procesos constitucionales post revolucionarios del siglo XVIII. Se hará mención de los momentos de ruptura que han permitido pasar, como se dirá allí, de un juez sacralizado a un juez (co) gobernante. También se describirá la responsabilidad que en ese paso puede ser adjudicada a la justicia constitucional.

El capítulo segundo “*Expansión judicial o del nuevo quehacer de la judicatura*” se centrará en el estudio teórico de los conceptos de activismo judicial y de judicialización de la política. Este capítulo comenzará con un examen de la propuesta del profesor norteamericano Owen Fiss, hecha hace varios años, acerca del juez estructural, un modo de conceptualizar los cambios operados en la judicatura y los alcances que pueden darse al producto judicial. El juez estructural permitirá vertebrar otros aspectos relacionados con la justicia constitucional, como el debate sobre su legitimidad democrática y las condiciones particulares de la magistratura y del producto que ofrece. Posteriormente, a partir de una breve referencia al caso de protagonismo judicial más famoso, la Corte Suprema de Estados Unidos, se intentará justificar la necesidad de que se extrapole el análisis a nuevos casos en atención a otras particularidades contextuales. Por este motivo, el resto del capítulo girará en torno a la delimitación conceptual de las nociones de activismo judicial y judicialización de la política, como dos categorías de análisis distintas. Aparte de establecer las diferencias entre ambos términos, se propondrá una serie de indicadores como criterios de medición del activismo judicial.

Los otros tres capítulos estarán dedicados al estudio de los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica. Al investigar instituciones jurídicas deben tomarse en cuenta las condiciones propias en las que aquellas se desenvuelven. Considerando que las instituciones funcionan en un contexto particular, en el capítulo tercero “*Contexto de los tribunales constitucionales examinados*” se describirán las cuestiones contextuales que se juzgaron más relevantes para comprender la forma como la Sala Constitucional y la Corte Constitucional se han insertado en sus respectivos países. Desde luego, este abordaje no pretende ser exhaustivo. Simplemente se ofrecerá una presentación que permita tener una visión más completa sobre el tejido político y judicial en los que se han alojado las cortes constitucionales examinadas. Por esto, los dos puntos sobre los que discurrirá el capítulo son el contexto histórico y político y el modelo de judicatura dominante en los dos países.

Colombia y Costa Rica poseen tribunales constitucionales similares en su estructura. En el capítulo cuarto “*La justicia constitucional de Colombia y de Costa*

Rica” se describirá el diseño institucional de la Corte Colombiana y de la Sala Constitucional, haciendo hincapié en los mecanismos de selección de los magistrados, los procesos de control de constitucionalidad de las normas, los requisitos de legitimación activa y los efectos de las sentencias. Se pasará revista, también, a los antecedentes históricos de las cámaras. Por último, se dedicará un espacio a resumir las valoraciones que varios autores han realizado sobre el desempeño de los tribunales objeto de análisis. Este acápite será crucial porque luego será contrastado con un examen empírico del desempeño de estos tribunales.

En el capítulo quinto *“El desempeño activista de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica: aproximación empírica”* se hará un estudio a profundidad del quehacer de los tribunales, a partir de una muestra de sentencias emitidas por ellos. Este examen permitirá, finalmente, dar respuesta a la pregunta de investigación planteada al inicio. El capítulo está integrado por tres secciones. Se comenzará con una descripción del diseño metodológico seguido en el trabajo de campo. Luego se expondrán los resultados del análisis de sentencias en función de los conceptos delimitados en los capítulos precedentes y, para acabar, el modo como deberían ser calificados los órganos escrutados de acuerdo a aquellos conceptos.

Aunque al inicio del capítulo quinto se abundará en las precisiones acerca de su elaboración, conviene, desde ahora, adelantar algunas de ellas. En primer lugar, para el trabajo de campo únicamente se consideraron las resoluciones dictadas, en el periodo 1992 a 2010, por la Corte Constitucional de Colombia y, en el periodo 1989 a 2010, por la Sala Constitucional de Costa Rica, en materia de control de constitucionalidad de las normas. Al comenzar la investigación no se tenía información sistematizada, en los portales institucionales, de los años 2011 y 2012. Siendo así que estos tribunales tienen funciones que pueden agruparse en dos categorías: las de control constitucional y las de protección de derechos fundamentales, se trabajó sólo con las primeras.

La decisión metodológica de restringir el estudio a las sentencias sobre control de constitucionalidad obedeció a dos razones. Primera razón, históricamente, la función principal de los tribunales constitucionales, herederos del modelo concentrado, es el control de constitucionalidad de las normas. Examinar este punto proporcionará los insumos necesarios para conocer el trabajo de las cámaras constitucionales de Colombia y Costa Rica en lo que representa la competencia que dio origen a la justicia constitucional del sistema austriaco.

La intención que subyace al trabajo de campo, que ha implicado la lectura de casi 1500 sentencias de constitucionalidad, sobre la base de una muestra, del 10% del universo de resoluciones de control de constitucionalidad, consiste en definir un perfil del comportamiento judicial de dos tribunales, de acuerdo a los conceptos propuestos en la tesis. Esto no habría sido posible conseguirlo, por ejemplo, si sólo se hubieran revisado las llamadas sentencias hito o las líneas jurisprudenciales de ciertos temas. Era necesario ahondar, por tedioso y lento que fuera, en la cotidianidad del trabajo de las cortes. No es lo mismo decir que un tribunal ha tenido sentencias activistas, en algunos momentos y sobre algunos temas, a concluir que un tribunal es activista o que, por el contrario, no lo es. Estudiar sentencias hito o algunas líneas jurisprudenciales, no admite generalizar el trabajo de una corte, ni hacer un retrato sobre un determinado tribunal, algo que es fundamental cuando de analizar las instituciones judiciales se trata. Al menos, si lo que se quiere es no limitar el estudio a teorías normativas sobre el deber ser del derecho, sino al ser del sistema de justicia.

La pretensión es indagar, no en la noción de juez que se puede construir desde el discurso académico, sino en el juez que efectivamente “es”; la revisión de lo que hace, las sentencias, se convierte en una tarea ineludible. Es el único camino realmente seguro con el que se cuenta para conocer, en definitiva, las motivaciones esgrimidas al justificar una decisión judicial.

Segunda razón, el propósito de presentar, al finalizar la tesis, un perfil del comportamiento de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Constitucional costarricense se habría dificultado si se hubieran revisado, bajo esa óptica, los pronunciamientos de protección de derechos fundamentales –acción de tutela,

recurso de amparo y recurso de *hábeas corpus*. Dadas las cifras, que indican que desde su creación, en 1991 y 1989 respectivamente, estos tribunales han resuelto, en conjunto, aproximadamente 200 000 asuntos de protección de derechos fundamentales, hacer la revisión de una muestra representativa, similar a la de los asuntos por control de constitucionalidad, se complicaba significativamente.

Frente a esto, las alternativas eran: reducir la muestra de procesos de control constitucional e incluir una de los procesos de protección de derechos fundamentales lo que suponía obtener resultados más generales, pero menos profundos, o centralizar el examen a un solo tipo de proceso, esto implicaría mayor profundidad, pero ceñiría la generalización de los resultados, como es obvio, a una de las funciones de los tribunales. Se consideró preferible la última de las alternativas.

La presente investigación puede calificarse, desde el punto de vista metodológico como analítica-conceptual y empírico-descriptiva. Se acudirá, en los primeros tres capítulos, básicamente, a la búsqueda y examen de fuentes bibliográficas de derecho constitucional, ciencia política y sociología jurídica. Los últimos dos capítulos describirán, apoyados en fuentes normativas y jurisprudenciales, el desempeño de los tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica. Aunque la investigación fue realizada desde una visión jurídica, ha sido imprescindible acudir a otras disciplinas; el derecho necesita asistirse, más a menudo, de los saberes que ofrecen las demás ciencias sociales.

La elaboración de este estudio no habría sido posible sin el apoyo de una serie de personas e instituciones. Especialmente significativo, con absoluta certeza, fue el acompañamiento y el estímulo, a lo largo de los últimos cuatro años, encontrados en los directores de la tesis, Luis Pásara Pazos y Rafael Bustos Gisbert. La deuda intelectual, pero también afectiva, será imprescriptible. Gracias, por el consejo permanente, por el auxilio en los, como ellos lo saben bien, innumerables momentos de extravío, también por confirmar que Unamuno llevaba razón cuando decía que la investigación no necesita de abalorios retóricos, ni cascabeles dialécticos. Si bien todo aquello que, en este trabajo, el lector estime útil, lleva el

sello personal de los profesores Pásara y Bustos; los yerros y falencias deben ser atribuidos, por entero, al autor. Del mismo modo, gracias, a los profesores María José Corchete Martín y Mario Hernández Ramos porque las puertas de sus despachos siempre estuvieron abiertas para solventar, con sus inteligentes, oportunas e inestimables sugerencias, muchas de las dudas que se fueron generando en el camino. Finalmente, se debe dejar constancia de agradecimiento, por su apoyo económico, a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y, por la acogida y la asistencia recibidas, a los funcionarios de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica, durante las visitas realizadas a ambos tribunales en las ciudades de Bogotá y San José.

Capítulo I: La judicatura en el engranaje democrático: de jueces sacralizados a jueces (co) gobernantes

“...Es todo lo que puedo prometerle. Lo demás está fuera de mi alcance, corresponde a la justicia. Cambiar este sistema no es tarea de militares, sino de jueces y políticos. Del Supremo Gobierno. Eso también lo sabe usted, me imagino...”

(Mario Vargas Llosa, El sueño del celta, p. 110).

Es conocida la historia del rey prusiano que construyó su palacio en las cercanías de un molino cuyas astas perturbaban el silencio de la construcción real. Esto provocó la molestia del soberano, por lo que ordenó derribar el molino. El molinero se enfrentó al monarca, pronunciando la célebre frase: “Majestad, aún hay jueces en Berlín”. El enfrentamiento entre el rey y el molinero no es cosa baladí, se trata de la disputa entre quien detenta el poder y quien no lo tiene, y, sobre todo, se trata de los mecanismos con los que cuenta el ciudadano común y corriente para enfrentar las decisiones de la maquinaria estatal y de aquellos que competen a la judicatura. Esto es, las posibilidades -o las esperanzas- que pueden ser depositadas, a esos efectos, en los jueces.

El tema no es otro que determinar cuáles pueden ser los alcances del juez de cara a resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, tanto en lo que concierne a la relación entre particulares, como con los demás órganos del estado. Y más importante aún, saber, con alguna precisión fáctica, cuáles son, en realidad, las características del posicionamiento de la justicia en la actualidad.

En este primer capítulo se analizarán, para comenzar, los modelos de judicatura a partir de las clásicas tradiciones jurídicas occidentales –civil law y common law- y las tradiciones constitucionales post revolucionarias. Posteriormente se dedicará un espacio a reflexionar sobre los cambios que, insistentemente señala la doctrina, es posible detectar en el comportamiento de muchos tribunales

alrededor del mundo en las últimas décadas⁵. En el tercer apartado se destacarán los aportes que en la transformación apuntada pueden atribuírsele a la jurisdicción constitucional.

Conviene, de previo a centrar el análisis sobre el desempeño de un tipo de juez en los casos seleccionados –Colombia y Costa Rica-, revisar cuáles son –o han sido históricamente- los rasgos distintivos del juez que se estudia aquí. De esta forma, se podrá profundizar, después, en las novedades que pudo suponer la introducción del juez constitucional en atención a su diseño institucional y a su desempeño.

A. La tercera persona del estado trinitario: Jueces, estado de derecho y tradiciones jurídicas

Decir que la magistratura y sus pronunciamientos tienen diversas repercusiones no pareciera ser una afirmación que genere alguna clase de resistencia, resulta si se quiere bastante intuitiva. Con ella, sin embargo, se corre un riesgo; podría generar la sensación de que los jueces funcionan o podrían funcionar, exactamente igual en todos los sitios. Podría pensarse, erróneamente, que se trata de un actor institucional que tiene un perfil idéntico en, al menos, las democracias contemporáneas⁶. Una visión homogenizada de la administración de justicia, que

⁵Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Great Britain, Ashgate, 2006, 311 p. En esta obra se indica, a partir de casos concretos, que tradicionalmente el rol ejercido por los jueces cambió de forma sustancial en los últimos 15 años, como se verá más adelante otros autores estiman que la transformación se comenzó a gestar después de la II Guerra Mundial. Es posible que en el contexto europeo el cambio más significativo, que se profundizará también ulteriormente, operara con el resurgimiento de la justicia constitucional después de la post guerra. En otros países, por el contrario, el proceso que ha permitido un reposicionamiento de la justicia es de más reciente data.

⁶Giovanni Sartori explica los intrincados caminos que ha recorrido la democracia desde sus orígenes hasta llegar a su concepción moderna. Desde el siglo III a.C. el concepto ha estado en permanente evolución. Hubo pensadores como Aristóteles que la consideró una de las formas equivocadas de gobierno. La democracia no fue siempre un sistema de organización bien valorado. Más aún, durante siglos, adelanta Sartori, el régimen político considerado óptimo fue la república –res pública: cosa pública-. De lo que no cabe duda es de que la democracia de los modernos no es la democracia de los antiguos. Pareciera entonces incontrovertible que la democracia primigenia nacida en Grecia no es la misma –o al menos no se funda en los mismos criterios- que la democracia de los últimos siglos, ver: Sartori (Giovanni). *Elementos de Teoría Política*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, p.27. Como señala Lijphart pueden haber muchas formas de entender y organizar la democracia actual, Lijphart (Arend). *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Editorial Ariel, Barcelona, 2008, p. 13. De allí que sea necesario aclarar cómo se conceptualizará aquí el término. Para Dahl las democracias modernas se encuentran cruzadas por dos coordenadas: el

pase por alto que la forma de ver y hacer el derecho varía de un lugar a otro, trae consigo el peligro de obviar las diferencias que, de acuerdo a las clásicas familias jurídicas –*common law* y *civil law*-, contribuyen a explicar por qué la judicatura ha sido forjada según unas características específicas que hacen que su papel en el entramado democrático pueda favorecer o no ciertos perfiles y que las transformaciones, de haberlas, traigan consigo un impacto distinto.

Partiendo de que los tribunales constitucionales analizados en esta tesis se inscriben en una de las dos grandes tradiciones jurídicas de occidente: la continental europea, resulta oportuno, en este primer capítulo, describir cuáles son los rasgos definitorios del juez en cada una de ellas en su relación, como se reseñará posteriormente, con los otros órganos del estado. De esta forma se podrá concebir, con mayor claridad, cuál ha sido la trascendencia de la creación de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica. En suma, de un –nuevo- juez hasta hace poco más de dos décadas desconocido en estos dos países: el juez constitucional.

debate público y el derecho a participar. En este punto es donde el autor considera que las democracias se convierten más en sistemas ideales que se persiguen a partir de aquellas dos coordenadas. Por eso propone el término poliarquía, esto es “...*regímenes relativamente –pero no completamente- democráticos (...) las poliarquías son sistemas sustancialmente liberalizados y popularizados, es decir muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público...*” ver: Dahl (Robert). *La poliarquía*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 19. Existen 8 condiciones necesarias para que se dé la poliarquía: libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y finalmente instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación. La mayoría de países en este planteamiento se acercan más o menos al concepto de poliarquía según haya un mayor o menor desarrollo de las dimensiones propuestas en la obra del profesor norteamericano. Lo cierto es que el mismo evidencia algo de suyo fundamental, la dificultad –sino imposibilidad- de encontrar un concepto unívoco de democracia. Para efecto de esta tesis se sigue al profesor Luigi Ferrajoli en cuanto a que democracia es, algo más que mecanismos de elección popular para acceder al poder decididos por la mayoría, con lo cual debe distinguirse entre el contenido formal y sustancial de la democracia y el surgimiento de la democracia constitucional como nuevo paradigma de organización política después de la II Guerra Mundial. Para el filósofo italiano, “...*si las normas formales de la constitución garantizan la dimensión formal de la democracia política que se refiere al quién y el cómo de las decisiones, sus normas sustanciales –aquellas que establecen los principios y derechos fundamentales (...) garantizan lo que bien podemos denominar la dimensión material de la “democracia sustancial”, que se refiere a qué no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella...*” Ferrajoli (Luigi). *Op. Cit.* pp. 27-32.

A.1 Tradiciones jurídicas

Cuando se habla de las familias jurídicas del *common law* o del *civil law* se están conceptualizando formas distintas de entender el derecho y las relaciones entre los actores institucionales⁷. Ello incide también en el desempeño de los jueces. En los sistemas jurídicos del *common law* y el *civil law* se encuentran dos tipos de juez. Entiende Garapon que las relaciones entre justicia y política encuentran en estos modelos una causa explicativa. Adelanta, el ex magistrado francés, que en los países del *common law* la influencia política de los jueces es en la actualidad quizá menos visible porque es mucho más antigua y, en consecuencia, está bastante más enraizada en la sociedad⁸.

En la tradición jurídica del *common law* los jueces se han distinguido por asumir una posición de más autonomía, lo que permitió que el poder judicial ocupara un lugar simétrico respecto de los otros poderes. De esta manera se asignó un peso significativo al derecho que surge de los pronunciamientos jurisprudenciales. Dicha dinámica consolidó un sistema de pesos y contrapesos.

En cuanto al *civil law*, la posición de los jueces fue tradicionalmente menos incisiva. Aquí, la administración de justicia se ubicó, en principio, subordinada a los órganos políticos representativos y a las normas que estos producían. Primó la idea, profundamente arraigada, del principio de separación de poderes, entendido como

⁷No es este el espacio para detallar la totalidad de las características de cada una ni anclar el estudio a su evolución histórica. Interesa destacar la posición que le ha sido concedida al juez y la conceptualización del derecho. Por lo pronto, ha de decirse que la familia romano-germánica del *civil law*, encuentra su génesis en el derecho romano recibiendo la influencia determinante del derecho canónico. Esta tradición ha privilegiado el desarrollo del derecho civil y la codificación de las normas jurídicas. Poseen sistemas jurídicos del *civil law* muchos países de Europa continental –como España o Italia– y los de América Latina. En cuanto a la familia del *common law* su origen lleva al siglo XI en Inglaterra. Se caracteriza, en el punto reseñado, porque la creación de las normas jurídicas no se agota en la ley escrita. A través de las decisiones contenidas en las sentencias judiciales se ha entendido, tradicionalmente, que también nace el derecho. El principio sería que es posible extraer reglas generales de los precedentes judiciales que se asumen como guías normativas para que los jueces, cuando tengan que resolver casos semejantes, se apoyen en esas resoluciones anteriores. En esta familia jurídica, principalmente, están comprendidos los sistemas del Reino Unido, las naciones de África, América y Oceanía que participan de la *Commonwealth*, la mayoría de los cuales aplican el derecho inglés y reconocen al monarca del Reino Unido como jefe de estado y los Estados Unidos de América. Al respecto ver: Iturralde Sesma (Victoria). *El precedente en el common law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 212 p. Waluchow (Wilfrid). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 309-356 y Merryman (John Henry). *La tradición de civil law: análisis de un jurista de common law*, Editorial AG, Varese, 1973, 242 p.

⁸Garapon (Antoine). *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, España, 1997, p. 49.

la división en compartimentos estancos del poder. Hubo una resistencia a que los poderes traspasasen las competencias asignadas a cada uno para ejercer algún tipo de control sobre los otros⁹.

Los países de tradición europea continental contaron con una judicatura de centenares de funcionarios, con no mucho prestigio y sí muchísimas responsabilidades disciplinarias, civiles y penales, así como una escasa participación popular en la administración de justicia. También se distinguieron por poseer sistemas jurídicos –sustantivos y procesales- muy detallados y nada flexibles. Mientras tanto, en los países de cultura jurídica anglosajona hubo una magistratura reducida, muy independiente, basada en una autoridad fuerte –que en algunos casos se origina en mecanismos de elección popular-, vinculación popular con la administración de justicia y sistemas jurídicos más flexibles basados, principalmente, en la costumbre y el precedente judicial. Como puede intuirse, se trata de diferencias que inciden en la definición de dos modelos de juez¹⁰.

Un estudio sistemático y completo del aparato judicial, señala Damaska, implicaría obligatoriamente dar respuesta a tres preguntas: ¿cuáles son los atributos de los funcionarios que lo componen? ¿qué tipo de relaciones se establecen con otros actores? y ¿de qué forma se toman las decisiones?¹¹ Estas preguntas actúan como hilo de Ariadna en la búsqueda de explicaciones al funcionamiento de la justicia constitucional en Colombia y Costa Rica. Se buscará aproximar las respuestas a lo largo de los ulteriores capítulos. Por ahora, en el presente apartado, se indagará el punto que más interesa, el referido a la primera interrogante según las tradiciones jurídicas mencionadas.

⁹Autel Barros (José Luis). *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, CEDECS Editorial, Barcelona, 1998, p. 45. En este capítulo el análisis se restringe a describir las características de ambas familias jurídicas en relación a la figura del juez y al vínculo que a partir de allí pueda establecerse entre juez y otros conceptos que se irán desarrollando posteriormente –como activismo judicial, judicialización de la política y justicia constitucional-. Autel estima que los modelos jurisdiccionales que se desprenden de las tradiciones continentales y anglosajones están, además, estrechamente enlazadas con los regímenes autoritarios que estuvieron presentes en muchos países de Europa Continental. Hay una relación entre la concepción autoritaria del poder, al menos en sus inicios, y el establecimiento de estructuras más verticales en el poder judicial.

¹⁰Ídem.

¹¹Damaska (Mirjan). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 33.

Cualquier sesgo en ese sentido debe entenderse como intencional. El enfoque se dirige a visualizar la figura del juez en ambos paradigmas. Además, las posibilidades que desde allí potencian –o no- el protagonismo en el engranaje democrático contemporáneo, en el marco de las definiciones que serán decantadas en los capítulos subsiguientes.

De lo dicho hasta aquí se desprende que los jueces de tradición europea se definen según unos rasgos que han orientado históricamente su quehacer. Un quehacer más discreto y pasivo cuando se confronta con su par anglosajón. Pero ¿por qué ocurre esto? ¿En dónde residen las causas que sostienen que unos jueces asuman un rol más activo y otros no? Dos aspectos podrían lanzar algunas pistas que conduzcan a aclarar la cuestión: ¿cómo se llega a ser juez y cuáles son las garantías de independencia que asisten al administrador de justicia? Se pasará revista a estos dos puntos que se estiman fundamentales a fin de entender, al menos someramente, el perfil de un juez que, según se expondrá más adelante, ha supuesto en las últimas décadas un cambio respecto a su perfil más tradicional.

El primer punto por dilucidar, entonces, es quiénes seleccionan a los jueces: ¿otros actores políticos u otros magistrados –autoreclutamiento-? Optar por alguno de estos mecanismos tendrá diferentes repercusiones. Por ejemplo, siguiendo a Guarnieri y Pederzoli, cuando la selección es a través de concursos públicos a los que aplican jóvenes egresados se genera “...un proceso de socialización profesional esencialmente controlado por la organización judicial...”¹². Las relaciones que se establecen con otros actores, verbigracia con los otros abogados y la visión de la propia estructura judicial varían en función de esos caminos mediante los cuales se accede a la judicatura.

Los profesores italianos enfrentan el análisis identificando a las familias del *civil law* y del *common law* respectivamente, con dos formas de reclutamiento: concurso o burocrático y profesional¹³. En los países anglosajones –por ejemplo

¹²Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Editorial Taurus, 1997, p. 7.

¹³Damaska, en sentido similar, habla de estructura jerárquica y de estructura paritaria. En la primera hay un cuerpo profesional y jerarquizado que resuelve con base en normas técnicas. En la segunda hay un grupo –no necesariamente profesional- tomando decisiones sobre la base de normas comunes no diferenciadas de la visión general de la comunidad, ver: Damaska (Mirjan). *Op. Cit.* p. 35.

Reino Unido- los jueces son reclutados de entre los abogados de mayor experiencia y con mayor prestigio. Los nombra directamente la Corona a través de los filtros que ejercen el Lord Canciller y también, aunque en menor medida, los magistrados de más alto rango y los abogados más reputados. Mucha de esta influencia se ejerce de manera informal y sin criterios de selección claramente definidos, así, los políticos han dejado de tener un peso decisivo, al menos formalmente, prevaleciendo los criterios profesionales¹⁴. Otro aspecto a considerar es que los jueces de influencia inglesa se distinguen por proceder de las élites más poderosas de la sociedad, lo que hace que entre clases judiciales y clases dirigentes, en términos generales, se compartan las mismas visiones y perspectivas¹⁵.

Frente a este modelo propio de la tradición del *common law*, se encuentra el modelo burocrático de los países europeos continentales –y en consecuencia, de los latinoamericanos, tributarios de su impronta¹⁶-. Se parte de que los jueces como cualquier otro funcionario público deben cumplir con una serie de requisitos que garanticen su idoneidad. Es el concurso público la principal vía de acceso a la judicatura, mediante la cual se pretenden asegurar la imparcialidad y la calidad de los jueces. Participan, en general, jóvenes egresados sin experiencia en la práctica profesional, lo que contribuye a un alto nivel de corporativismo cuando no, afirman Guarnieri y Pederzoli, a una cerrazón y una “balcanización” de la estructura judicial frente a otros grupos y sectores, incluso de la propia abogacía¹⁷.

¹⁴Aunque debe aclararse que recientes reformas han hecho variar el peso tradicionalmente ejercido por el Lord Canciller. Al respecto puede consultarse: Le Sueur (Andrew). *Building the UK's new supreme court: National and comparative perspectives*, Oxford University Press, New York, 2007, 345 p. El libro analiza los procesos de reforma judicial efectuados en Inglaterra y Gales en 2003. Suponen el rompimiento de una rígida y aparente, hasta entonces, inmodificable estructura. Entre otras cosas incluyó la supresión de varias de las prerrogativas del Lord Canciller en la designación de los jueces que lo convertían en Ministro y juez y la creación de una Secretaría de Asuntos Constitucionales además de la creación de una nueva Corte Suprema en aras de lograr una mayor independencia entre los poderes del estado.

¹⁵Autel Barros (José Luis). *Op. Cit.* p. 435.

¹⁶Cáceres Corrales (Pablo). *Crítica constitucional*, Editorial del Banco de la República, Bogotá, 1989, p. 436.

¹⁷Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* pp. 39-41. Por ejemplo, en Alemania se deben cumplir dos rigurosas etapas que consumen casi diez años, una en la Facultad de Derecho, otra mediante *stages* de prácticas profesionales. En Francia se ha creado una Escuela Judicial en la que es necesario superar un periodo de formación, los requisitos de entrada son realizar pruebas teóricas y tener más de veintisiete años. Luego se entra como juez en formación por treinta y un meses. Italia, igualmente, cuenta con mecanismos de acceso propiamente burocrático, el único filtro es el

Estos mecanismos de acceso permiten desarrollar un fuerte sentido de identidad que define con rigidez “...a los de adentro y a los de afuera...”¹⁸. En definitiva, en los sistemas burocráticos dos rasgos cruciales son: la existencia de instituciones destinadas al adiestramiento de los oferentes como fórmula de contrarrestar la inexperiencia y la formación que se recibe desde la propia organización judicial¹⁹.

El otro tema fundamental tiene que ver con la protección que se hace en cada modelo de la independencia judicial. Aunque ambas familias la reconocen como un elemento clave en el desempeño de los jueces, la conceptualización varía según se trate de un caso u otro. De cualquier forma debe diferenciarse también la independencia externa, aquella que se establece respecto a otros actores políticos como el poder ejecutivo, de la independencia interna, que se relaciona con la independencia que tienen los jueces frente a los jueces de los niveles jerárquicos más altos de una organización judicial²⁰.

En los modelos profesionales los jueces cuentan con mayor independencia, e incluso, es poco común “hacer carrera” en el aparato judicial. En los modelos burocráticos, en cambio, existe un control más rígido de los niveles más altos hacia

concurso público y un periodo de formación en los propios juzgados a cargo de funcionarios más experimentados que se extiende por quince meses. Por último en España, que aunque contempla una selección *ad hoc* de reconocidos juristas, la principal forma de llegar a la judicatura consiste en realizar un examen y en la formación que se recibe de la Escuela Judicial.

¹⁸Damaska (Mirjan). *Op. Cit.* p. 37.

¹⁹Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* p. 46. Aunque en América Latina la carrera judicial no ha seguido exactamente los mismos patrones que en los países europeos mencionados, dicho muy generalmente, los mecanismos de acceso, sobre todo en los últimos años, se acercan al modelo burocrático. Durante mucho tiempo la desorganización imperante facilitó que los puestos judiciales, no sólo los de los jueces de las cortes supremas, se convirtieran en parte del botín político por repartir entre quienes accedían al poder. Si bien no se podría asegurar que esta situación se haya eliminado del todo, recientemente se ha buscado mediante la creación de escuelas judiciales –la mayoría de ellas de dudosa calidad- ejercer, a lo interno, un mejor control sobre la formación de los jueces. Un aspecto que se comparte con Europa es la influencia que tienen las jerarquías y que los procesos de socialización, porque muchos jueces provienen de la estructura judicial en la que se desempeñaban como administrativos o funcionarios auxiliares, se realiza también a lo interno, ver: Perdomo Pérez (Rogelio). *Los abogados de América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 208-220 y Salas (Luis) y Rico (José María). *La carrera judicial en América Latina*, en: www.enj.org consulta realizada el 10 de mayo de 2011.

²⁰En relación a la independencia judicial pueden consultarse: Grande Yáñez (Miguel). *Independencia judicial: problemática ética*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, 240 p. Linares (Sebastián). *La independencia judicial: conceptualización y medición*, en: Burgos (German) edr. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Colección Textos de aquí y ahora, Bogotá, 2003, pp. 108-166 y Martínez Alarcón (María Luz). *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 425 p.

los niveles inferiores lo que favorece la existencia de una estructura más piramidal. En cuanto a la independencia externa, es decir la influencia de actores ajenos al propio sistema de justicia, la situación varía igualmente.

En las magistraturas profesionales la influencia del sistema político se evidencia al momento del reclutamiento. En las burocráticas los mecanismos de influencia están insitos en la estructura en sí misma. Afectan tanto la independencia interna como la externa porque no es sólo que los vértices del poder judicial ejercen control sobre los jueces de los otros niveles, además ciertos actores políticos tienen un rol de decisión importante –incluso en los consejos de gobiernos creados en muchos poderes judiciales continentales-²¹.

Son organizaciones jerarquizadas de tal forma que los funcionarios están en varios niveles y el poder se derrama desde arriba, los temas conflictivos serán resueltos, casi sin excepción, en la cúspide de la pirámide “... el control político sobre los jueces se ejerce a través de los mecanismos de nombramiento, ascenso y destitución. Esto explica por qué quienes detentan el poder político se han reservado siempre tales atribuciones, para ser ejercidas de modo directo o indirecto...”²². Al mismo tiempo se crean métodos de control a la libertad interpretativa de los jueces. Quedan cerrados caminos de interpretación alternativos y teóricamente sustentables que “...una imaginación jurídica sin restricciones institucionales podría concebir fácilmente...”²³.

Debe reconocerse que si bien los dispositivos formales e informales de la familia del *civil law* han limitado muy fuertemente la creatividad del juez –al punto de intentar anularla- esto no significa que la judicatura del *common law* no tenga sus propias formas de control o de disciplina, o que su libertad creadora sea absoluta. El

²¹Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* pp.47-63.

²²Pásara (Luis). *Tres claves de la justicia en el Perú*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 81.

²³Damaska (Mirjan). *Op. Cit.* pp. 38, 42-67. Esta visión verticalizada de la justicia continental encuentra su génesis, según el autor, en el siglo XI cuando el movimiento de unidad dentro de la Iglesia Católica impuso un modelo rígido y jerárquico que luego tuvo una fuerte repercusión en el resto de instituciones. En el siglo XIII, los reyes de Francia diseñaron un cuerpo estratificado de funcionarios encargados de afirmar y consolidar el poder real. Con el fortalecimiento del absolutismo del siglo XVI y XVII las burocracias centralizadas se extienden a los principales países de Europa continental.

control básicamente se logra mediante el respeto que se concede a los precedentes judiciales²⁴.

Siguiendo a Cappelletti²⁵, desde el punto de vista de la estructura, los tribunales del *civil law* son, en efecto, muy diferentes a los de los países del *common law*. En los países europeos se encuentra una corte suprema, en el vértice, dividida por materias –civil, penal, familia, etc.-. Esta división diluye el poder que pueden tener los jueces o al menos hace que sea inferior en comparación con otros países, como Estados Unidos.

Otra diferencia es que en los países del *civil law* se ha afincado una idea de desconfianza en la discrecionalidad de los poderes públicos. Esta desconfianza provoca que principios como el norteamericano *writ of certiorari*, que permite a los jueces de la Corte Suprema decidir qué conocer y qué no, no existan o que cuando se introducen lo sea más tangencialmente²⁶.

La tercera diferencia se encuentra en que al ser el europeo continental un juez de carrera, que se integra al aparato judicial recién salido de la Facultad de Derecho siendo muy joven y una vez superados unos exámenes académicos, el tecnicismo del que está imbuido le impide tener una visión de la realidad que vaya más allá de la literalidad de las normas jurídicas. Este juez está formado más técnicamente y más controlado por los jueces superiores, con lo cual es menos dado a la creatividad y a asumir una posición “*policy oriented*”. Se trata de jueces jóvenes más volubles a las imposiciones de un sistema que entiende el derecho como el textualismo de la ley.

La cuarta diferencia, concluye Cappelletti, está en la vinculatoriedad del precedente judicial –*stare decisis*- en los sistemas anglosajones. Mediante el principio del *stare decisis* se busca que se respeten los pronunciamientos anteriores

²⁴Garapone, por ejemplo, sostiene que los jueces del *common law* tienen ciertamente más independencia externa dado que una vez elegidos la influencia política desaparece casi por completo, no obstante en su opinión dentro del aparato de justicia el respeto por los pronunciamientos de los órganos superiores es tan alto que la independencia interna en la práctica se reduce igualmente, ver: Garapon (Antoine). *Op. Cit.* p. 54.

²⁵Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori?*, Dott. A. Giuffré Editore, 1984, pp. 104-108.

²⁶Ver la matización que sobre esto hace Ferreres en el apartado *iii. Competencia y juez constitucional*, parágrafo C.2 del presente capítulo

de las cortes más altas del escalafón de justicia y se restrinjan las posibilidades creativas que de otra forma serían más fácilmente disponibles por los jueces²⁷.

En síntesis, siguiendo de nuevo a los profesores de la Universidad de Bologna, en una magistratura burocrática de la familia jurídica del *civil law* se tiene²⁸: 1. La selección de funcionarios se organiza a partir de concursos públicos, sin que la experiencia tenga mayor importancia. 2. La socialización del juez se realiza desde la propia estructura judicial. 3. La existencia de jerarquías fuertes que fomentan los ascensos y movimientos definidos por el vértice judicial. 4. Jueces generalistas contratados para conocer una gran variedad de materias. 5. Menor independencia interna.

En la magistratura profesional del *common law*, finalmente, los rasgos más relevantes son los siguientes: 1. Personal formado en la práctica. 2. La socialización se recibe fuera de la organización judicial, pues se accede a ella una vez se haya trezado una larga experiencia profesional. 3. No existen promociones de jerarquía. 4. Se confía menos en los controles internos. 5. Existencia de menor independencia externa.

Todas estas diferencias, concluye Cappelletti, permiten dilucidar porqué un juez ha podido tener una actuación más decisiva y protagónica que el otro: “...*la struttura più diluida delle corti, il gran numero delle decisione irrilevanti che sommergono le poche rilevanti sul piano dell' indirizzo generale, il tipo di magistrati più anonimo e orientato alla Soutine: tutte queste caratteristiche cospirano a far sì che l' auctoritas della giurisprudenza sia meno grande, meno visibile, meno drammatica nei paesi di Civil Law che nella aree dove prevale invece la tradizione di Commo Law...*”²⁹. Estas caras de la justicia se traducen en dos vías para ejercer la judicatura. La judicatura no ha sido igual en todas las democracias. La principal conclusión que podría extraerse hasta aquí es que el juez de la tradición del *civil law* ha sido más pasivo debido, en gran parte, a la estructura en la que se encuentra, a las formas de selección y a la concepción que reivindica del derecho.

²⁷Ver, acerca del *stare decisis* en países de tradición románica, el parágrafo C.1 del presente capítulo.

²⁸Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* pp. 63-65.

²⁹Cappelletti (Mauro). *Op. Cit.* p. 107.

No debe soslayarse que en buena medida son planteamientos teóricos que en la práctica podrían atomizarse, cuando menos atemperarse³⁰. Sin embargo, las categorías perfiladas ofrecen condiciones que contribuyen a entender cómo fue históricamente asumido el juez de una tradición jurídica. Sólo teniendo presente este mapa cognitivo se podrá visualizar luego, con mayor precisión, dónde se ubica algún punto de inflexión de la magistratura.

Dicho esto es necesario, entonces, continuar profundizando en cómo podrían ser descritos los jueces de las dos tradiciones jurídicas. En los países de tradición anglosajona el juez se configura como conciencia jurídica de la sociedad por lo que está dotado de amplios márgenes de maniobra para decidir. Su actuación como conciencia jurídica no se reduce a un ejercicio legalista y positivista, sino a la búsqueda de soluciones justas sobre la base de un análisis de las posibilidades que puede ofrecer una norma jurídica³¹. El juez no es visto como un burócrata. Cosa distinta sucede con el juez de tradición continental europea –el juez “boca de la ley”³²– que se ajusta a las rigideces del sistema legal y de allí no puede apartarse. Existe rechazo, cuando no horror, a cualquier desplazamiento, por minúsculo que sea, al terreno de lo metajurídico. El juez es un burócrata más que limita su participación, en el funcionamiento de la democracia, a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del estado³³.

De frente a los otros brazos del estado la existencia del juez burócrata produce también consecuencias. Aulet apunta un ejemplo esclarecedor: el

³⁰Damaska (Mirjan). *Op. Cit.* p. 36.

³¹Dice Fiss: “Como muchos de ustedes saben, nosotros en Estados Unidos de Norteamérica, enseñamos a nuestros alumnos el derecho constitucional, no leyendo la constitución una y otra vez, no estudiando ciertos tratados que dicen relación con la materia, sino mas bien, analizando los fallos emanados de la Corte Suprema durante un periodo de 200 años y procurando dar un contenido y significado específicos a los aspectos generales de la constitución...” ver: Fiss (Owen). *La independencia judicial*, en: digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2218&context=fss_papers consulta realizada el 21 de marzo de 2012.

³²La ya famosa expresión fue utilizada por Montesquieu: “*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’ en peuvent moderer ni la force, ni a rigueur*” Montesquieu. *De l’ Esprit des Loix*, Texte établi et présenté par Jean Brethe De La Gressaye, Société Les Belles, Lettres, Paris, 1955, XI, VI.

³³Lo anterior no supone llevar el modelo del *common law* al nivel de la idealización, se han apuntado varias críticas a su funcionamiento, tal vez la más importante es el grado de incerteza que produce un sistema en el que la uniformidad de criterios de interpretación es relativamente bajo. Esta falta de certeza se busca alcanzar mediante el precedente judicial, ver: Autel Barros (José Luis). *Op. Cit.* pp. 303-305, 315.

nacimiento del derecho administrativo, concebido como rama jurídica específica, fue reflejo de la voluntad de los monarcas de evadir los controles jurisdiccionales comunes. Los jueces desde una lógica mecanicista debían ocuparse de resolver las cuestiones entre particulares. Posteriormente, con los procesos revolucionarios franceses se intenta sujetar a la administración a la ley, por ser ella expresión de la voluntad popular, aunque para eso deban crearse tribunales especializados.

A mayor abundamiento, señala Pásara, luego de los procesos revolucionarios europeos del siglo XVIII queda anclada la teoría que entiende que el poder del estado se divide en tres ramas, las cuales se contrapesan unas respecto a las otras. No obstante, esta noción fue configurando al aparato judicial como ente apolítico, cuya apoliticidad se garantizaba mediante el sometimiento textual y acrítico a las normas jurídicas expedidas por los otros poderes.

Esto conduce, asegura el profesor peruano, a una paradoja “...el punto de partida consistía en un poder judicial que por ser autónomo era capaz de contrapesar a los otros poderes. Pero el desarrollo de esta separación del poder judicial lo lleva a desentenderse de los contenidos en el ejercicio de esos poderes. La autonomía, así, deviene sinónimo de aparente aislamiento. Cuanto más aséptico se presenta quien administre justicia, mejor habilitado se halla para desempeñar su función...”³⁴. Tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la que es parte porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas de las que lo abastecen los poderes legislativo y ejecutivo³⁵.

La cultura del juez que aplica normas mediante un silogismo perfecto, para resolver conflictos entre sujetos privados, se encontraba absolutamente aceptada. La idea de que el control y la limitación del poder se pudieran ejercer también desde la magistratura resultaba, si se quiere, contrafáctica³⁶. El juez ordinario se mantuvo

³⁴Pásara (Luis). Op. Cit. pp. 43-44.

³⁵Se proclama, subraya un autor, que el funcionario judicial sea un eunuco o inimputable político, ver: Martínez (Mauricio). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*, Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 2009, p. 73.

³⁶Amplía Calamandrei: “...se comprende entonces cómo en este sistema la etapa judicial (...) es muy simple. El juez al cual se presenta un hecho, no debe hacer otra cosa que clasificarlo jurídicamente, es decir, reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero, y una vez encontrado, no debe hacer otra cosa que leer en la ficha, fácilmente y con prontitud, la solución

relegado porque su función debía restringirse a aspectos que no tocaran el desempeño de los otros actores políticos³⁷. La judicatura perdió influencia política desde la Revolución Francesa, escribe Garapon; una forma de consolidar la primacía parlamentaria fue dividir la justicia en muchos cuerpos y concederles el conocimiento de materias concretas. Al mismo tiempo, el estado aisló las esferas susceptibles de afectarlo directamente y confió el resto –familia, civil, penal, laboral– al sistema judicial³⁸.

García Pascual, enumera otros factores que contribuyeron al debilitamiento de la función judicial: aparición de códigos que fijaron reglas rígidas para la interpretación jurisdiccional, el fortalecimiento de categorías dogmáticas, la sustracción del derecho administrativo a la jurisdicción ordinaria y la inclusión del poder judicial en el ámbito de control de los otros poderes, en especial del ejecutivo³⁹.

En resumen, puede afirmarse que el juez de la tradición continental europea con base en una serie de elementos –institucionales, culturales, históricos y políticos– fue concebido como un funcionario público que resolvía conflictos, especialmente entre particulares, y cuya tarea quedaba cumplida al aplicar a un supuesto fáctico el contenido de las normas jurídicas que le venían dadas por los otros poderes públicos. Estaba fuertemente controlado por factores externos e internos de la propia estructura judicial. El margen para que, mediante sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso.

El juez del sistema del *civil law* ha sido visto como un ente pasivo e huido que se negó a impactar los modelos de sociedad en los que se encontraba inmerso. Ha estado encerrado en un aparato judicial que lo constreñía a subsumir simplemente hechos en normas formales. En palabras de Ruíz “... el juez continental no ha perdido su cualidad de funcionario y posee un status profesional que lo abriga de azares en

apropiada. Es éste el famoso silogismo judicial...” ver: Calamandrei (Prieto). *Proceso y democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 71.

³⁷Aulet Barros (José Luis). *Op. Cit.* p. 292.

³⁸Garapon (Antoine). *Op. Cit.* p. 56.

³⁹García Pascual (Cristina). *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1997, p. 113.

cuanto a estabilidad en el empleo, pero no posee facultades de influencia en la cosa pública y su campo de actuación es más preciso y limitado... ”⁴⁰.

Se seguirá avanzando en el perfil de este juez en el apartado siguiente, pero ahora a partir de las tradiciones constitucionales. Al detenerse en las tradiciones constitucionales es posible también encontrar algunas razones adicionales que explican el porqué del modelo imperante de magistratura.

A.2 Tradiciones constitucionales

Así como el juez, según la perspectiva de las familias jurídicas desarrollada en el apartado anterior, se instala en el aparato institucional sobre la base de elementos como los mecanismos de selección o las garantías de independencia, desde las tradiciones constitucionales podría ahondarse aún más para vislumbrar enfoques igualmente diversos en relación con el papel que ha mostrado la judicatura. Las conocidas diferencias que hay entre el constitucionalismo británico, el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo francés contribuyen a aclarar el perfil que fue asumiendo el juez de tradición continental europea, heredado luego por los países latinoamericanos, en cuanto a un tema medular: la limitación del poder público⁴¹.

El constitucionalismo británico supone una evolución sin rupturas que se evidencia, sobre todo, en el siglo XVII; poco a poco se fueron haciendo concesiones y se fue fortaleciendo la creencia en un parlamento que limitaba el poder absoluto del monarca. En el caso de Estados Unidos el proceso del siglo XVIII estuvo

⁴⁰Ruiz Pérez (Joaquín). *Juez y Sociedad*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 39.

⁴¹Como bien señala Rafael Bustos existen conceptos íntimamente conectados: derecho constitucional, constitución y constitucionalismo son un buen ejemplo. Bustos Gisbert (Rafael). *La Constitución Red: un estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*, Editorial Oñati: IVAP, Bilbao, 2005, p. 52. Se entenderá constitucionalismo como una ideología sobre el control del poder que aunque ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, su momento de mayor evolución y articulación metodológica se encuentra en las revoluciones liberales de los siglos XVI a XVIII. La finalidad del constitucionalismo, que puede manifestarse a través de diferentes movimientos, es la instauración de órdenes políticos y gobiernos limitados como garantía de ciertos valores y derechos, ver: Hesse (Konrad). *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 16, Fioravanti (Maurizio). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 25 y Prieto Sanchís (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 29-35.

caracterizado, más bien, por una separación de la metrópoli producto de desavenencias económicas frente a la imposición de tributos que los colonos estimaron injustos. Aquí resulta paradigmático el nuevo rol que asumiría el poder judicial. Aunque la influencia de Montesquieu es innegable, la Nueva Inglaterra hace su propia interpretación pues se partió de la necesidad de contar con un sistema de justicia fuerte y vigoroso que sirviera como contralor de los posibles excesos de los otros poderes del estado, especialmente el legislativo⁴².

Entre finales del siglo XIX y principios del XX el poder judicial adquirió un protagonismo sin precedentes que se intensificó con la llegada de Roosevelt al poder. El presidente encontró una férrea oposición de la judicatura en los planes de promover una serie de políticas progresistas y de corte social. La situación, conocida como el *New Deal*, logró resolverse con la amenaza formulada por el gobernante de aumentar el número de jueces, con lo cual garantizaría una mayoría afín a sus intereses. Ante la amenaza, la jurisprudencia, hasta entonces beligerante y contraria a los intereses del ejecutivo, fue notoriamente más benevolente y la mayoría de las leyes logró superar el escrutinio de las cortes. Tras la II Guerra Mundial, la Corte Suprema se centró en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos y en el derecho de las minorías⁴³.

Finalmente, la experiencia continental, reflejada en la Revolución Francesa, se aleja de lo visto en las otras dos tradiciones constitucionales. A diferencia de Reino Unido, en el caso francés sí hubo un momento de ruptura. Para finales del siglo XVIII continuaba funcionando una monarquía absoluta que de alguna manera explica esa fractura violenta y revolucionaria que marca el proceso constitucional francés –que por cierto en un principio estuvo plagado de errores e indefiniciones conceptuales, diez constituciones en pocos años son sólo prueba de ello⁴⁴-. Hubo un intento de algunas voces que propugnaban por un sometimiento a la constitución y por un posicionamiento más relevante de los jueces. Sin embargo, prevaleció un

⁴²Jiménez Asensio (Rafael). *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 221.

⁴³Ídem. Sobre el caso de la magistratura norteamericana se volverá en el capítulo segundo.

⁴⁴Jiménez Asensio (Rafael). *Op. Cit.* pp. 98-99.

legicentrismo, esto es una fe absoluta en el legislador y en la simple aplicación por parte del poder judicial de las disposiciones dictadas por el parlamento⁴⁵.

Hay una clara diferencia entre dos modelos de constitucionalismo en el siglo XIX: el norteamericano y el continental europeo. Mientras en Estados Unidos prima el arquetipo de una constitución normativa, en Europa la de una constitución política que servía para organizar los poderes públicos⁴⁶. Se optó por constituciones flexibles, no se estableció una relación entre supralegalidad formal y supralegalidad material de la constitución y continuó teniendo un peso importante el principio monárquico –aunque luego vence, al menos en Francia, la idea democrática, esto sólo confirma la tesis del sometimiento a la ley como expresión, ahora, de la soberanía popular⁴⁷.

Frente a los jueces hubo desconfianza, la jurisprudencia y la costumbre fueron formas de creación del derecho durante el *ancient régime* por lo que su expulsión de los sistemas jurídicos post revolucionarios se volvió imperativa. No hacerlo equivalía a tolerar la usurpación a la voluntad general expresada en la ley⁴⁸. La convicción de que los jueces tendrían que asumir un perfil restrictivo respondía a los abusos que se cometieron durante el pasado y frente a los cuales la magistratura fue cómplice⁴⁹. Cuando se intentaron promover reformas de corte liberal que

⁴⁵Ídem, pp.100-104.

⁴⁶Pérez Royo (Javier). *Curso de derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 115.

⁴⁷Prieto Sanchís (Luis). *Op. Cit.* pp.117-119.

⁴⁸Sirvan, a modo de ilustración, las palabras de un clérigo sevillano que, explicando la Constitución de Cádiz, dijo lo siguiente: “...:cuántos poderes son necesarios en la sociedad para conseguir la felicidad? Tres, y el primero de ellos, hijo mío, es el legislativo (...) como soberano depende de ninguno, y de él emanan los otros dos como de su origen...” citado por: Clavero (Bartolomé). *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 13.

⁴⁹Aunque esta es la posición más generalizada, López Medina matiza el punto. En su opinión el legalismo francés anti-jurisprudencial fue modificándose con el tiempo y aunque “...el odio revolucionario...” a la creación del derecho por vía judicial se mantuvo, en la práctica forense se fueron introduciendo cambios que consideraban que no todos los supuestos de hecho podrían ser previstos por el legislador. De esta manera los fallos constantes de los tribunales superiores obligaban a los órganos inferiores a acatarlos. No era exactamente como el *stare decisis* anglosajón porque en el caso continental europeo se trata de atender los contenidos abstractos –no la decisión concreta para al final dar igual solución a hechos iguales-, ver: López Medina (Diego Eduardo). *El derecho de los jueces*, Editorial Legis, Bogotá, 2006, pp.8-15. Lo que no debe obviarse, sin desdeñar el valor persuasivo que pudo ir adquiriendo la jurisprudencia, es que estaba limitado al pronunciamiento reiterado de las instancias más altas en el escalafón judicial, con lo cual se mantenía un fuerte control sobre los jueces de menor jerarquía y que, además, esa jurisprudencia estaba vinculada especialmente a la legislación civil –la única que cita el autor- cuya aplicación se hacía respecto a relaciones entre particulares por lo que es posible deducir que en el fondo la

recortaran los privilegios feudales los jueces fueron un obstáculo muy fuerte para que prosperaran⁵⁰.

El constitucionalismo norteamericano consolidó la noción de que la constitución es la “ley” que rige a modo de ley suprema y que cualquier norma que infrinja lo que estatuye la constitución puede ser desaplicada por los jueces⁵¹. Además creó un mecanismo de control difuso, es decir no hubo necesidad de establecer un procedimiento especial constitucional como se haría tiempo después en Europa y en la mayoría de países latinoamericanos⁵².

En este sentido, modelo de judicatura y constitucionalismo revelan una conexión estrecha. Existe entre ellos una relación de causalidad. La forma como es entendida la ley y la soberanía, en la experiencia continental europea –y su posterior exportación a otras latitudes-, tiene un efecto directo sobre los jueces, quienes quedan condicionados y con unos contornos que responden a las premisas expuestas anteriormente.

preeminencia de los otros poderes del estado sobre el poder judicial no sufriera entonces ningún cambio significativo.

⁵⁰Cappelletti (Mauro). *Judicial Review in the contemporary world*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, p. 35.

⁵¹No se menciona al constitucionalismo inglés porque pese a la distinta concepción que se tuvo allí de la magistratura en comparación, como fue explicado en el primer apartado, con los países del *civil law* el nacimiento formal de la justicia constitucional se da en Estados Unidos, no en Inglaterra donde prevaleció el principio de supremacía parlamentaria. La prevalencia de este principio se da paradójicamente pese a que se estima que fue mediante la doctrina formulada por el juez inglés Edward Coke que surge el control judicial de las leyes hace 400 años. En el célebre caso del Dr. Bonham, por una prohibición para el ejercicio de la medicina dictada por el Real Colegio de Médicos de Londres, Coke, al resolver en sentencia, dijo que había principios y valores generales del *common law* que debían imperar y que correspondía a los jueces, por estar mejor situados, garantizar que esto fuera así. La doctrina luego de la revolución de 1688 es abandonada. En cambio, en las colonias americanas, en criterio de Cappelletti, se entendió que las normas internas de organización eran válidas en tanto no contravinieran las leyes de la corona inglesa. Esto, asegura el profesor italiano, favoreció que se fuera construyendo un discurso jurídico a favor de la superioridad de ciertas disposiciones y el arreglo del resto con ellas. Pueden consultarse: Cappelletti (Mauro). *The judicial process in comparative perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 126-129 y Mac Gregor Ferrer Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, Observatório Jurisdição Constitucional, Año 4, 2010-2011, en: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/560/372 consulta realizada el 11 de junio de 2011.

⁵²Ferreres Comella (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, en: www.islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerreresPaperSpanishSELA2004.pdf consulta realizada el 22 de agosto de 2010 y Ruiz (Miguel Alfonso). *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, en: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_07.pdf consulta realizada el 22 de agosto de 2010.

En efecto, bajo la égida napoleónica la justicia se concibió como una estructura fuertemente jerarquizada y organizada mediante una carrera burocrática lo que, como ha sido visto, provocó que la práctica jurisdiccional tuviera un desenvolvimiento bastante desdibujado⁵³. Todo ello “...con la característica falsa conciencia acerca del auténtico papel del derecho y del propio rol en el modelo; la inmersión en el formalismo interpretativo...”⁵⁴. Es la definición de un juez dogmático e ideológicamente restringido⁵⁵, porque aceptó que si la ley era la única expresión de la soberanía, su sometimiento a ella, plena y hermética, no admitía ser cuestionado según valores más altos.

B. De jueces sacralizados a jueces (co)gobernantes

El juez alimentado en la tradición del *civil law* y en los movimientos constitucionales de Europa continental, mecanicista y apolítico, inmaculado e impoluto queda justamente retratado en la imagen de la toga que le concede, apunta Andrés Ibañez, un cierto resabio sacerdotal y, como cualquier expresión sacra, de algo que desciende del cielo⁵⁶. Las características del juez togado, de estas tradiciones, generan simultáneamente la percepción de que se trata de una figura situada por encima de los problemas que la sociedad resuelve a través de los otros poderes públicos.

B.1 Juez sacralizado

Desde la visión del juez sacralizado la magistratura está para aplicar la ley y su contribución se reduce a ello. El juez utiliza los instrumentos que le han sido concedidos para decidir a través de formalismos y rituales que lo arropan y le

⁵³Andrés Ibañez (Perfecto). *Derecho y justicia en el siglo XXI: más difícil todavía*, Coloquio Direito e justiça no século XXI, Universidad de Coimbra, 29 a 31 de mayo de 2003, en: www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf consulta realizada 27 de noviembre de 2010.

⁵⁴Ídem.

⁵⁵Capella (Juan Ramón). *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas: consideraciones oblicuas*, Editorial Fontanell, Barcelona, 1970, p. 29.

⁵⁶Andrés Ibañez (Perfecto). *El velo de la justicia*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2004, p. 59.

permiten atildar una imagen mística y sacra, consagrada a resolver no ya en nombre de los dioses, pero sí de las leyes⁵⁷. Su actuación, así vista, refuerza el halo sacramental. Pero debilita las posibilidades de que mediante la magistratura se puedan alcanzar respuestas que, más allá de la cancelación de una deuda o el cumplimiento de una pena privativa libertad, reconozcan y ofrezcan alternativas para los dilemas actuales, momentáneos y terrenales que aquejan a la sociedad. Para estos dilemas la forma de organización jurídica contemporánea -el estado- en todas sus manifestaciones debería estar presente.

Un juez sacralizado, pese a estar armado para incidir en su entorno de un modo más integral, no lo hace. Teniendo la posibilidad de proponer soluciones a los problemas, de diseñar líneas de acción política en el plano económico y social o de levantar la mano en nombre del pueblo al que pertenece prefiere escabullirse. No hacerlo sería demasiado audaz en razón de la estructura a la que pertenece. El juez sacralizado está dirigido a emitir pronunciamientos concretos y simples. Esto puede catalogarse como su más poderosa intervención en la sociedad. Mientras tanto los problemas más ingentes, la injusticia en general y las situaciones más conflictivas, se mantienen vigentes⁵⁸. Para un juez sacralizado desentenderse de la realidad que lo circunda, para impactarla o modificarla, es un medio de conservación del *status* que ha obtenido.

Los procesos de socialización judicial, los diseños institucionales, las garantías de independencia y el devenir histórico en el que se desarrolló afianzan este prototipo de magistratura. Hay una ostensible vinculación, como se expuso en el primer apartado, entre los jueces y la forma en que se fue erigiendo el estado y el constitucionalismo post revolucionario.

Empero, y a contramano de esta imagen descrita que corresponde al estilo judicial tradicional, en los últimos años se ha advertido una transformación en el

⁵⁷De esta manera lo que se impone como método de análisis es el positivismo jurídico “...su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura...” Zagrebelsky (Gustavo). *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, octava edición, Madrid, 2008, p. 33.

⁵⁸Pásara (Luis). *Op. Cit.* pp. 58.

impacto que en muy diversos ámbitos tienen los jueces, o al menos algunos de ellos, en diferentes partes del mundo, incluidos los países de tradición europea continental. Un cambio, que en palabras de Zagrebelsky, implica la superación de un modelo en el que la judicatura se limitaba a ser sierva del legislador y de su voluntad⁵⁹.

B.2 Un punto de inflexión en el modelo del juez sacralizado

En efecto, el modelo de juez sacralizado que, al decir de Gargarella, Domingo y Roux, se extiende desde Colombia hasta India pasando por Brasil, Argentina, Costa Rica, Angola, Hungría, Rusia, Italia, India y Alemania etc.- cambia sustancialmente en las últimas décadas⁶⁰. Es lo que algún autor ha denominado la expansión del poder judicial⁶¹.

De Sousa y García resaltan que en este periodo se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en prácticamente todo el mundo. Ello ha conducido, prosiguen los autores, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales en la vida pública y en los medios de comunicación colectiva y, algo muy significativo, a “...la transformación de lo que alguna vez fueron asuntos y procedimientos judiciales esotéricos en tópicos de conversación frecuentes entre ciudadanos corrientes...”⁶².

El repertorio de decisiones que, en palabras de Guarnieri y Pederzoli, las democracias contemporáneas exigen hoy día a los tribunales es inmenso, así “...la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas, y sobretodo, con diferente intensidad...”⁶³. Lo anterior evidencia un reposicionamiento de los jueces al adquirir mayor relevancia. No es otra cosa que la

⁵⁹Zagrebelsky (Gustavo). *Op. Cit.* pp. 140-146.

⁶⁰Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis). *Op. Cit.* pp. 255-257.

⁶¹Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, 1995, 556 p.

⁶²De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001, p. 162.

⁶³Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* pp. 15-16.

redefinición de los jueces en la democracia y del uso del poder del que disponen para intervenir en los asuntos públicos⁶⁴.

López Medina comenta que frente a la experiencia de una rama judicial kafkiana y legalista, y poco sensible a las necesidades y a las angustias de quienes acudían a ella, los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los añejos y estrechos marcos del derecho más tradicional⁶⁵.

Brenes Barahona, por su parte, pasa revista a la evolución que ha tenido la figura del juez en la literatura. Indica que ha pasado de considerársele un oficinista experto, que simplemente calzaba los hechos que se sometían a su conocimiento a

⁶⁴Pueden enumerarse muchos ejemplos que documentan la transformación de la judicatura la cual se ha ido convirtiendo en un foro en el que se resuelven tópicos del más diverso calado. El cambio refleja un punto de quiebre en la labor acometida por los jueces desde los periodos revolucionarios del siglo XVIII. Sólo a modo orientativo, se citan los siguientes casos: la sentencia de 1 de junio de 1993 de la Corte Constitucional de Guatemala que de oficio restablece la institucionalidad en el país luego de que el entonces presidente, Jorge Serrano Elías, realizara un autogolpe de estado, en: www.cc.gob.gt. La resolución del Tribunal Federal alemán sobre el aborto en la que se indican una serie de aspectos que deben ser respetados por el legislador para la protección de la vida prenatal, Sentencia VberfGE 88/203. El fallo del 6 de marzo de 2001, de un juez federal de la Corte Suprema argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de punto final y obediencia debida mediante las cuales se dejaban impunes hechos cometidos durante la dictadura militar, ver: Almóvil (Jéssica) y Espósito (Carlos). *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 43-68. Los juicios desencadenados en Italia por el caso conocido como *Tangentopoli*; todo surge con el descubrimiento de poderosas redes de corrupción en Milán que vincularon a políticos y funcionarios públicos. Los procesos adquirieron gran relevancia por su fuerte contenido político y generaron un reposicionamiento del poder judicial, ver: Carlo (Guarnieri). *Guiztiza e politica: I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003, 194 p. El voto del Tribunal Constitucional español, dictado en el año 2010, que avala el Estatuto de Cataluña; un tema que generó mucha controversia pues suponía según algunos, al menos entre los miembros del Partido Popular, una cesión de competencias y soberanía a favor de intereses nacionalistas catalanes, ver: Sentencia 31/2010. Finalmente la resolución del Supremo Tribunal de Brasil dictada en mayo de 2011 que reconoce las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las equipara al matrimonio heterosexual, ver: www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/brasilen/reconoce/uniones/. Todas estas sentencias se caracterizan por tener dos elementos comunes: un mayor poder de decisión –en ciertos pronunciamientos incluso definitivo- y el reconocimiento de nuevos derechos para las personas. Ambos reflejan una modificación trascendental en cuanto al paradigma de juez explicado. Con estos casos se está describiendo un juez que interviene y no se conforma con aplicar una norma mecánicamente. Sus pronunciamientos tienen mayor incidencia social y hay una menor pasividad cuando se coloca de frente a los otros órganos estatales.

⁶⁵López Medina (Diego Eduardo). *Op. Cit.* p. 322.

los códigos civiles, a ser entendido hoy, incluso, como un activista político que utiliza el ordenamiento jurídico para transformar a la sociedad⁶⁶.

De Sousa y García sitúan la expansión del protagonismo judicial en Europa en cuatro instancias. En primer lugar, en los procesos penales incoados contra importantes figuras de la política y la clase empresarial –como ocurrió en Italia y España-. En segundo lugar, en el activismo de las cortes constitucionales en los casos de separación de poderes, asignación de competencias sobre diversos niveles del gobierno y protección de derechos fundamentales. En tercer lugar, avanzan los autores de cita, en la incipiente actividad de los jueces ordinarios y administrativos contra abusos de la administración en distintos ámbitos. Por último, en el alto perfil que han venido desarrollando los tribunales supra nacionales, en este caso ponen como ejemplo paradigmático al Tribunal de Justicia europeo cuyas sentencias han sido clave en el diseño de un sistema legal a nivel de Europa⁶⁷.

Hay entonces una evolución de la función jurisdiccional que empieza a ser vista como tributaria de dos señores: la ley –sí- pero además la realidad, “...un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de juristas puros (como existen no pocos, orgullosos e inútiles) que no deberían interesar a nadie...”⁶⁸. No obstante, esta evolución en el comportamiento de los jueces implica un reacomodo de fuerzas e intereses. No sólo se trata de jueces más beligerantes, sino de la reacción que ello

⁶⁶Brenes Barahona (Amelia). *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional: Los casos de Costa Rica y Nicaragua*, Tesis para optar al grado de máster, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca, 2010, p.7

⁶⁷De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 163. Un ejemplo sobre esta contribución la aborda Saiz Arnaiz respecto al ordenamiento constitucional español, escribe el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra: “... el estado constitucional de derecho contemporáneo sólo puede entenderse como un estado situado internacionalmente y, por lo mismo, limitado en idéntica perspectiva...” Saiz Arnaiz (Alejandro). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 44.

⁶⁸Zagrebelsky (Gustavo). *Op. Cit.* p. 133

desencadena en contextos en los que la regla fue un aparato judicial discreto y poco dispuesto a actuar como contrapeso⁶⁹.

Siguiendo de nuevo al profesor López Medina, el cambio encierra una forma diferente de entender el derecho, donde los jueces estarían llamados a ejercer un rol de mayor creatividad al tomar sus decisiones. Los basamentos teóricos que han sostenido la función de la magistratura han experimentado también nuevos encuadres⁷⁰.

Los cambios entre lo que podría denominarse una visión tradicional del derecho y una visión alternativa o contemporánea del derecho revela, dice López Medina, una nueva sensibilidad teórica del sistema jurídico. Las características generales esbozadas por el autor podrían sintetizarse en el siguiente cuadro:

⁶⁹Esta reacción conlleva, en palabras de O'Donnell, un fortalecimiento de los mecanismos de control que denomina *accountability horizontal* (AH). La AH consiste en una transgresión por parte de una agencia estatal de la otra o en las ventajas ilícitas que una agencia obtiene para sí o para sus funcionarios. La lógica de la que parte O'Donnell es que las agencias estatales actúan de distinto modo al punto de que muchas decisiones se toman o no se toman porque de *iure* o de *facto* se consideran las preferencias de otras agencias. Desde esta visión, las agencias estarían en una relación de control mutuo. La AH sería una subcategoría de este tipo de interacciones que comparten la característica de ser desarrolladas por una agencia estatal con el objetivo de prevenir, cancelar, revertir, y/o castigar acciones u omisiones de otras agencias estatales. Para el recientemente fallecido académico argentino, la relevancia de la AH estriba en que lo que pareciera una condición ínsita a la estructura democrática ha estado ausente o presente de una forma muy débil en muchas democracias, por ejemplo de América Latina. Aunque pueden crearse agencias de AH –como Contralorías, Defensorías del Pueblo, etc.- las primeras llamadas a ejercer el control son, sin duda, los poderes del estado cuando actúan como contrapeso unos de otros. En lo que respecta a los tribunales, finaliza O'Donnell, estos tienen una tarea crucial en la protección de los derechos y en la fiscalización de que el poder no se ejerza abusivamente: “... las declaraciones de derechos y la revisión judicial o constitucional expresan el propósito de proteger algunos derechos civiles contra el estado, las mayorías y otras constelaciones de poder colusivas o abusivas. Pero, como lo ilustra la historia de América Latina, a pesar de su consagración en constituciones estas protecciones pueden no ser más que barreras de pergamino si los tribunales, y eventualmente otras agencias, no tienen un firme compromiso en proteger aquellos derechos...” ver: O'Donnell (Guillermo). “Estado de derecho y democracia en América Latina”, *Revista Isonomía*, número 14, abril, 2001, México, pp. 3, 16.

⁷⁰López Medina (Diego Eduardo). *Op. Cit.* p. 322. Aunque en lo esencial lo que debe destacarse aquí son las características que López Medina menciona, posiblemente sea más exacto no reducir el cambio a una suerte de conjuro mágico operado dentro del sistema jurídico solamente. Desde luego estas nuevas visiones son fruto de acontecimientos que se han ido fraguando en distintos ámbitos y que no son exclusivas de la ciencia jurídica sino que responden a factores que deben ser vistos desde una dimensión interdisciplinaria.

Tabla 1: Visión tradicional y visión alternativa del derecho y su relación con los jueces⁷¹

Visión tradicional	Visión alternativa
Separación entre derecho y moral.	Acercamiento entre el derecho y la responsabilidad política y moral del estado.
Se presume que la ley cumple y hace efectiva la constitución. Se prefieren reglas concretas sobre principios generales.	La ley puede quebrantar la constitución porque las mayorías se imponen y en ese proceso se pueden vulnerar los derechos de las minorías. La constitución debe tener una aplicación preferente.
La argumentación jurídica busca la adecuación típica, es decir buscar una regla legal para un caso concreto.	La argumentación jurídica parte de la idea de conflictos de derechos fundada en argumentaciones discursivas menos lineales.
La retórica judicial privilegia la seguridad jurídica.	La retórica judicial privilegia otros valores como la justicia sustantiva.
Se prefiere la expedición de reglas específicas que puedan dar respuesta a situaciones jurídicas específicas.	Se prefiere la incorporación de principios y valores cuya adecuación a un caso concreto depende de un juicio prudencial realizado por el juez.
La continuidad del orden social y político se convierte en un valor primordial.	El cambio social y la justicia distributiva se vuelven valores emergentes de primer orden.
El derecho se entiende como medio de resolución de conflictos individuales.	El derecho es visto como mecanismo de reivindicación social; se utiliza como medio de resolución de conflictos colectivos.
El derecho constitucional y el derecho privado se ven como ramas distintas con criterios y sistemas de interpretación diversos.	Hay una interconexión entre derecho constitucional y derecho privado que derriba la creencia de que hay circuitos aislados de los contenidos del pacto fundacional.
El juez es en esencia voz de la ley y desarrolla virtudes pasivas.	El juez contribuye en la realización de visiones de justicia material y desarrolla virtudes activas que lo ponen en contacto con los otros poderes del estado.

A tono con esta síntesis de López Medina, Brenes Villalobos propone dos modelos de juez. Uno que llama formalista, donde el derecho se asume como un sistema cerrado que preexiste al juez y que permite alcanzar la solución correcta

⁷¹El cuadro es una síntesis de uno más amplio y detallado que elaboró el profesor López, en: López Medina (Diego Eduardo). *Op. Cit.* pp. 323-324.

para cada caso. La función del juez es la de descubrir el derecho y aplicarlo, no la de crearlo. El otro modelo es el realista, aquí se entiende que el derecho es una realidad dinámica, con un carácter abierto e indeterminado, en la que el juez no puede resolver los casos, al menos en ciertas circunstancias, sin salirse del sistema y sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral⁷².

Estados Unidos es desde luego el caso más emblemático de una judicatura fuerte⁷³ pues, como se vio en el primer apartado, exhibe una larga historia en la que el poder judicial fue entendido como uno de los poderes que gobierna y que posee una capacidad de veto sobre las acciones de los otros dos. Sin embargo, en la actualidad, y es esto lo que lo hace notable, el activo comportamiento jurisdiccional no es exclusivo de la realidad norteamericana. En otros países la presencia de la judicatura se ha vigorizado, experimentando un protagonismo inédito y desconocido.

Este proceso incluye a América Latina donde también, a diferencia de países como Estados Unidos, los grupos sociales históricamente no articularon sus demandas ante los tribunales ni se resolvieron allí grandes temas; en parte porque el poder judicial es heredero de la tradición europeo continental y reprodujo sus mismos rasgos. Perdomo sostiene que la principal característica de la magistratura latinoamericana fue, por décadas, su marginalidad. Una marginalidad que se

⁷²Brenes Villalobos (Luis Diego). *El rol político del juez electoral: El Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, España, 2012, p. 9. Guarnieri y Pederzoli establecen también una tipología de cuatro clases de juez. Hablan de juez ejecutor –el juez fiel y pasivo a la voluntad del legislador-, juez delegado –el juez que rellena los espacios libres dejados por el legislador, pero siempre procurando actuar con deferencia al poder representativo-, juez guardián –en una democracia constitucional el juez debe incluso oponerse al legislador para salvaguardar ciertos valores superiores en favor de los derechos fundamentales y las minorías- y el juez político –a quien se le reconocen amplios márgenes de creatividad y una gran autonomía tanto de los poderes electos democráticamente como del propio sistema normativo-. Aunque la clasificación puede parecer confusa, en especial en lo referente a los dos últimos tipos de juez, lo que merece ser destacado es que, como Brenes Villalobos, los profesores italianos intentan, con su clasificación, evidenciar no sólo cómo pueden comportarse los miembros de la magistratura, desde una variedad perfiles, sino además hacer patente el giro que puede detectarse en países con tradiciones que encajan en los ejemplos de mayor pasividad y subordinación retratados por los autores, ver: Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Op. Cit.* pp. 66-72.

⁷³No es casualidad que movimientos como *critical legal studies* o *political jurisprudence* nacieran en Estados Unidos. Estos movimientos buscaban explicar y cuestionar el impacto y la responsabilidad de las estructuras legales –entre las que se incluyen a los jueces- en la distribución del poder y el *statu quo* de una sociedad, ver: Shapiro (Martin) and Stone Sweet (Alec). *On law politics and judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.19 y Courtis (Christian). *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2009, pp. 579-594.

remonta al periodo mismo de conquista y a la consiguiente influencia de las tradiciones jurídicas romanistas que impusieron los conquistadores⁷⁴.

En la región el juez fue percibido como un instrumento más en manos de los grupos poderosos, primero al servicio de los imperios de España y Portugal y más tarde de las elites dominantes⁷⁵. En América Latina los jueces fueron entendidos como un brazo de las oligarquías: “... for nearly two centuries of independent history, the judicial Systems of Latin American countries have played a minor, if not irrelevant rol. In many cases, the judiciary was no more than another office of government or any other dominant groups, and frequently weakened by corruption...”⁷⁶. Debe partirse de la premisa de que los actores judiciales se caracterizaron por haber estado ausentes de los grandes temas que involucraron a los grupos de la sociedad. Durante la consolidación de los estados el aparato judicial estuvo lejos de la atención de los líderes políticos –salvo para utilizarlo como un instrumento para satisfacer sus intereses- y no llegó a convertirse en un actor de control sobre los otros poderes públicos⁷⁷.

El protagonismo de los jueces latinoamericanos se manifiesta, según De Sousa y García, principalmente en tres centros de atención. De un lado, con diferencias significativas entre los países, en las energías que han impulsado, desde la década de los ochenta del siglo anterior, reformas al sector justicia. De otro lado, en los procesos iniciados contra dictadores y miembros de los gobiernos autoritarios que azotaron a la región por décadas, los cuales en su mayoría fracasaron. El último gran centro de atención de la expansión judicial latinoamericana ha sido la instauración o reinstauración de mecanismos de control de constitucionalidad cuyos resultados pueden ser calificados de dispares⁷⁸.

⁷⁴Perdomo Pérez (Rogelio). *Op. Cit.* p. 214.

⁷⁵Couso (Javier). *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 60-62.

⁷⁶Correa (Jorge). *Judicial reforms in Latin America: good news for the privileged*, en: Méndez (Juan), O' Donnell (Guillermo) y Sérgio Pinheiro (Paulo) eds. *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame, Indiana, 1999, p 259.

⁷⁷Ídem.

⁷⁸De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* pp. 168-169. En realidad, resulta dudoso aceptar el primer “centro de atención” del reposicionamiento de la justicia de América Latina

La pregunta que surge, evidentemente, es ¿por qué los jueces pasan a tomar decisiones, como las que se enumeraron antes⁷⁹, cuyas consecuencias no sólo no se reducen únicamente a quienes intervienen en un proceso aislado y específico, sino que también representan posturas que involucran al estado en su totalidad? En otras palabras, que las políticas de estado también se hayan podido larvar o incluso definir en el sistema judicial. Lo anterior, dicho de modo distinto es ¿qué explica que el juez pasivo y sacralizado, ajeno a la realidad que lo rodeaba, empezara a asumir posiciones que lo han ido desmarcando de su imagen histórica?

En relación a Europa, Ferrajoli indica que es difícil definir el momento exacto de la transformación. Sin embargo, puede estimarse que las “... mudanzas que se producen en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica...”⁸⁰ relacionadas con la estructura del derecho están asociadas a la época de la post guerra y a la derrota de los regímenes autoritarios. En este periodo se arraiga la democracia constitucional que acepta que la constitución política es un documento en el que se establecen no sólo contenidos procedimentales, sino también sustanciales, que incluyen una serie de derechos fundamentales, valores y principios que deben ser protegidos por el estado⁸¹. Para Andrés Ibañez es principalmente con el posicionamiento conceptual

considerado por los profesores De Sousa Santos y García Villegas. Los procesos de reforma del poder judicial, que la mayoría de las veces, como pone de relieve Pásara, “... no son espectaculares...” –ver: Pásara (Luis). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2004, p.520- no implican *per se* una mayor expansión de la justicia en los términos descritos, en cuanto a un protagonismo más alto en la toma de las decisiones jurisdiccionales, sino sólo un intento por dotar de insumos que desemboquen en una mayor estabilidad democrática y del estado de derecho en una región donde el aparato judicial ha sido francamente deficitario. Posiblemente los procesos de reforma gestionados en muchos países pusieron en el foco del discurso político y de los medios de comunicación el tema. Sin embargo, esto no puede llevar a la conclusión, como parecen hacerlo De Sousa y García, que el modelo tradicional de magistratura latinoamericana –a la que habría que agregar en su desmedro otras condiciones endógenas- experimentara allí algunos cambios. Si lo que se ha dicho es que el juez, heredero de las tradiciones europeas continentales, asumió un perfil con características particulares, un giro en su comportamiento tiene que dar cuenta de otros fenómenos como, efectivamente, podrían ser los otros “centros de atención” reseñados.

⁷⁹Ver nota al pie de página 64.

⁸⁰Ferrajoli (Luigi). *Op. Cit.* p. 27.

⁸¹En la concepción del estado constitucional de derecho se ha entendido que existen una serie de valores vistos como derechos que se han de garantizar a toda costa, pues ello supone su esencia ontológica. Son los llamados derechos fundamentales. La evolución de los derechos fundamentales ha supuesto un largo período de consolidación social y jurídica. Uno de los momentos clave es la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, seguido también por la aprobación de tratados internacionales de carácter regional sobre derechos humanos. La entronización de los derechos fundamentales como categorías definitorias, no sólo de una moralidad básica –sustentada en la dignidad humana- sino también de una juridicidad básica, significan un replanteamiento

de los derechos fundamentales y la irrupción del discurso de los derechos humanos a partir de 1950 que el papel del juez europeo experimenta un “...cambio verdaderamente sustancial...”⁸².

A la par de la aprobación de nuevas constituciones políticas, dice Zaffaroni, se promovieron reformas en los poderes judiciales que condujeron a robustecer lo que él denomina magistraturas democráticas de derecho -fortalecimiento de independencia externa e interna, transferencia de competencias administrativas a órganos fuera del poder ejecutivo, creación de tribunales constitucionales, etc.-⁸³.

Se ha señalado que el cambio puede obedecer, fijando ahora el estudio en el caso latinoamericano, a varias causas: los países evolucionaron hacia democracias electorales luego de largas historias de revoluciones, gobiernos militares y autoritarismo -esto despertó la conciencia de que los poderes judiciales tenían cosas importantes que aportar y se empezó a poner más atención en aspectos como independencia judicial y formación de jueces-, muchas ONGs internacionales ejercieron una influencia en los movimientos que se fueron conformando en la región, el reposicionamiento del discurso de derechos humanos y su incorporación a muchos instrumentos jurídicos internacionales -como la Declaración Universal de Derechos Humanos-, la creciente o sostenida pobreza y la desigualdad en la región junto a la dominación de políticas conservadoras y neoliberales que, al rebajar el

fenomenológico del estado, que se entiende ahora como estado constitucional de derecho, expresión sincrética que refleja la satisfacción de derechos reivindicados en diferentes etapas históricas, ver: Corchete (María José). *Derechos Fundamentales*, en: Teoría y Realidad Constitucional, UNED, N° 20 2do semestre, España, 2007, pp. 535-556. Al tiempo que operan para los ciudadanos como mecanismos de protección frente al abuso de los poderes públicos, legitiman el ejercicio del poder. Así, se puede hablar de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales. Ello implica una posición tanto omisiva, en el primer caso, -no impedir su ejercicio- como activa, en el segundo caso, -facilitar los medios que favorecen su ejercicio-. Sobre el tema de los derechos fundamentales y en especial la sobre la discusión acerca de los derechos sociales puede consultarse entre otros: Bobbio (Norberto). *El tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p.39, Alexy (Robert). *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007, p.67, Ferrajoli (Luigi). *Op. Cit.* p. 36 y D’Atena (Antonio). *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*, ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, pp. 293-306 y Díez Picazo (Luis María). *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 34-36.

⁸²Andrés Ibañez (Perfecto). *¿Qué cultura constitucional de la jurisdicción?* en: Gutiérrez-Alviz Conradi (Faustino) y Martínez Lázaro (Javier) eds. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 309-310.

⁸³Zaffaroni (Eugenio). *Dimensión política del Poder Judicial*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, p.129.

papel decisorio de los otros poderes del estado, hicieron de las cortes espacios atractivos para la búsqueda de soluciones⁸⁴.

Existe otro hecho adicional, que no debe desdeñarse, sobre una mayor beligerancia de los jueces “... *autorizados a introducir puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y en su aplicación...*”⁸⁵. Este hecho adicional, que podría encontrarse tanto en Europa como en América Latina, tiene que ver con las diferencias que caracterizan a las sociedades contemporáneas. Antes, había condiciones más homogéneas para las que, en principio, la textualidad de una ley o las explicaciones positivistas podrían ser suficientes.

Hoy esto ha cambiado radicalmente, existe una sociedad pluralista con una variedad y novedad de problemas⁸⁶. En criterio de Zagrebelsky “... *en una imaginaria sociedad homogénea, compuesta de seres humanos clónicos, idénticos en capacidades, ideales, intereses, gustos y aspiraciones, la adopción de las decisiones colectivas podría confiarse indiferentemente –de un extremo al otro- a una asamblea que delibera por unanimidad o a un individuo que decide en general, por sí mismo y para todos...*”⁸⁷. Esta visión fue la que, apostilla el ex magistrado de la Corte *Costituzionale*, se dio durante lo que él llama la mitología constitucional clásica –por ejemplo en la constitución de los atenienses-.

Sin embargo, en la sociedad globalizada de hoy, donde la heterogeneidad es uno de sus rasgos más distintivos y determinantes, no es posible pensar que la obtención de respuestas para los diferentes problemas pueda hallarse en la aplicación automática de normas y disposiciones legales. Los jueces, es razonable pensar así, se encontrarán con circunstancias en las que la solución a un caso no pueda extraerse mediante la pretendida y reduccionista subsunción judicial⁸⁸.

⁸⁴Ídem, pp. 63-68.

⁸⁵Zagrebelsky (Gustavo). *Op. Cit.* p. 145.

⁸⁶Ídem.

⁸⁷Zagrebelsky (Gustavo). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p.27.

⁸⁸En criterio de Dworkin esto implicaría que hay casos en los que la respuesta a la demanda de las partes no está de por sí clara. Frente a tal escenario la obligación del juez consiste en realizar un esfuerzo analítico para descubrir dónde está el derecho y a favor de quién debe ser concedido. Evidentemente esto excluye la existencia de procedimientos mecánicos y potencia, por el contrario, la idea de que se ejercita un razonamiento a partir de principios que permiten al juez realizar juicios nuevos sobre normas y derechos lo que supondría actualizar, y no apartar, las decisiones políticas del

Ahora bien, este cambio no ha estado ajeno a una profunda, y por momentos ácida, discusión acerca de cuáles deben ser los límites de la actividad judicial⁸⁹, en especial los que tienen relación directa o indirecta con el accionar de los otros órganos del estado. Aunque, como se verá en los capítulos siguientes, esto atañe, al menos en los casos seleccionados, a una jurisdicción especial, la constitucional, la cuestión se ha generalizado a visualizar variaciones en el trabajo de los tribunales.

En el presente apartado interesará destacar una de estas críticas. Lo que se ha querido abordar en este primer capítulo es la forma en cómo se ha situado el juez en la estructura democrática esto es, el papel que históricamente desempeñó y algunas consideraciones que, frente a los cambios que aquel ha sufrido, podrían tejerse. Sobre este aspecto gravita el cuestionamiento planteado y del que se quiere ahondar a continuación.

La crítica señalada consiste en denunciar que el involucramiento de los jueces, mediante decisiones que pueden suponer un freno o una reorientación de las decisiones de los otros poderes del estado, implica una violación al principio de separación de poderes. Se dice, entre otras cosas, que se ha ido configurando *“... una difusa identificación de la democracia con una especie, más que de estado de derecho, de estado de la justicia judicial, donde el juez parece adquirir una legitimación superior a la de los políticos electos...”*⁹⁰. Los jueces van adquiriendo un poder

pasado que crearon aquellas normas y derechos, ver: Dworkin (Ronald). *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona 2002, pp.153-154.

⁸⁹Dos ejemplos vertebrados en los dos tribunales estudiados en esta investigación, aunque en los capítulos tercero y cuarto se ampliará, ilustran el punto. En el caso de Colombia un ExMinistro de Justicia, criticando a la Corte Constitucional, afirmó: *“...El estado social de derecho, con su séquito inagotable de equivocaciones, no iba a quedarse como fórmula escrita. Así que lo apuntalaron con la nunca bien lamentada tutela (recurso de amparo), camino por donde llegamos de un solo salto al gobierno de los jueces (...). Y así, sucesiva e indefinidamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial, que ignorando todo (...) se volvió el factor esencial (...).”* García Villegas (Mauricio) y Uprimny Yepes (Rodrigo). *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* 2005, en: www.dejusticia.org consulta realizada el 27 de agosto de 2010. En Costa Rica recientemente el presidente de la Asamblea Legislativa escribió en el periódico de mayor circulación a nivel nacional: *“...La Sala –Constitucional- tiene que recapacitar, pues la Asamblea Legislativa es el primer Poder la República y en consecuencia no se encuentra subordinado a ningún otro Poder (...) juramos también defender la democracia. Ese es nuestro único camino, que es también impedir que nuestro sistema se convierta en una dictadura de los jueces...”* Villanueva (Luis Gerardo). *En defensa de la democracia* (Periódico La Nación), 31 de julio de 2010, en: www.nacion.com consulta realizada el 29 de noviembre de 2010.

⁹⁰Cámara Villar (Gregorio). “Justicia y política en la España democrática: a propósito de los llamados jueces estrella y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, España, pp. 27-52.

exacerbado que limita la actuación de los otros órganos estatales pues sus posiciones prevalecen, con lo cual el lugar para resolver los grandes temas de la sociedad cambia y pasa, de los poderes legislativo y ejecutivo, al judicial.

No obstante, este problema reside en una estricta y teórica, pero ficticia, concepción del principio de división de poderes que en la práctica es difícil encontrar. Los países democráticos contemporáneos, más que una división de poderes, han diseñado un modelo constitucional de *check and balances*⁹¹. “Invadir” de alguna forma el terreno del otro parece no sólo inevitable, sino también necesario para evitar abusos y excesos⁹². Cosa distinta es que a lo largo de los siglos el poder judicial haya ejercido un papel más bien tímido, y hasta sumiso, a la voluntad de los otros dos poderes del estado.

Bajo esta línea de pensamiento, siguiendo a Ferrajoli, el paradigma propuesto por Montesquieu de una división tripartida del poder –legislativo, ejecutivo y judicial- o incluso el de Locke –que sólo habló de dos poderes: uno legislativo y otro judicial- fueron desarrollados, hace casi tres siglos, de acuerdo a circunstancias institucionales y sociales, como se dijo, enormemente más simples que las que hoy exhiben las democracias contemporáneas. En aquel contexto “...las funciones del estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden público en el interior del estado y la defensa militar en el exterior...”⁹³. Actualmente, por el contrario, defender una rigurosa división, continúa el profesor italiano, es refutada por la realidad porque entre los poderes no hay separación sino coparticipación y

⁹¹En el caso de Costa Rica se establece lo siguiente en la constitución política: “...El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los poderes del estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes...” Constitución Política de 1949, artículo 9. En cuanto a Colombia estatuye el parámetro de legitimidad constitucional: “...Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del estado. Los diferentes órganos del estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines...” Constitución Política de 1991, artículo 113. No se desprende de las normas constitucionales citadas la prevalencia de un poder sobre el otro sino todo lo contrario. Es decir, por un lado la consideración simétrica de los tres poderes del estado y por el otro, un ejercicio simultáneo y mutuamente controlado de las funciones asignadas a cada cual.

⁹²Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis). *Op. Cit.* pp. 258-260.

⁹³Ferrajoli (Luigi). *Op. Cit.* p. 104.

porque lo cierto es que muchas funciones en la esfera pública no sería posible situarlas en la clásica tripartición⁹⁴.

Dentro de esta tesis puede incluirse la perspectiva de Cascajo y Gimeno cuando recalcan que “...frente a un escrupuloso y superado entendimiento formal del principio de separación de poderes como organización fija de las competencias estatales (...) el fin último y sustancial del citado principio liberal no es otro que la garantía del individuo frente a los actos que exceden los límites establecidos a los poderes públicos...”⁹⁵. En definitiva, que el principio de separación de poderes no significa sumisión ni aislamiento funcional.

B.3 Gobierno de los jueces o una relectura del principio de división de poderes

A propósito, seguramente una de las expresiones utilizadas más alegóricas es la de “gobierno de los jueces”. Su origen se encuentra en el libro homónimo escrito por el francés Edouard Lambert en 1921. En esta obra el autor analiza, en momentos en que se discutía en Francia la posibilidad de incorporarlas a su ordenamiento jurídico, las formas de control judicial de Estados Unidos y expresa los inconvenientes de que el trabajo del legislador pueda ser frenado por los jueces⁹⁶.

En pocas palabras, que jueces fiscalizando “excesivamente” el accionar de los otros poderes del estado generaría una transferencia del ejercicio del gobierno que corresponde, en primer lugar, al poder legislativo y al poder ejecutivo. Es comprensible que, habiendo bebido de la tradición jurídica francesa, Lambert se opusiera al control judicial de la ley. La locución ha pasado a usarse como señal de amenaza, como un peligro latente para la democracia porque el poder estaría en

⁹⁴Ídem, p. 104.

⁹⁵Cascajo Castro (José Luis) y Gimeno Sendra (Vicente). *El recurso de amparo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 18.

⁹⁶Concluye el autor: “...Pretende asegurar a la más conservadora de las tres ramas del gobierno los medios para regular, filtrar y frenar la actividad de las otras dos ramas coordinadas...” ver: Lambert (Edouard). *El gobierno de los jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 242. Sobre esta expresión se volverá en el capítulo segundo al analizar los conceptos de activismo judicial y judicialización de la política.

manos ya no de los representantes elegidos popularmente, sino de un grupo cerrado y elitista.

Visto esto, resulta útil definir, antes de proseguir, la palabra gobierno. Así, se podrá determinar si teóricamente jueces no sumisos a la voluntad de los demás poderes y que no actúan ya como simples espectadores, que aplican normas a través de pretendidos procesos de perfecta lógica inductiva representan un riesgo para la democracia.

El vocablo en cuestión se entenderá aquí en los términos que siguen:

“...el conjunto de las personas que ejercen el poder político, o sea que determinan la orientación política de una cierta sociedad. Es necesario añadir, sin embargo, que el poder de gobierno, estando ordinariamente institucionalizado, sobre todo en la sociedad moderna, está asociado normalmente a la noción de estado. En consecuencia, con la expresión "gobernantes" se entiende el conjunto de las personas que gobiernan el estado y con la de "gobernados" el grupo de personas que están sujetas al poder de gobierno en un área estatal. Existe, por lo tanto, una segunda acepción del término gobierno que se apega más a la realidad del estado moderno, y que ya no indica solamente el conjunto de las personas que detentan el poder de gobierno sino el conjunto de los órganos a los que institucionalmente les está confiado el ejercicio del poder...”⁹⁷.

La definición de Bobbio y Matteucci conceptualiza un poder público dividido y ejercido por actores –gobernantes- a los que se les asignan funciones específicas que se cruzan entre sí. No aparece en ella una noción de compartimentos estancos que restrinja la actividad judicial. En este orden, no habría otra alternativa que

⁹⁷Norberto (Bobbio) y Nicola (Matteucci). *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1981, pp. 743-745. Los autores aclaran que una visión más restringida del concepto –por ejemplo distinta al vocablo anglosajón *government* que en castellano equivaldría a régimen político- suele identificarla con el poder ejecutivo sólo, excluyendo al legislativo y al judicial. Empero, se sigue esa primera acepción en cuanto se reconoce que “... el hecho de que estos órganos concurren al ejercicio del poder implica también que puedan delimitar y controlar en cierto modo la acción del gobierno...” Ídem, p. 745.

aceptar que los jueces ejercen también el gobierno, que los jueces gobiernan y, en consecuencia, que los jueces son también gobernantes. La afirmación puede sonar, en atención al perfil descrito en los primeros apartados, atrevida sino escandalosa.

Sin embargo, una relectura del principio de división de poderes, como la que propone Ferrajoli, y en la misma línea Cascajo y Gimeno, conduce a admitir que el estado no puede ajustarse enteramente a la abstracción de una teoría y que una serie de razones –el nacimiento del estado social, la regulación positiva de los derechos fundamentales, la historia de abusos del poder por parte de quienes lo han detentado, etc.- contribuyen a justificar que en algunos casos los jueces de la conservadora tradición continental europea hayan demostrado un significativo punto de inflexión.

A riesgo de ser reiterativo, se ha de aceptar, con Ferreres, que el proceso revolucionario francés expresó una profunda desconfianza por la judicatura. Esto es, en general, un hecho histórico incontrovertido. En lo concreto, y en lo que aquí se desea destacar, significó la restricción de los jueces y la imposibilidad de someter las leyes a un cotejo constitucional. No obstante, conviene dejar a un lado el principio de separación de poderes, cuando menos en su versión más tradicional, y comenzar a hacer una nueva lectura que permita dotar de una cierta trascendencia a otras razones, distintas a las históricas, especialmente si lo que se busca es encontrar otros motivos para fundamentar las instituciones que se tienen aquí y ahora⁹⁸.

Es una ingenuidad, también, creer que todo podrá resolverse a través de las decisiones de los miembros del poder legislativo o del poder ejecutivo pues como indica Cappelletti “... anche la migliore arte di redazioni delle leggi ed anche l` uso di un linguaggio legislativo il più semplice e il più preciso, sempre lasciano tuttavia lacune che debbono essere riempite dal giudice e sempre incorrono in ambigüita e insértese che, in ultima análisis, debbono essere risolte in via giudiziaria...”⁹⁹. Si bien el medio para resolver las diferencias es la regla de la mayoría, y esta regla podría encontrar

⁹⁸Ferreres Comella (Víctor). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 39.

⁹⁹Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* p.10.

mejores credenciales en el ámbito ejecutivo y sobre todo legislativo¹⁰⁰, no es suficiente para decir que el ganador gana todo y el perdedor pierde todo.

Aceptar esta visión supondría entender al estado y a los procesos electorales como una “...batalla desesperada: exactamente lo contrario a lo que quieren ser el estado constitucional y la democracia, es decir una vía pacífica y, si no consensual, al menos no catastrófica para resolver divergencias y conflictos...”¹⁰¹. Así, habla Zagrebelsky de la vieja tradición que ubica dos pactos, un *pactum societatis* mediante el cual se acuerdan una serie de condiciones generales, y un segundo pacto, asentado sobre el primero, *pactum subiectionis* con el cual las personas se someten a aquellas reglas, incluso la propia mayoría que alcanza el poder¹⁰². Alguien debe garantizar que el pacto se respete.

El tema no debe plantearse, es ese el criterio que aquí se defiende, en si los jueces, al intervenir con un mayor ímpetu, ejercen una especie de gobierno aristocrático¹⁰³ en desmedro del legislador o del ejecutivo. Hacerlo sólo sería obviar el sustento teórico y jurídico con que cuenta el sistema judicial para actuar y apoyarse, en su lugar, en una larga tradición histórica que más bien revela una anomalía y una distorsión de uno de los actores políticos esenciales en la concepción del estado tripartito. La cuestión, de cualquier modo, no debería ser sospechar de un empoderamiento del engranaje judicial actual, sino de la inquietante pasividad que lo distinguió por casi dos siglos.

Resultan oportunas, para concluir esta sección, las palabras de Cámara Villar cuando apostilla: “...es tan sólo (...) un (...) síntoma de los cambios que se están produciendo en el estado democrático (...) El problema, pues, no está primariamente ni en los «jueces estrella» ni en el inexistente «gobierno de los jueces», pues éstos no pueden actuar de oficio, ni bajo programa, ni perseguir desde su posición los bienes inciertos de la política, ni definir el bien general, ni la razón de estado, ni adoptar decisiones políticas, ni argumentar políticamente...”¹⁰⁴. El enfoque, aceptando que

¹⁰⁰Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, 334 p.

¹⁰¹Zagrebelsky (Gustavo). *Principios y votos...* p. 29.

¹⁰²Ídem, pp. 29-30.

¹⁰³Zaffaroni (Eugenio). *Op. Cit.* p.118.

¹⁰⁴Cámara Villar (Gregorio). *Op. Cit.* p. 60.

los jueces y la sociedad han experimentado transformaciones en los últimos lustros, debería ser definir si tienen que establecerse límites y cuáles son los alcances de la intervención jurisdiccional en diferentes ámbitos.

Esto puede generar inconvenientes, pero no puede ser de modo distinto. Por un lado, como ya se dijo, es parte del ser de la sociedad actual, heterogénea y copada de dilemas que no puede encontrar respuestas en una única expresión del poder. Por otro lado, porque muchos de esos valores que se reclaman, como una subversión o como una amenaza contra la certeza del derecho, son consecuencia de los sistemas jurídicos actuales que además, como principios, se encuentran incorporados a la constitución y a los ordenamientos jurídicos¹⁰⁵. No es dable pensar, sin que en ello aflore una cierta dosis de candidez, que la labor de los jueces se trate de una simple actividad técnica de operador del derecho. No se pone en entredicho que *“...la simple ejecución –aplicación- de las normas jurídicas no constituye ahora sólo el deber del juez, que también debe aventurarse, lo quiera o no (mejor lo admita o no), en una labor de selección-actuación de los valores sustanciales expresados por el sistema normativo...”*¹⁰⁶.

Que los jueces tengan un desempeño más activo y estén decidiendo sobre circunstancias que antes fueron resorte de otras instancias, implica simplemente un realineamiento de fuerzas que en todo caso, estará condicionado por las características propias del sistema judicial. No obstante el principio de legalidad, que dice que los jueces deben someterse al tenor de las normas jurídicas, en los ordenamientos los jueces -o algunos jueces especialmente- pueden estar investidos de la facultad de fundar sus decisiones antes que en la ley, en valores ambiguos y genéricos como la equidad y la justicia. La verdadera discusión no debe ser trazada, insístase una vez, sobre la relación, en palabras de Cappelletti, creatividad versus no creatividad de la judicatura, sino sobre el grado, modo, límites y legitimidad¹⁰⁷.

¹⁰⁵Zagrebel'sky (Gustavo). *El derecho dúctil...* pp. 145-146.

¹⁰⁶Barile (Paolo). *Poder Judicial y sociedad civil en las democracias contemporáneas*, en: _____. *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales*, Editorial de la UNAM, México, 1977, p. 81.

¹⁰⁷Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* pp. 13-14. Aunque en el segundo capítulo se profundizará sobre propiamente el concepto de activismo judicial, sus causas y sus límites de acuerdo a los autores que han estudiado el tema, Zagrebelsky opina que en la dinámica actual es conveniente

El mismo Cappelletti estima, verbigracia, que si bien los jueces pueden estar siendo más creativos, estructuralmente existen diferencias importantes entre el juez y los otros actores políticos que confirman que un gobierno –exclusivo- de jueces no tiene ningún sustento¹⁰⁸.

Finalmente, tan importante como conocer los límites, impacto y alcances del quehacer de los jueces (co)gubernantes es delinear cuál será el perfil que se quiere de ellos. Para alcanzar esto Zagrebelsky¹⁰⁹ y Zaffaroni¹¹⁰ proponen una lista de tareas inexpugnables sobre las que habría que trabajar para un mejor desempeño de la magistratura: formas de reclutamiento, concienciación acerca de la responsabilidad, valoración de aptitudes, estructura de los órganos en los que se desarrolla su carrera, modo de organización y redefinición de competencias judiciales que permitan orientar su trabajo a lo que es propiamente jurisdiccional.

Los jueces han ido asumiendo más protagonismo, pero de ningún modo significa tener un monopolio sobre el derecho, sino un ejercicio compartido. Los otros actores políticos pueden esperar “...de los jueces (...) que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un estado más constitucional, pero desde luego ya no un estado constitucional democrático...”¹¹¹. Pareciera, para decirlo metafóricamente, que los jueces también “esperaron” por eso.

deslindar las competencias entre legislador y juez, ver: Zagrebelsky (Gustavo). *El derecho dúctil...* p. 152.

¹⁰⁸ Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* pp. 62-67. En el capítulo segundo se analizará más en detalle las diferencias entre jueces y otros actores políticos. Cappelletti habla de principios como el *Nemo iudex in causa propria*: el juez actúa como un tercero imparcial. *Audiat et altera pars*: el juez debe escuchar y decidir a las partes que intervienen teniendo estas la oportunidad de defender sus argumentos. *Nemo iudex sine actore*: a diferencia del proceso legislativo el juez actúa pasivamente en el sentido de que los procesos judiciales no pueden iniciar de oficio sino, y sólo, a gestión de parte.

¹⁰⁹ Zagrebelsky (Gustavo). *El derecho dúctil...* p. 149.

¹¹⁰ Zaffaroni (Eugenio). *Op. Cit.* pp. 143-147.

¹¹¹ *Idem*, p. 153.

C. El paradigma de la justicia constitucional y la consolidación del juez (co)gobernante

En los dos primeros apartados se ha descrito la forma tradicional en que el juez se situó en el engranaje democrático de los países de tradición continental europea. Se aportaron también algunas razones que, de acuerdo a la doctrina, ayudan a explicar este tipo de desempeño institucional. Igualmente se abordó el tema de la evolución por la que, se ha advertido en los últimos años, atravesó el poder judicial en muchos países donde históricamente tuvo un borroso u oscuro perfil. Perfil pasivo. Limitado a resolver, la mayoría de las veces, disputas entre particulares y con poca trascendencia en términos de incidir globalmente en la sociedad o articulando una cosmovisión particular que pudiera compartirse, e incluso hacerse prevalecer, mediante sus resoluciones, sobre las que también tendrían los otros actores políticos de influencia.

El cambio como se describió, enumerando algunos casos concretos, ha estado ligado a diversos fenómenos: juzgamiento de delitos por corrupción política o de lesa humanidad en tribunales penales¹¹², utilización de las vías judiciales para obtener el reconocimiento positivo de ciertos derechos que trascienden a las pretensiones de las partes y se extienden a colectivos y otros grupos¹¹³, definición en sentencias de obligaciones o políticas de estado que deben ser acatadas por los otros poderes¹¹⁴, entre otros.

C.1 El surgimiento de la justicia constitucional

La influencia de la magistratura se acentuó con la creación de los tribunales constitucionales o, siendo más precisos, con su reinstauración después de la II Guerra Mundial. Al menos los dos últimos fenómenos mencionados en el párrafo anterior se han discutido con frecuencia en esta sede jurisdiccional. Con el nacimiento de la justicia constitucional hubo un fortalecimiento de la visibilización del juez como actor político relevante, como actor que ejerce poder dentro de la

¹¹²Como en el caso sobre corrupción en Italia.

¹¹³Como en el caso sobre la unión entre personas del mismo sexo en Brasil.

¹¹⁴Como en el caso sobre el aborto en Alemania.

sociedad¹¹⁵. La creatividad jurisprudencial aumentó dadas las características de sus tribunales¹¹⁶.

Los tribunales constitucionales han tenido un rutilante desarrollo durante la segunda mitad del siglo XX. Europa apostó por un modelo concentrado, su cultura romanista dificultaría evitar discrepancias surgidas a partir de las diferentes interpretaciones que cada tribunal podría hacer. Diecinueve de los veinticuatro países de la Unión Europea tienen tribunales constitucionales¹¹⁷. Los efectos que se han generado con su introducción en los sistemas jurídicos europeos han sido muchos y muy variados.

Para entender la justicia constitucional se debe volver un instante a las diferencias entre las tradiciones constitucionales clásicas. Como recuerda Jiménez Asensio¹¹⁸ el constitucionalismo británico, el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo francés determinan rumbos distintos sobre qué deben hacer los jueces. Los caminos seguidos principalmente en Estados Unidos y en Francia producen, como no podría ser de otra manera, dos resultados distintos en cuanto a la justicia constitucional¹¹⁹.

¹¹⁵Ordóñez Solís (David). *El poder, el lenguaje y la argumentación de los jueces españoles en una sociedad europea y global*, en: Gutiérrez-Alviz Conradi (Faustino) y Martínez Lázaro (Javier) eds. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 171-172.

¹¹⁶Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* p. 113.

¹¹⁷Estos países son los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Rumania. Se puede decir, sin embargo, que sólo Holanda y Reino Unido carecen de órganos judiciales de control de la constitucionalidad. Aunque pocas veces se invalidan leyes por violación a la constitución –sobre todo en los países nórdicos- los otros nueve miembros de la Unión Europea –Suecia, Finlandia, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Chipre y Estonia- poseen sistemas que combinan rasgos del modelo estadounidense y del modelo europeo, ver: Ferreres Comella (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad...*

¹¹⁸Jiménez Asensio (Rafael). *Op. Cit.* pp. 90-119. En igual sentido: Aragón Reyes (Manuel). *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2009, 883 p.

¹¹⁹Porque como se indicó en la nota al pie de página número 51, pese a que el modelo de juez inglés ha sido históricamente más protagonista en comparación con el modelo europeo continental, lo que hace que incluso sus decisiones sean consideradas parte del derecho aplicable, no existen formas de justicia constitucional como las que surgieron en Estados Unidos, primero, y en el resto de países europeos de tradición latina, posteriormente. Esta diferencia se explica por particularidades del sistema inglés como la inexistencia de una constitución política escrita y el régimen político donde si bien hay un predominio institucional del parlamento, no existe un monopolio estatal del legislador en la producción de las normas jurídicas, al contrario, se reserva un papel fundamental al derecho jurisprudencial. La aceptación de que el derecho, como dice López Ulla se elabora “... a golpe de sentencias...” plantea una relación distinta entre los jueces y los otros actores políticos en la que la

La concepción acerca de la división de poderes y las relaciones entre los diferentes órganos estatales varían. De esta forma en Estados Unidos los llamados a controlar que la legislación secundaria se ajustara a las disposiciones constitucionales fueron los jueces –control que nace no de una disposición legal sino, casualmente, de una sentencia, el célebre caso Marbury vrs. Madison¹²⁰-. En la Europa continental se entendió, como fue explicado en los apartados anteriores, que al ser el pueblo el soberano, nada podría oponerse a la voluntad del legislador, representante del soberano, expresada en la ley. El juez, como se ha repetido con insistencia, se entendió un siervo de la ley.

La jurisdicción constitucional, para centrar entonces el estudio en esta jurisdicción, no es un concepto pacífico. Como afirman Rubio Llorente y Jiménez Campo, desde un punto de vista formal es dable entender jurisdicción constitucional como la que ejercen los tribunales constitucionales, sea cual fuere las competencias que les han sido asignadas, esto es: el control de constitucionalidad de las normas, a través de distintas vías, pero también otras muy disímiles y variadas como el recurso de amparo, el contencioso electoral, el juicio penal de los miembros de los supremos poderes, etc. No obstante, dadas las diferencias que pueden fijarse entre los tribunales constitucionales, los profesores españoles abogan por una definición más amplia. De esta manera Rubio Llorente y Jiménez Campo conceptualizan jurisdicción constitucional, en primera instancia, como la jurisdicción que “...enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder...”¹²¹.

La génesis de la justicia constitucional europea se encuentra en la discusión teórica entre dos grandes juristas, Carl Schmitt y Hans Kelsen, acerca de quién debía

existencia de una jurisdicción constitucional no ha sido necesaria, ver: López Ulla (Juan Manuel). *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28-32 y Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política...* p. 133.

¹²⁰La famosa resolución supuso un momento de ruptura en el constitucionalismo, González Rivas extrae lo que para él son los principales aportes de esta resolución del Tribunal Supremo norteamericano: los tribunales deben aplicar la constitución y velar por su observancia, la idea de que los poderes políticos no son ilimitados y finalmente, la afirmación de la constitución como ley superior, ver: González Rivas (Juan José). *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001, pp.25-27.

¹²¹Rubio Llorente (Francisco) y Jiménez Campo (Javier). *Estudios sobre justicia constitucional*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 156.

ser el guardián de la constitución¹²². Mientras el alemán consideraba que las mejores credenciales las tenía el jefe de estado; para el austriaco la revisión sobre el arreglo de la legislación ordinaria con el texto constitucional tendría que encomendarse a un órgano imparcial y ajeno, tanto al poder judicial como al poder legislativo, que actuara como un legislador negativo.

Primó, en principio, la tesis sostenida por Kelsen. Sin embargo, la propuesta del gran jurista vienés dista mucho del modelo vigente de justicia constitucional actual¹²³. Más aún, puede decirse que, paradójicamente, el nacimiento de esta institución en Europa es fruto de la propuesta de un señalado positivista, defensor extremo del legislador frente a un quehacer judicial beligerante. El surgimiento de los tribunales constitucionales no suponía una ruptura de la prevalencia del legislador, todo lo contrario.

La tarea del juez en el planteamiento kelseniano, no alteraba significativamente su rol tradicional. Kelsen desarrolla un modelo muy peculiar en el

¹²²En el planteamiento kelseniano se parte de una relación directa entre justicia constitucional y federalismo. Kelsen asume la idea de que el tribunal constitucional debe ser un legislador negativo que se limite a expulsar del ordenamiento aquellas leyes contrarias a la constitución, restringiendo lo más posible cualquier actividad creadora –o creativa- de las instancias judiciales. Schmitt, por su parte, niega toda posibilidad de que exista un tribunal controlando la constitucionalidad de las leyes, critica al sistema norteamericano y advierte finalmente que un pretendido guardián de la constitución sólo lo convertirá en árbitro y en definitiva en su señor. El único guardián debía ser el jefe de estado –el presidente del reich-. Aunque, como se decía, Kelsen critica el uso de una jurisprudencia creativa la solución para ese peligro consiste en evitar las normas constitucionales ambiguas que le den margen al juez para actuar de tal modo, ver: Schmitt (Carl) y Kelsen (Hans). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución: Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi*, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, 366 p. y Jiménez Asensio (Rafael). *Op. Cit.* pp. 135-137.

¹²³El modelo kelseniano de cualquier modo, nunca se aplicó en todas sus dimensiones. Primero porque el intento primigenio fue fallido; el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia -1920- no llegó a dictar ninguna sentencia y los magistrados no se renovaron desde 1931 hasta 1938, un año después quedó sin funciones definitivamente, con la invasión alemana, el Tribunal Constitucional de Austria fue suspendido en 1933 con el fin de la primera república, que inició también en 1920 al promulgarse la constitución política. Y segundo, porque las funciones que recibieron los tribunales constitucionales fueron más que la de actuar como simples legisladores negativos. Sobre la evolución de la justicia constitucional europea puede consultarse la descripción que realizan Prieto Sanchís (Luis). *Op. Cit.* p. 92. y Cruz Villalón (Pedro). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 232-299. Sin embargo, debe aclararse que con anterioridad algunas constituciones de corte federalista, Suiza en 1874 y Alemania en 1871 y 1919, previeron mecanismos de control sobre las leyes dictadas por los estados miembros aunque nunca, señala López Ulla, sobre el derecho de la federación. Por ello, si bien pueden rastrearse algunos antecedentes de la justicia constitucional que luego diseña Kelsen, en ejemplos como el suizo y el alemán, lo más preciso es admitir que el modelo que se instaura en Europa, y que después se exporta a distintas partes del mundo, nace en 1920 con la propuesta del profesor austriaco, ver: López Ulla (Juan Manuel). *Op. Cit.* pp. 130-131.

que se concibe a un juez técnico, neutral y científico. Su misión se reducía a verificar un juicio de compatibilidad lógica. Nada más¹²⁴. Desde esta perspectiva el tribunal constitucional se habría de limitar a realizar un juicio abstracto y negativo, esto es a eliminar una norma incompatible, pero no a crear normas nuevas ni interpretarlas con libertad o creatividad.

Este modelo sirve de inspiración a los tribunales constitucionales actuales, pero sólo en lo estructural y en algunas cuestiones de procedimiento –por ejemplo, ser órganos concentrados- en lo medular hoy el ejercicio de estos tribunales se asemeja más al *judicial review* norteamericano. Para Montoro Puerto los mecanismos procesales de la justicia constitucional se han visto envueltos en tantas variaciones que en la actualidad lo que existe es “... un cierto sincretismo que matiza las diferencias extremas y hace más comunicable el medio de verificación constitucional...”¹²⁵. Más contundentes todavía son Cascajo y Gimeno al sentenciar que “... en la práctica (...) la citada distinción de sistemas pierde el rigor doctrinal con que suele ser trazada...”¹²⁶.

En cualquier caso, a fin de completar un marco teórico riguroso sobre el tema, debe recordarse que, sobre los modelos de justicia constitucional, se han establecido una serie de criterios de clasificación. Los más comunes son: cuando se habla del control propiamente jurisdiccional, si es ejercido mediante un control difuso –como Estados Unidos- o un control concentrado –como Austria, o modelo europeo- y también de acuerdo al momento en que se incoa el juicio de constitucionalidad –control *a priori* o control *a posteriori*-. Estos dos modelos luego presentan, como se anticipaba, soluciones híbridas¹²⁷. Por ejemplo, cuando los

¹²⁴Ídem, pp.80-88.

¹²⁵Montoro Puerto (Miguel). *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 30.

¹²⁶Cascajo Castro (José Luis) y Gimeno Sendra (Vicente). *Op. Cit.* p. 21.

¹²⁷Pegoraro (Lucio). *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 63. Los dos grandes modelos teóricos de justicia constitucional, efectivamente, son el *judicial review* del derecho estadounidense y el *verfassungsgerichtsbarkeit* de origen austriaco, aunque generalizado como un producto de los países europeos. Sin embargo la clásica división, que se continúa utilizando, ha sido objeto de críticas. Por ejemplo Rubio Llorente y Jiménez Campo convienen en que las diferencias de matriz entre las jurisdicciones constitucionales hacen que los viejos paradigmas hayan ido perdiendo actualidad y, sobre todo, utilidad porque además la creciente convergencia entre ambos es ya un hecho admitido. En su opinión, ha habido un claro acercamiento al estilo propio del *judicial review*. Los autores proponen abiertamente abandonar el estudio basado

jueces elevan a un órgano especializado los recursos de inconstitucionalidad, cuando los procesos presentan varias alternativas –prescriptivo, facultativo, abstracto, concreto, etc.- o cuando existiendo control difuso se crea un órgano concentrado que unifique la jurisprudencia¹²⁸.

Continuando con el caso europeo, después de la derrota del nazismo y del fascismo, la finalización de la II Guerra Mundial y el triunfo del estado constitucional de derecho se da también una recuperación de la justicia constitucional -1948 Italia y 1949 Alemania-¹²⁹ que se desmarca de la experiencia de los tribunales constitucionales de principios del siglo XX. Como bien apunta Ferrajoli, con el término de la conflagración mundial hubo un cambio de paradigma del estado. *“...el constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá es el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que*

en la contraposición de esos modelos. En sustitución utilizan dos paradigmas alternativos: modelo centrado en la ley y modelo centrado en los derechos. El primero se encarga de garantizar la división de poderes y la depuración del ordenamiento jurídico a través de la anulación de las leyes contrarias al texto de la constitución política. Aquí, en la más pura tradición kelseniana, el juez constitucional actúa como legislador negativo que elimina las normas que se opongan al parámetro de legitimidad constitucional. El elemento esencial del modelo centrado en la ley es la existencia de un recurso de inconstitucionalidad. Las características del recurso dependerán de factores como el momento de presentación y de los sujetos legitimados para promover su presentación. El ejemplo más claro de este primer tipo de jurisdicción constitucional sería el Consejo Constitucional de Francia. El modelo centrado en los derechos, por otro lado, no tiene por finalidad inmediata la depuración del ordenamiento, sino la preservación de los derechos que la constitución contiene. El ejemplo más conocido es el *judicial review* norteamericano donde los derechos constitucionales pueden ser invocados ante todos los jueces que los protegen frente a cualquier actuación del estado. Deben incluirse aquí también sistemas europeos –como el portugués, el español, el alemán e incluso el italiano- en donde los jueces pueden plantear cuestiones de constitucionalidad ante un tribunal especializado o donde se han creado mecanismos –como el recurso de amparo- que, pese a las diferencias de cada ordenamiento, permiten, como principio rector, a los ciudadanos ejercer una defensa directa de sus derechos fundamentales, ver: Rubio Llorente (Francisco) y Jiménez Campo (Javier). *Op. Cit.* pp. 158-169.

¹²⁸Para Ferreres si el origen de la justicia constitucional está en controlar que las normas legales se ajusten a la constitución política puede decirse que un tribunal constitucional se moverá en un *continuum* de mayor a menor pureza en función de las competencias que le han sido reservadas. Así, pone como ejemplo de tribunales constitucionales puros el de Bélgica y el de Luxemburgo cuya única tarea es examinar la constitucionalidad de la ley. Por otro lado, en un punto intermedio podrían ubicarse los tribunales de Italia y de Portugal que si bien tienen competencias adicionales la primordial es el control de constitucionalidad. Finalmente, en el extremo de menor pureza sitúa a las cámaras de Alemania y España de las cuales, por tener jurisdicción sobre una amplia gama de materias, sería inexacto sostener que su principal función sea la revisión de la regularidad constitucional de la legislación ordinaria, ver: Ferreres Comella (Víctor). *Una defensa del modelo de control de constitucionalidad...* pp. 30-31.

¹²⁹Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* pp. 240-243.

sobretudo, un programa normativo para el futuro...”¹³⁰ programa que estaría, en adelante, blindado por la tutela jurisdiccional. En la evolución de la justicia constitucional, escriben con agudeza Cascajo y Gimeno, late con fuerza no sólo una forma de conceptualizar a la constitución, sino también una particular comprensión de democracia, la democracia constitucional de inspiración norteamericana, basada, dicen los autores siguiendo a La Pergola, en “...una dosificación prudente de los poderes, de los derechos y de los límites que deben circundarlos...”¹³¹.

La justicia constitucional se asienta en Europa y se comienza a extender a distintas partes del mundo. América Latina no fue la excepción¹³². Fue sobre todo luego de los procesos de democratización, que el modelo se lleva a casi todos los países¹³³ “... como consecuencia de los procesos de transición democrática en Europa como en Iberoamérica, el afianzamiento del estado constitucional democrático de

¹³⁰Ferrajoli (Luigi). *Sobre los derechos fundamentales*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, p. 72.

¹³¹Cascajo Castro (José Luis) y Gimeno Sendra (Vicente). *Op. Cit.* p. 36.

¹³²En la actualidad, *grosso modo*, poseen mecanismos de justicia constitucional: Panamá, Uruguay, Honduras, Costa Rica, Paraguay, Chile, República Dominicana, Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú, Ecuador, Bolivia, Nicaragua y Argentina que presenta un modelo mixto aunque marcadamente difuso. Un excelente trabajo sobre los tribunales constitucionales en América Latina: Lösing (Norbert). *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Konrad Adenauer, Madrid, 2004, 362 p. Sin embargo, es oportuno aclarar que existen algunos antecedentes que también, aunque distinto al funcionamiento actual, acreditan algunos rasgos de una jurisdicción constitucional desde mediados del siglo XIX que propugnaba por la supremacía de la constitución, para Brewer Carías esto obedeció a la cercanía geográfica y a la consiguiente influencia del derecho norteamericano, ver: Brewer Carías (Allan). *La justicia constitucional en América Latina*, en: _____. *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 468-469. Por ejemplo, en 1826, Simón Bolívar propuso crear una especie de tercera cámara encargada de fiscalizar el cumplimiento de la constitución. En 1823, en Perú, se reconoció la supremacía de la constitución aunque fue dejada bajo la custodia del poder legislativo, Fernández Segado (Francisco). “Los inicios del control de constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49, año 17, enero-abril 1997, pp. 93-118. Otros antecedentes del control, ya propiamente judicial, de constitucionalidad los encontramos en Chile en 1833 y en Ecuador en 1851. La primera referencia concreta, sin embargo, en América Latina es la Constitución de Venezuela que en 1858 fija un sistema de control judicial concentrado a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Ferraro (Agustín). *El censor de la democracia: Problemas de legitimidad en la justicia constitucional en América Latina*, en: _____. *Instituciones, legalidad y estado de derecho en la transición mexicana*, Editorial Fondevila-Fontamara. México, 2005, p.202.

¹³³El primero –obviando las dificultades para que entrara en funciones– fue Guatemala en 1965, luego Colombia en 1968, seguido de Chile en 1971 –aunque fue suspendido por varios años con el golpe militar de 1973– y después Perú en 1979, ver: García Belaunde (Domingo). *Los tribunales constitucionales en América Latina*, en: _____. espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2004-61-4C6F6927&dslID=PDF consulta realizada el 21 de marzo de 2010.

derecho originará una extraordinaria expansión de la justicia constitucional...”¹³⁴. A partir del periodo apuntado se crean diferentes formas de control de la constitucionalidad de la ley.

Lleva razón entonces Pérez Royo al decir que la introducción de los mecanismos de justicia constitucional en Europa –habría que incluir también a América Latina- no es el resultado natural y espontáneo de la acción del poder judicial, como pasó en Estados Unidos. Por el contrario, ellos fueron fruto de una opción política que se adoptó expresamente en determinados procesos constituyentes¹³⁵.

Se fue extendiendo, así, la creencia de que los tribunales constitucionales eran una institución necesaria para la consolidación democrática de los países¹³⁶. Y de este modo, se llega a lo que Aragón Reyes ha llamado la mundialización de la justicia constitucional¹³⁷ o Habërle la marcha triunfal de la jurisdicción constitucional con

¹³⁴Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* pp. 245.

¹³⁵Pérez Royo (Javier). *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 34.

¹³⁶Rubio Llorente (Francisco). Seis tesis sobre jurisdicción constitucional, en: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_035_009.pdf consulta hecha 11 de diciembre de 2009.

¹³⁷Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* pp. 248. A propósito, Nogueira, siguiendo a Favoreu, establece cuatro grandes olas de tribunales constitucionales. La primera se da en el período entre las dos guerras mundiales, cuando ven la luz los tribunales de Checoslovaquia -1920-, Austria -1920-, Liechtenstein -1921, que tiene además la particularidad de ser el único tribunal que se ha mantenido vigente permanentemente, lo que lo convierte en el más antiguo de Europa dado que como se señaló en el caso de Austria y Checoslovaquia su funcionamiento fue irregular en atención a distintos acontecimientos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX- y España -1931-. La segunda ola surge con el término de la II Guerra Mundial y finaliza en la década del sesenta. Se reinstaura el Tribunal Constitucional de Austria -1945- y se crean otros como los tribunales constitucionales de Italia -1948- y de Alemania Federal-1949-, de Francia -1959-, de Turquía -1961- y de la antigua Yugoslavia -1963-. La tercera ola, de acuerdo a estos autores, se da en las décadas de los setenta y principios de los ochentas del siglo pasado, en que se crean los tribunales constitucionales de Portugal -1976-, España -1978-, Bélgica -1983- y Polonia -1985-. Serían parte de esta tercera ola en América Latina los tribunales constitucionales de Guatemala -1965, 1985-, Chile -1971, 1981- y de Perú -1979,1993-. La cuarta ola coincide con la caída del muro de Berlín en 1989 y se desarrolla hasta la década de los noventa en los países de Europa Central y Oriental, también en algunos países de América Latina. Señala Nogueira como ejemplos de la cuarta ola a: Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania y Costa Rica -1989- Colombia -1991, aunque como se dijo el primer intento de un tribunal constitucional se dio en 1979- y Bolivia -1994-. Si bien la división puede cuestionarse, en particular porque responde a acontecimientos vinculados a la realidad de Europa, es útil en el sentido de que refleja la expansión de los modelos de justicia constitucional en distintas partes del mundo desde su aparición a principios de la centuria pasada, ver: Nogueira Alcalá (Humberto). “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales”, *Revista de Derecho*, volumen XIV, julio, 2003, Chile, Universidad Austral, p. 61.

alcance mundial¹³⁸ que lleva a que se establezcan órganos encargados de verificar la constitucionalidad de las normas jurídicas no sólo en los países anotados anteriormente, sino en muchos otros más, con procedencias y tradiciones jurídicas muy heterogéneas, como India, Corea del Sur, Japón, Egipto, Rusia, etc.-. Apostilla Aragón Reyes, un elemento importante: “...bajo diferencias estructurales que no cabe desconocer, la cercanía de fondo es grande, sin duda alguna, entre todos los sistemas desarrollados, eso sí, de justicia constitucional. En unos y otros, la clave y a su vez el elemento común lo desempeña un papel idéntico que, en esa tarea de la justicia constitucional, desempeña el máximo órgano judicial que ejerce la función, ya se llame tribunal constitucional o Suprema Corte de Justicia. Y esa función es la de ser el intérprete supremo de la Constitución, esto es, la de unificar la interpretación constitucional e imponerla con carácter vinculante...”¹³⁹. Con ello se rompe la vieja creencia acerca de la posición subordinada del juez en el entramado democrático¹⁴⁰.

Podría argüirse que esta última afirmación se debilita si el juez constitucional no es el juez ordinario, esto es, el juez que forma parte del poder judicial -en cualquiera de sus niveles- sino que es un juez distinto, integrante de una entidad llamada tribunal o corte constitucional, que por tener un sistema de nombramiento diferente al juez ordinario, es considerado un juez político o más político. Hay que reconocer que, en efecto, cuando se analiza el impacto de la justicia constitucional el examen se concentra en un juez concreto, con lo cual no sería suficiente para concluir que se deriva una transformación completa del aparato judicial en relación a su pasado.

Sin embargo, esto no es óbice tampoco para mantener la tesis de que el juez ha visto renovada su propia posición e influencia en el entramado democrático gracias a la justicia constitucional. Ello por tres razones. Tanto porque el origen del

¹³⁸Häberle (Peter). *El Estado Constitucional*, Traducción Héctor Fix, Universidad Autónoma de México, México, 2001, p. 168.

¹³⁹Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* pp. 248.

¹⁴⁰Rubio Llorente (Francisco). *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho* en: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_022_017.pdf consulta hecha 11 de diciembre de 2009.

juez constitucional es de fecha reciente¹⁴¹ como, y aquí está la principal razón, porque los tribunales constitucionales se encuentran dentro del cuerpo jurisdiccional del estado¹⁴². El asunto es más claro en casos como los estudiados – Colombia y Costa Rica- porque los tribunales constitucionales integran el sistema judicial¹⁴³. También no debe perderse de vista, esta es la tercera razón que se esgrimirá al respecto, porque la impronta que ha venido dejando la judicatura en las últimas décadas aunque particularmente decisiva a través de pronunciamientos en sede constitucional, se ha ampliado, como se refería al inicio del presente apartado, a otros ámbitos.

En lo que a la jurisdicción constitucional importa no corresponde descifrar exhaustivamente las preferencias de los países por un modelo o por otro. Por qué se opta por sistemas concentrados y no por sistemas difusos. Las razones podrían ser muy distintas. Sólo se ahondará en algunas de ellas. Aragón anota que a finales del siglo XVIII e inicios del XIX las necesidades planteadas por el federalismo europeo promovieron la instalación de tribunales constitucionales que velarían por el respeto a las leyes federales y la unión entre los estados. Luego, los procesos de

¹⁴¹Reciente en el entendido de que el resurgimiento de la justicia constitucional de influencia europeo continental se da con el nacimiento de los tribunales constitucionales Alemania e Italia. Se aclara el punto porque, como afirma Sagües, una perspectiva más amplia podría situar el origen, en sentido lato, de esta jurisdicción tanto con la sentencia *Marbury vrs Madison* de 1803 de la Corte Suprema norteamericana como, incluso, en el *Hábeas Corpus Amendment Act* inglés, primer procedimiento que puede ser calificado como constitucional de la historia, ver: Sagües (Nestor Pedro). *Los desafíos del derecho procesal constitucional*, en: Bazan (Víctor) edr. *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 21.

¹⁴²Pérez Tremps (Pablo). *Sistema de justicia constitucional*, Editorial Civitas, Pamplona, 2010, p. 22. Aunque el tema no es pacífico, hay autores que estiman que, como en España, la ubicación orgánica del tribunal constitucional dificulta definirlo con claridad como parte del entramado jurisdiccional dadas las regulaciones diversas que pueden encontrarse. Montoro Puerto, por ejemplo, apunta que lo que se ha dado en la relación tribunal constitucional y poder judicial es una suerte de dualismo jurisdiccional, ver: Montoro Puerto (Miguel). *Op. Cit.* p. 128.

¹⁴³En el capítulo cuarto se tratará detalladamente la descripción de los tribunales seleccionados. Por ahora debe indicarse, aclarando que en su momento se harán algunas matizaciones, que la Sala Constitucional forma parte del poder judicial de Costa Rica. Es un tribunal que, junto a otras tres Salas que fungen como tribunales de última instancia o casación – la primera de materia civil y contencioso administrativo; la segunda de derecho de familia y derecho del trabajo y la tercera de materia penal- integran la Corte Suprema de Justicia-. La Corte Constitucional es un órgano que pertenece a lo que en Colombia se llama rama judicial, equivalente, en principio, al poder judicial porque no sólo incluye los tribunales ordinarios sino también otros órganos aparte, también, de la Corte Constitucional. De acuerdo con los artículos 228 a 257 de la constitución política de 1991, la rama judicial la integran: el Consejo de Estado –con competencia contencioso-administrativa, la Corte Suprema de Justicia –máximo órgano de la jurisdicción ordinaria-, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura –responsable de las políticas administrativas y disciplinarias de la Rama Judicial-

constitucionalización de derechos fundamentales vieron la conveniencia de que se garantizara jurisdiccionalmente los contenidos de la constitución política¹⁴⁴. Dicho de otra manera, de nada servía “...afirmar la superioridad de la constitución si el ordenamiento no dispone de mecanismos que garanticen su intangibilidad. En esta empresa los jueces (...) asumen un papel de extraordinaria importancia...”¹⁴⁵.

Ferreres anota una razón adicional que explica por qué la justicia constitucional concentrada, distinta al modelo del *judicial review*, ha sido el modelo preferido en los países de tradición europea continental. Para el autor, precisamente, en las diferencias entre las familias jurídicas puede encontrarse una causa que ha hecho primar la idea de que el control de la constitucionalidad de las normas debe reservarse a un órgano preciso –el tribunal constitucional- y no a todos los jueces ordinarios¹⁴⁶. La razón está en la seguridad jurídica.

Se han esgrimido varias justificaciones para sostener la tesis de la seguridad jurídica como origen de la existencia del modelo concentrado de control de constitucionalidad europea. En los países del *civil law* los tribunales se especializan en distintas áreas del saber jurídico y en lo más alto de la estructura judicial existe una división del trabajo de las cortes supremas –derecho penal, derecho social, derecho civil, derecho contencioso-administrativo, etc.-. Esta forma de organización dificultaría, ante la diversidad de criterios que podrían generarse, conocer con certeza la posición de los altos tribunales sobre la constitucionalidad de las normas. Pareciera necesaria la existencia de un poder judicial establecido bajo un paradigma unitario de lo cual carecen los modelos de justicia de tradición continental europea. Pero para Ferreres este alegato sería fácilmente destruido con la creación de un órgano para dirimir las eventuales contradicciones surgidas entre los tribunales supremos¹⁴⁷.

Otra razón está en la ausencia del principio anglosajón del *stare decisis*. Las líneas jurisprudenciales trazadas por las altas cortes pueden ser rechazadas por los jueces inferiores porque, como tesis de principio, prevalece la independencia

¹⁴⁴Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* p. 241.

¹⁴⁵López Ulla (Juan Manuel). *Op. Cit.* p. 130.

¹⁴⁶Ferreres Comella (Víctor). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad...* p. 51.

¹⁴⁷Ídem, p. 52.

judicial. Esta situación podría hacer que una ley considerada inconstitucional por un órgano de cierre se estimara constitucional por los jueces de menor jerarquía eventualidad que también pondría en cuestión al principio de seguridad jurídica. No obstante, concluye Ferreres, pese a que el *stare decisis* no existe, formalmente, en el derecho del *civil law*, se han ideado mecanismos que aseguran que frente a las lagunas y ambigüedades, inevitables en las normas jurídicas, las posiciones de los tribunales superiores en grado prevalezcan. De esta manera la jurisprudencia de los órganos supremos se suele respetar por el resto del entramado jurisdiccional¹⁴⁸.

Visto lo anterior, empero, pareciera que la seguridad jurídica no se desmoronaría con un sistema de justicia constitucional difuso que obligara a todos los jueces a verificar que las normas *supra* constitucionales se ajusten al texto de la constitución. Esta alternativa generaría, de paso, un protagonismo mayor de los jueces, no sólo de los constitucionales. El tema, para seguir sosteniendo que un modelo como el que se sigue en Europa y en muchos países del mundo –como los estudiados en este trabajo- garantiza la seguridad jurídica debe reconducirse. No sería cuestión de si uno produce seguridad jurídica y el otro no, sino de qué tan importante puede resultar aquel principio en un determinado contexto y cuál sería la senda más efectiva para su consecución.

En este sentido, continuando una vez más con Ferreres, si se entiende que la seguridad jurídica admite grados, el tribunal constitucional tendería a maximizarla, por lo que su introducción en ese tanto puede resultar preferible. A una corte o sala, que por estar dedicada sólo al control de constitucionalidad puede producir una jurisprudencia más sólida y coherente, se recurre desde el momento en que una ley es aprobada, sus sentencias son de carácter general y la declaratoria de inconstitucionalidad –sin importar si la revisión es concreta o abstracta- desemboca en la expulsión definitiva del ordenamiento jurídico de la norma irregular, no en su desaplicación. Una vez expulsada, el tribunal constitucional no tendrá que

¹⁴⁸Ídem, p. 55. Por ejemplo, la organización vertical del poder judicial de las familias del *civil law* permite que en los procesos de promoción se tomen en consideración diferentes aspectos, formales e informales. Al ser los jueces de los órganos supremos los que deciden sobre los ascensos es más fácil controlar la disciplina y el respeto que los magistrados inferiores tengan por sus decisiones. En igual sentido López Medina (Diego Eduardo). *Op. Cit.* pp. 9-10.

pronunciarse sobre la validez de una ley y el tema quedará zanjado¹⁴⁹. El *modus operandi* de un tribunal constitucional favorece una mayor certeza sobre la condición de constitucional o no de una ley –u otros preceptos *supra legales*–.

Pueden ensayarse, como se ha visto en los párrafos precedentes, muchas aproximaciones al origen de la justicia constitucional y a las diferencias entre los modelos existentes y, en lo que atañe especialmente a esta investigación, al impacto que aquellos traen aparejados para el juez y su posicionamiento en las democracias contemporáneas. Los orígenes del control judicial de la ley responden a factores de distinto orden, desde históricos hasta políticos pasando por los jurídicos y los culturales¹⁵⁰. Sin embargo, lo que merece acentuarse es que la justicia constitucional *per se* recoloca al juez y rompe con una venerable tradición de pasividad y sumisión a los otros poderes del estado.

C.2 Justicia constitucional y robustecimiento de la judicatura

Hecho este repaso histórico, la pregunta que se impone realizar es ¿Por qué la justicia constitucional robustece el reposicionamiento de la judicatura y consolida la afirmación de que los jueces coparticipan del gobierno según el concepto que aquí se siguió?

En este extremo es esclarecedor un artículo publicado por Rubio Llorente en el que sintetiza en seis tesis las características más relevantes de la justicia constitucional. Interesa, en cuanto a la pregunta trazada, destacar las tres primeras. Empieza el profesor español advirtiendo, como se señaló anteriormente, la imposibilidad de definir un concepto unívoco de jurisdicción constitucional. En términos generales, amplía, por jurisdicción constitucional se entiende “... la función

¹⁴⁹Ferreres Comella (Víctor). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad...* pp. 58-61.

¹⁵⁰Por ejemplo, pasada la II Guerra Mundial en Japón se impuso un sistema de control constitucional igual al estadounidense. La constitución fue redactada por países aliados y no hubo alternativa. En cambio en Alemania sólo se exigió una estructura federal, hubo mayor margen de maniobra. Los alemanes decidieron incorporar a su ordenamiento un tribunal constitucional, en la actualidad uno de los más influyentes del mundo. Mientras tanto en Japón el control judicial de la ley ha sido sólo formal y la institución ha tenido poco éxito, ver: Ahumada Ruíz (Marian). *La expansión del control de constitucionalidad*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2007, p. 121.

asignada a los tribunales constitucionales que consiste tanto en controlar la validez de las normas jurídicas, por su compatibilidad con el texto del parámetro de legitimidad constitucional, como otras que varían según la legislación de cada estado..."¹⁵¹. Esta conceptualización continúa siendo excesivamente amplia, no obstante deviene en inevitable en vista de las diferencias que pueden apuntarse sobre el funcionamiento de los tribunales constitucionales. De ella sin embargo, y junto a las tres tesis de Rubio Llorente, es factible ir elaborando una respuesta a la pregunta.

Las tres tesis que según Rubio Llorente¹⁵² caracterizan a la jurisdicción constitucional son las siguientes:

Tesis I: Los tribunales constitucionales surgen en periodos de democracias débiles y quebradizas. El planteamiento de Rubio parece revestido de buenas razones. En la mayoría de países de Europa los tribunales constitucionales nacen luego de las guerras mundiales –y en América Latina luego de procesos de democratización o de ruptura constitucional¹⁵³- como órganos encargados de garantizar el respeto por los derechos fundamentales y la limitación del poder. Esto es, como entes protectores de la democracia.

Tesis II: Su ubicación plantea serios problemas en la estructura tradicional del estado. Los tribunales constitucionales son creados con una serie de funciones desconocidas de control. Se entienden como órganos jurisdiccionales y políticos por lo que dónde colocarlos dependerá de distintas razones, conjuradas según las particularidades de cada estado¹⁵⁴.

¹⁵¹Rubio Llorente (Francisco). *Seis tesis sobre jurisdicción constitucional...*

¹⁵²Ídem, pp. 6-18.

¹⁵³De acuerdo a Sieder, Schjolden y Angell el fortalecimiento de la justicia constitucional y el aparato judicial en la región se dio en cuatro supuestos: países en transición de regímenes autoritarios a democráticos –Brasil, Chile, Perú y México-, países en democracia que fueron golpeados por profundos conflictos políticos o sociales –Venezuela o Colombia-, países con momentos constitucionales fuertes –Colombia, Brasil y Argentina- y países que hicieron algunas innovaciones constitucionales –México y Colombia-, ver: Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, p.9-10.

¹⁵⁴Existen diferentes modalidades de ubicación de los tribunales constitucionales. Mientras en algunos países son órganos independientes de los otros tres poderes del estado –como en España o Italia- en otros, –como Alemania, Costa Rica o Colombia- pertenecen al poder judicial. Esta particularidad, pese a que las resoluciones son sentencias jurisdiccionales en sentido estricto, es decir poseen eficacia jurídica, podría generar algunas dudas en cuanto a si son jueces equiparables a los de la jurisdicción ordinaria. En Colombia aunque la Corte pertenece formalmente a la rama judicial hay antecedentes de fuertes disputas, como se verá en el capítulo cuarto, con la Corte Suprema. En

Tesis III: La jurisdicción constitucional varía de un lugar a otro de modo que la pregunta ¿cómo sujetar el poder a la constitución? será respondida siguiendo distintas rutas. Así, los elementos que marcan más diferencias son: a) elenco de poderes sometidos a control, b) sujetos legitimados para incoar los procesos constitucionales, c) modo de relacionar la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional –en caso de que el tribunal constitucional esté fuera del poder judicial-. Habría que agregar, las competencias que posea el tribunal. En este sentido, es muy interesante lo que subraya Rubio Llorente; las eficacia de los tribunales constitucionales puede ser más social, en tanto más amplia sea la legitimación que tienen los ciudadanos para acudir a la justicia constitucional, o política, en tanto sólo los órganos políticos pueden acudir para plantear conflictos entre la ley y la constitución política.

De lo expuesto, desde el pensamiento de Rubio Llorente es posible extraer tres palabras claves que contribuirán a responder por qué la justicia constitucional ha consolidado el modelo del juez (co)gobernante. Las palabras claves son: constitución política, control y competencias de los tribunales constitucionales.

i. Constitución política y juez constitucional

En las últimas décadas el concepto clásico de constitución política se modificó¹⁵⁵. Dejó de entenderse simplemente como un documento jurídico más de organización competencial. Se le reasignó un valor sustantivo¹⁵⁶. Para Hesse la

este sentido, lo importante es aceptar que el tribunal constitucional ejerce una función jurisdiccional que enjuicia desde la óptica de la constitución política la actividad del poder, ver: Marín (José Ángel). *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 148.

¹⁵⁵Aunque ya el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que una constitución es tal sólo si incorpora la división de poderes y garantiza los derechos fundamentales; lo cierto es que ha sido durante la segunda mitad del siglo XX que el concepto de constitución “... *ha ganado en riqueza al incluirse otros tipos de previsiones en las normas constitucionales contemporáneas, sobre todo a las relativas a la función transformadora de la constitución en el marco de un constitucionalismo positivo...*”. Bustos Gisbert (Rafael). *Op. Cit.* p. 58.

¹⁵⁶No obstante, apoyados en este punto en la extraordinaria obra de Maurizio Fioravanti, es importante aclarar que los orígenes de la noción de constitución conducen a la Antigua Grecia. De allí hasta la actualidad pueden encontrarse distintas concepciones de constitución entendida, en palabras del propio profesor italiano, como “... *el ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas...*”. De esta manera el autor diferencia tres etapas: la de la constitución de los antiguos, la de la constitución medieval y la de la constitución de los modernos. Cada uno refleja distintas expresiones de la doctrina constitucional y cada una es heredera de instituciones y enfoques que se

constitución busca limitar el poder estatal y evitar los abusos, su función es garantizar un proceso político que sea libre a la par que capaz de estabilizar y racionalizar el poder y asegurar las libertades fundamentales de las personas¹⁵⁷.

Bustos entiende la constitución como un sistema abierto de reglas y principios resultado de un proceso democrático deliberativo¹⁵⁸. La constitución es entonces “...un sistema jurídico en cuanto sistema dinámico de normas, es un sistema abierto porque su estructura permite la capacidad de aprendizaje de las normas constitucionales y captar así, los cambios en la realidad, y, por último ese sistema jurídico abierto se muestra bajo la forma de reglas y principios, ambos de naturaleza plenamente jurídica...”¹⁵⁹. Esta reconceptualización de la constitución política marca al constitucionalismo actual.

El estado de derecho es, sin duda, una de las expresiones más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea, en opinión de Zagrebelsky, pese a su carácter embrionario. Por eso en cada época se ha podido llenar de contenido. El estado legislativo evidencia el lugar de privilegio que tenía la ley. La primacía de la ley reflejó la derrota del absolutismo y del *ancien régime*¹⁶⁰.

La forma típica de organización en la actualidad es el estado constitucional de derecho. El estado constitucional implica una profunda transformación. No es simplemente un proceso de evolución natural es, dice Zagrebelsky, la adecuación más perfecta al principio decimonónico del gobierno de las leyes, ahora todo, incluso la ley misma, debe someterse a un estrato más alto del derecho: la constitución¹⁶¹. El estado constitucional debe estar definido por los siguientes

fueron enriqueciendo con los siglos, con lo cual, desde una perspectiva muy estricta, los puntos de conexión entre etapa y etapa podrían parecer más borrosos. Por ejemplo, los antiguos no conocieron ninguna soberanía ni entendieron a la constitución como una norma llamada a separar el poder y a proteger derechos, como ocurre con la constitución de los modernos. La constitución medieval aspiró a ser, prosigue Fiorvanti, una constitución mixta, que defendía el carácter plural y compositivo de la sociedad, expresando un claro temor al nacimiento de un poder público que amenazara ese equilibrio. Por su parte la constitución de los modernos es una norma de derecho público llamada a imponerse sobre la tradicional estructura privada de la constitución estatamental y feudal, ver: Fioravanti (Maurizio). *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 11, 29, 30, 55 y 136.

¹⁵⁷Hesse (Konrad). *Op. Cit.* p. 21.

¹⁵⁸Bustos Gisbert (Rafael). *Op. Cit.* p. 29-38.

¹⁵⁹Ídem, p. 38.

¹⁶⁰Zagrebelsky (Gustavo). *El derecho dúctil...* pp. 21-32.

¹⁶¹Ídem, p. 34.

elementos: respeto y desarrollo por la dignidad humana, soberanía popular, constitución como pacto o contrato, división del poder y estado social y democrático de derecho¹⁶².

En la actualidad se habla de constitución garantizada y constitución material – concepto que difiere del concepto de la década de los cuarenta del siglo XX- en oposición a una constitución meramente formal o procedimental. La cuestión resulta clara, según Bustos, con la definición de los derechos fundamentales, caracterizados por una formulación lingüísticamente de abstracción y generalidad que obligan a recurrir a otras fuentes de conocimiento. En este caso es esencial el papel de los tribunales constitucionales –que ha producido lo que Bustos, siguiendo a la doctrina alemana, llama el destronamiento de la doctrina constitucionalista por la jurisprudencia constitucional-. Es decir, fundamental ahora es el contenido de las sentencias, la palabra de los jueces que se fijan en las resoluciones, incluso para ir creando o al menos ser el punto de partida del desarrollo doctrinal¹⁶³.

La constitución es norma reguladora de los órganos públicos, pero no puede precisar todos los aspectos para determinar su organización, para eso se ocuparán otras normas infraconstitucionales como leyes o reglamentos –por ejemplo los reglamentos o las leyes de la jurisdicción constitucional o el parlamento-. Y por último, la constitución es ante todo un marco jurídico que permite el autogobierno de los pueblos, esto es, debe ser instrumento que logre amoldarse a la realidad de cada situación particular¹⁶⁴.

ii. Control y juez constitucional

La superación de la vieja concepción del parámetro de legitimidad constitucional no es, en absoluto, un tema menor. Aseverar que un ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado implica la aceptación de una serie de premisas que condicionan la actividad del estado. Primero, la existencia de una constitución

¹⁶²Bustos Gisbert (Rafael). *Op. Cit.* pp.57-58.

¹⁶³Prieto Sanchís (Luis). *El constitucionalismo de los derechos*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, p. 213.

¹⁶⁴Ídem, pp. 67-68.

política que no puede ser reformada, si no es mediante un procedimiento más gravoso que el requerido para modificar la legislación ordinaria. Segundo, la fuerza vinculante de la constitución y de todas sus disposiciones, no sólo las programáticas, también de los derechos y principios que recoja. Tercero, la exclusión normativa de cualquier ley que no pueda ser interpretada conforme al texto constitucional. Cuarto, la aplicación directa de los contenidos constitucionales a todas las relaciones sociales, públicas y privadas. Quinto, que las relaciones políticas, es decir todos los espacios del quehacer público, puedan ser objeto de enjuiciamiento constitucional¹⁶⁵.

La constitución, cuando se convirtió en norma de normas, que ordena, organiza y además integra¹⁶⁶ a la sociedad, recibió además un blindaje especial: el judicial¹⁶⁷. Esto conduce a establecer un medio de control para garantizar los contenidos presentes en el parámetro de legitimidad constitucional. Con el paradigma de la justicia constitucional se consolida la nueva noción del juez (co)gobernante. Al ser la constitución política, diría Guastini, una norma jurídica “... extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar la legislación como la jurisprudencia (...) la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales...”¹⁶⁸ quien haya sido conferido de la facultad de controlar que esa norma se respete y que las disposiciones del estado, e incluso de los particulares, se ajusten a ella tendrá una formidable capacidad de influencia.

Häberle lo resume en los siguientes términos: “... la función de la jurisdicción constitucional consiste en la limitación, la racionalización y el control del poder estatal y social: se trata de una colaboración sustantiva con el consenso básico; reside en la nueva protección de las minorías y los débiles, en la reacción oportuna a los nuevos

¹⁶⁵Guastini (Ricardo). *Estudios de teoría constitucional*, Editorial UNAM/Fontamara, México, 2003, pp. 154-166.

¹⁶⁶Bustos Gisbert (Rafael). *Op. Cit.* p. 44.

¹⁶⁷Bayón (Juan Carlos). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en: www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf consulta realizada el 13 de enero de 2010.

¹⁶⁸Guastini (Riccardo). *Op. Cit.* p. 153.

peligros para la dignidad humana, en su carácter no impolítico de orientación y respuesta... ”¹⁶⁹.

Pérez Royo afirma que con la justicia constitucional tres cuestiones está en juego: en primer lugar, las relaciones entre política y derecho en un estado, esto quiere decir hasta donde es posible “juridificar” las decisiones políticas. En segundo término, la legitimidad del control que ejerce un órgano no elegido democráticamente sobre otro que si lo ha sido. Por último, las posibilidades de que las decisiones de los tribunales respondan únicamente a argumentos jurídicos y no políticos¹⁷⁰.

Ayudados en Bayón puede decirse, en síntesis, que el “...tribunal constitucional incide en la dirección política del estado ya que su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el derecho constitucional, es decir, un derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional, normativiza los valores en que ésta se sustenta, establece límites y directrices para la acción estatal...”¹⁷¹. El juez constitucional recibe el mandato de proteger la constitución y con ello la posibilidad de orientar políticamente a la sociedad.

iii. Competencias y juez constitucional

La función genérica de controlar la constitución política asignada al juez constitucional se especifica con las competencias que cada tribunal ha recibido¹⁷². Este punto también es decisivo para definir el paradigma del juez (co)gobernante. Respecto a las competencias que le son asignadas, el tribunal constitucional del modelo europeo, es decir concentrado, tiene un diseño institucional que facilitaría *per se* un desempeño más activo. Esto tiene que ver especialmente con la pureza competencial. La pureza dependerá de si únicamente controla la constitucionalidad

¹⁶⁹Häberle (Peter). *Op. Cit.* p. 168.

¹⁷⁰Pérez Royo (Javier). *Tribunal Constitucional y división de poderes...* pp. 14-15.

¹⁷¹Bayón (Juan Carlos). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo...*

¹⁷²Competencias entre diversos órganos, procesos penales de miembros de otros poderes, recurso de amparo que, como en España, se convierte en una especie de súper recurso de casación y muta al tribunal constitucional en un verdadero tribunal supremo- recurso de hábeas corpus, acción de tutela, etc. Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad...*

de la ley o si cumple funciones adicionales. La existencia de otras competencias ampliará la capacidad de influencia del juez constitucional.

Aparte de las competencias, Ferreres¹⁷³ encuentra que los tribunales constitucionales pueden ser más activos y protagónicos por una serie de causas que los distinguen:

En primer lugar, por la dificultad de aplicar la evitación de los asuntos constitucionales. En los tribunales supremos –como el de Estados Unidos-, en los que existen figuras como el *certiorari*, donde se pueden practicar “virtudes pasivas” el tribunal escoge los casos para conocer. Un tribunal constitucional, en cambio, no puede hacerlo porque hay ausencia de jurisdicción discrecional, al ser el único que controla la constitucionalidad no puede declinar su competencia¹⁷⁴.

En segundo lugar, porque existe una ausencia de casuismo minimalista. Esto se encuentra muy ligado al punto anterior. Los jueces constitucionales no pueden declinar pronunciarse en detalle sobre todos los aspectos que rodean una ley y que pudieran suponer, vista en una interpretación en abstracto de la norma examinada, roces con la constitución. Al tener el monopolio de la justicia constitucional, al recurrente le asiste el privilegio de solicitar un pronunciamiento integral sobre la constitucionalidad de una ley y al tribunal la obligación, *prima facie*, de evacuarlas completamente.

En tercer lugar, por la dificultad de evitar argumentos constitucionales recurriendo a argumentos de mera legalidad. El tribunal constitucional debe siempre dar soluciones horadadas por el parámetro de legitimidad constitucional,

¹⁷³Ídem.

¹⁷⁴Empero, y constituyendo un ejemplo más del acercamiento del clásico modelo concentrado al modelo difuso al que se ha hecho referencia, debe matizarse el punto. Aunque, en efecto, en cuestiones de control de constitucionalidad los tribunales constitucionales no pueden por regla general evitar pronunciarse, se han ido introduciendo mecanismos en los que, al menos en procesos como el amparo, si es posible que la jurisdicción constitucional ejerza una cierta discrecionalidad al momento de resolver algunos asuntos. Ejemplo de ello serían la Corte Constitucional de Colombia que en materia de acciones de tutela revisa sólo aquellas que supongan algún interés para la cámara. En igual sentido en España la reforma que objetivó al recurso de amparo le concede un amplio margen de libertad al juez constitucional para decidir qué recursos resolver. Sobre el tema pueden consultarse: Osuna Patiño (Néstor Iván). *Tutela y Amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 28-30 y Hernández Ramos (Mario). “Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 73, 2008, España, pp. 31-68.

confrontando la ley cuestionada con la norma fundamental. Las particularidades de las constituciones políticas y la posibilidad de hacer varias lecturas de sus contenidos favorecen que los jueces constitucionales tengan gran relevancia.

En cuarto lugar, por la dificultad de evitar cuestiones de inconstitucionalidad. Los tribunales de los modelos difusos, como resuelven sobre casos concretos, pueden, por vía interpretativa, prescindir de pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad. En cambio, el tribunal constitucional no puede proceder igual. Debe al plantearse si una ley es inconstitucional señalar cuál interpretación es constitucional y cuál no lo es.

Aunque teóricamente lo que importa del pronunciamiento del juez constitucional, en el sistema de justicia constitucional europeo, es la decisión final y no los razonamientos, a contrapelo de los modelos difusos, los tribunales han ido creando mecanismos alternativos para fijar sus posiciones. Por ejemplo, menciona Rubio Llorente, las sentencias interpretativas¹⁷⁵ -que aunque encuentran resistencia teórica, los tribunales constitucionales de España, Alemania e Italia han hecho uso de ellas- y las sentencias de mera inconstitucionalidad –utilizadas en Alemania, consiste en sólo declarar la inconstitucionalidad sin anular la norma cuando hay forma de reparar la inconstitucionalidad a través de interpretaciones diversas¹⁷⁶.

Para Rubio Llorente, mediante técnicas como las reseñadas verdaderamente “...la jurisdicción constitucional crea derecho, innovando el ordenamiento. Esta creación, a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el tribunal constitucional...”¹⁷⁷. Los precedentes se van volviendo normas jurídicas revestidas de obligatoriedad para los otros órganos, al punto de que poco

¹⁷⁵Rubio Llorente (Francisco). *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho...*

¹⁷⁶Sobre este tipo de sentencias, de las cuales se ampliará en el capítulo segundo, a partir del caso italiano puede consultarse: Martín de la Vega (Augusto). *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 403. En la obra se afirma que este tipo de resoluciones convirtieron a la Corte Costituzionale en motor de grandes reformas y en la fractura definitiva del sistema concentrado de justicia constitucional de inspiración kelseniana.

¹⁷⁷Rubio Llorente (Francisco). *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho...*

a poco, se va consolidando un principio *stare decisis*¹⁷⁸ similar al sistema del *common law*¹⁷⁹.

En quinto lugar, por la alta visibilidad de los tribunales constitucionales. Esta característica, en opinión del profesor de la Universidad Pompeu Fabra, obedece a varias razones: ser un único tribunal que declara la invalidez de una ley por lo que la atención, de los partidos políticos, actores institucionales y de la opinión pública, se centra en él. El tribunal constitucional se dedica, *prima facie*, a cuestiones abstractas, mientras tanto, en los modelos difusos muchas veces no es así. El tribunal constitucional adquiere un mayor grado de expectación, su exposición como órgano especializado en un tema de enormes implicaciones políticas y sociales aumenta. Y por último, como hay órganos públicos legitimados para recurrir ante el tribunal, el interés de los medios de comunicación aumenta y la exposición del tribunal constitucional también.

Para Ferreres las características de los tribunales constitucionales hacen que sean muy activos, o cuando menos puedan, gracias a esas herramientas y condiciones de las que están revestidos, serlo. Avanza, el profesor catalán, las condiciones que definen al tribunal constitucional: no evitación de cuestiones de constitucionalidad, visibilidad, imposibilidad de negar con facilidad que la constitución política contiene principios generales que deben ser explicados, etc. lo llevan a hacer bien su trabajo. El punto es simple, ser órganos de reciente creación, que de alguna manera rompen con una vieja tradición de división tripartita del estado, conduce a que puedan ser vistos como prescindibles. Deben hacer un esfuerzo importante por convencer a la gente que haberlos creado fue una buena decisión¹⁸⁰.

Puede decirse que con el juez constitucional se potencia la noción del juez que vincula a los otros poderes y orienta o reorienta a la sociedad. En síntesis, que potencia la imagen del juez (co)gobernante y contribuye a borrar la imagen de una

¹⁷⁸Sobre esto recordar la afirmación de Ferreres al iniciar el apartado C.1 en el sentido de que, aunque formalmente el *stare decisis* no existe en los países de esta tradición se han ido creando mecanismos a través de los cuales los pronunciamientos de los tribunales supremos son respetados y seguidos por los jueces de jerarquía inferior.

¹⁷⁹Ruiz (Miguel Alfonso). *Op. Cit.* p. 4.

¹⁸⁰Ferreres Comella (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad...*

magistratura fiel a la voluntad de los otros actores políticos. La reformulación del concepto de constitución política, las facultades que se le han dado para protegerla y verificar que se cumplan sus contenidos, junto a una lista de acontecimientos históricos permiten entender por qué este juez es un buen ejemplo de que en el ejercicio del gobierno todos los órganos del estado participan.

iv. Neoconstitucionalismo

La doctrina ha utilizado un concepto que busca describir las implicaciones de este tipo de constitucionalismo potenciado a partir de la segunda mitad del siglo anterior. En dicho concepto se ha considerado la relevancia que adquiere el juez constitucional. Se trata del neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo. Con ellos se quiere dar cuenta ante todo de una nueva cultura jurídica. Para Prieto Sanchís con neoconstitucionalismo se puede estar hablando de cuatro aspectos: 1. de un cierto tipo de estado de derecho visto como organización política. 2. de una teoría del derecho, visto como teoría para explicar el modelo. 3. de una ideología o filosofía política y 4. de una filosofía jurídica que define cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la función del derecho¹⁸¹.

Carbonell considera que el neoconstitucionalismo posee tres niveles de análisis. En primer lugar, los textos constitucionales, las constituciones, como se ha insistido, ya no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes, sino que están compuestas por normas sustantivas que condicionan la actuación estatal mediante la fijación de ciertos fines y objetivos. En segundo lugar, las prácticas jurisprudenciales, a raíz de la entrada del nuevo tipo de constituciones políticas, el comportamiento de tribunales y cortes, especialmente constitucionales, han asumido una posición más relevante. Los jueces han debido aceptar que si las normas constitucionales son por naturaleza ahora más invasoras en los diferentes ámbitos de la vida, la función judicial, al verificar su cumplimiento, se vuelve también más invasora, en tanto sus pronunciamientos abarcan muchos aspectos de la vida social. El tercer nivel de análisis es el surgimiento de desarrollos teóricos novedosos

¹⁸¹Prieto Sanchís (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales...* pp. 96-102.

que actúan como una metagarantía del fenómeno jurídico del que se viene hablando. Por esto, continúa Carbonell, la ciencia jurídica, de la mano de autores como Dworkin, Alexy, Prieto Sanchís o Ferrajoli, ha suministrado importantes herramientas para comprender mejor y hasta completar los alcances del constitucionalismo contemporáneo¹⁸².

El neoconstitucionalismo, escribe Prieto Sanchís, hace una revisión de los postulados positivistas, “... la validez de la norma ya no dependerá solamente de su existencia u origen social sino de su adecuación formal y sustantiva a la constitución...”¹⁸³. La labor del jurista –y principalmente la del juez- pasa de ser descriptiva a ser constructiva. Lo dicho hace que en el nuevo paradigma la justicia constitucional ocupe un lugar esencial¹⁸⁴.

Lo dicho hasta aquí es un planteamiento teórico. Fuera de los diseños institucionales o de las construcciones doctrinarias es claro que otros factores

¹⁸²Carbonell (Miguel). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis...*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010, p. 156.

¹⁸³Prieto Sanchís (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales...* p. 103.

¹⁸⁴El neoconstitucionalismo ha recibido también críticas. Por ejemplo, en el plano jurisdiccional, García Amado cuestiona que el neoconstitucionalismo insista en la “...capacidad de dicción de las normas constitucionales más indeterminadas...” de los jueces. Para el autor el análisis debe defender los siguientes aspectos: 1. las constituciones mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados. 2. en los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra la constitución es abierta y podrá ser concretada de diferentes modos. 3. la elección de una de entre varias posibles concreciones compatibles con la indeterminación del precepto constitucional corresponde a los intérpretes autorizados de la constitución. Intérpretes autorizados son: el legislador, el juez y el tribunal constitucional. 4. Los jueces y muy especialmente el tribunal constitucional cumple prioritariamente funciones de control constitucional negativo. 5. por el contrario al legislador le corresponde una función de realización constitucional. Todo esto tiene como objetivo defender la prioridad democrática y con ello la soberanía popular. García Amado cree que el control debe ser de mínimos por parte del juez. El aporte del neoconstitucionalismo, dice, no es el control judicial sino su alcance. El positivista propugna por una jurisprudencia controlada y restrictiva en sus juicios de constitucionalidad. En caso de indeterminación debe privar la voluntad del legislador: *in dubio pro legislatore*. Lo que le reprocha al neoconstitucionalismo es que éste justifique que el juez diga “que la constitución dice” al legislador cuando en realidad no lo dice, al menos con sus palabras. Respecto al modelo argumentativo critica que en el fondo se trata de someter a la tiranía de los jueces. Dice que las decisiones legislativas también son valorables en términos de racionalidad argumentativa lo que se evidencia en la elaboración de las leyes: “... la superioridad epistémica de la racionalidad judicial como racionalidad argumentativa sería admisible si concebimos que los jueces tienen a su alcance un método de argumentación capaz de dotar de objetividad plena la decisión...” ver: García Amado (Juan Antonio). *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo...* pp. 238, 239, 244, 251, 252, 255.

incidirán para que los jueces se compadezcan o no con los viejos esquemas¹⁸⁵. Empero, resulta innegable que la (re)aparición del juez constitucional representa la consolidación de un actor con especiales condiciones de influencia. Posiblemente deba admitirse, con Rubio Llorente, que la introducción de la jurisdicción constitucional, en muchos países, no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución¹⁸⁶. Su desarrollo en los casos seleccionados será objeto de análisis en el tercer y cuarto capítulos.

Conclusión

En este primer capítulo fue descrito el perfil que ha tenido el juez en las democracias contemporáneas desde los procesos revolucionarios del siglo XVIII. Han sido casi doscientos años de un actor institucional espectador y poco comprometido con los grandes problemas de la sociedad. No fue en la arena judicial donde se debatieron los dilemas más ingentes e inquietantes. Se aceptó que la división del poder implicaba competencias intraspasables y que los jueces debían aplicar mecánicamente la ley, sin permitirse ningún margen para cuestionar, ni criticar lo que, según ellos, representaba su único objeto de trabajo: las normas jurídicas.

Se hizo también un repaso de la influencia que tuvieron el constitucionalismo y el diseño institucional para ir forjando a este juez paradigmático en las democracias de tradición europea continental. Factores históricos, culturales y políticos favorecieron el discreto papel asumido por la judicatura. Los temas más importantes, incluyendo el control del ejercicio del poder de los otros órganos del estado, estuvieron ausentes de la agenda judicial. La creencia de que la división tripartita permitía desplegar controles mutuos para evitar abusos y garantizar los

¹⁸⁵Ferraro propone otras variables para medir empíricamente el desempeño de los tribunales constitucionales. Algunas son: conformación, para saber presencia de grupos dominantes en la sociedad por etnia, género, clase socio-económica, etc., nivel de inserción de los tribunales en la sociedad, frecuencia de contactos institucionales entre los tribunales constitucionales con organizaciones no gubernamentales y participación de miembros de los tribunales constitucionales en debates académicos, ver: Ferraro (Agustín). *Op. Cit.* pp.237-242.

¹⁸⁶Rubio Llorente (Francisco). *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho...* p. 21.

valores más altos que, teóricamente, inspiraban a las democracias no encontró ningún caldo de cultivo en los países europeo-continetales. Tampoco en los países tributarios de su huella jurídica, política e institucional.

Empero, el panorama, en distintas latitudes, inició un camino de transformación. Los jueces empezaron a asumir un novedoso desenvolvimiento y decisiones de enorme calado y trascendencia se resolvieron en la sede judicial. Fueron mencionadas algunas de las posibles explicaciones que la doctrina apunta para este fenómeno en Europa y América Latina.

A partir del sustrato fáctico citado en el primer capítulo se puso en evidencia el paso de, lo que aquí se llamó, de los jueces sacralizados a los jueces gobernantes. La superación de un prototipo de magistratura aséptica y poco, o nada, dispuesta a cuestionar desde sus propias trincheras los modelos de sociedad en los que estaba inserta. Evidentemente, al exponerse casos aislados, no es posible concluir que este cambio sea definitivo y que, entre muchas causas por el diseño institucional y las limitaciones propias del proceso judicial, ello implique una modificación completa y generalizada de la estructura en la que se desenvuelven los jueces. El objetivo no ha sido derivar de ellos, como se dijo, generalizaciones sobre el comportamiento del tercer brazo del estado aunque, ciertamente, no considerarlos implicaría ignorar la evidencia empírica. El panorama en ese sentido, como ha señalado algún autor, es por lo pronto incierto. Hay magistraturas que han promovido verdaderas revoluciones de derechos y de control, mientras otros distan mucho de hacerlo¹⁸⁷.

En lo que se hizo hincapié es en que las señales de esta mudanza, donde han ocurrido, no son, de ningún modo, un peligro. Por el contrario, que se cuenta con buena razones teóricas y empíricas para aceptar que una democracia en la que no sólo se garantizan procedimientos electorales, sino también principios y derechos fundamentales, requiere indefectiblemente de jueces que velen por su protección. Aunque sin negar que esta apertura conceptual deja pendiente la definición de formas y límites para garantizar principios y derechos.

¹⁸⁷Ansolabehere (Karina). *Más poder ¿más derechos? Control de constitucionalidad y ciudadanía*, en: www.nuffield.ox.ac.uk/repla/REPLA_ANSOLABEHHERE.doc consulta realizada el 22 de mayo de 2010.

Si se entiende que el gobierno es “... el ejercicio del poder y la determinación de la orientación política de una sociedad...”¹⁸⁸ la acusación que denuncia un gobierno de jueces no tiene fundamento. En primer lugar, porque la intervención de los jueces lo es en una organización que ha dividido el poder y les ha concedido, si se quiere explicar desde el principio de separación de poderes, una “tercera parte” para co-ejercerlo y contribuir a determinar la orientación política de la sociedad.

En segundo lugar, porque no hay ningún caso en el mundo del que se pueda decir que hay o hubo un gobierno de los jueces. El riesgo de que las cortes se vuelvan los verdaderos gobernantes es un riesgo conjurado por la realidad la cual demuestra que ello no ha ocurrido así¹⁸⁹.

En el último apartado se describieron las causas que han ayudado a que en el nuevo modelo de juez (co)gobernante la justicia constitucional haya tenido una presencia descollante. Se mencionaron la estructura, las competencias, la evolución del constitucionalismo contemporáneo y la ubicación institucional entre otros rasgos de esta jurisdicción.

No obstante, lo que no puede perderse de vista, de allí la relevancia de establecer un vínculo entre rol tradicional de la justicia y justicia constitucional, es que los tribunales constitucionales de los países de influencia románica nacen de contextos donde los jueces se distinguieron por tener unas ciertas características. La mayoría de ellas opuestas al perfil que se le ha dado o ha ido asumiendo la jurisdicción constitucional.

Por ello, haciendo a un lado las diferencias que existen entre el juez constitucional y el juez ordinario –procesos de selección, competencias, etc.¹⁹⁰- lo destacable de este capítulo es que se han dado muestras de que los jueces han demostrado un nuevo perfil, y de que en este paso la justicia constitucional ha sido determinante.

¹⁸⁸Véase definición de Bobbio y Matteucci en el apartado B.3.

¹⁸⁹Bachof (Otto). *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional: entre derecho y política*, Conferencia pronunciada en la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1979, en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/57/art/art1.pdf consulta hecha el 25 de mayo de 2010.

¹⁹⁰Pérez Tremps (Pablo). *Op. Cit.* pp. 37-44.

Una vez aceptada la realidad de la prevalencia de los criterios judiciales en distintas circunstancias, es necesario profundizar, ya no en el qué, sino en el cómo. Admitido que en algunos contextos las decisiones de los jueces tienen o han tenido un peso decisivo, igual o superior al de los otros políticos, el siguiente tema obliga a profundizar en el fenómeno.

¿Cómo precisar algunas definiciones que contribuyan a operacionalizar el fenómeno, por qué se da, qué lo facilita, qué lo dificulta y qué precauciones contextuales habría de considerarse al examinarlo? Esto lleva al abordaje de dos conceptos clave, estrechamente unidos al nuevo rol de la judicatura: activismo judicial y judicialización de la política. A ellos se dedicará el capítulo segundo.

Capítulo II: Expansión judicial o del nuevo quehacer de la judicatura

*"...El señor juez ensayó una sonrisita un poco molesta.
-Oiga usted ¿a qué llama malas costumbres? (...)
-Yo llamo malas costumbres a muchas cosas (...)
-¡Ya! Bien señores, muchas gracias. Retírense a sus cuartos, por favor; si los necesito ya les requeriré -dijo el señor Juez-.
Los vecinos, obedientemente, se fueron volviendo a sus cuartos..."*

(Camilo José Cela, La Colmena, p. 119).

Se dijo en el capítulo anterior que los jueces, especialmente los constitucionales, han ido expandiendo su influencia en las sociedades actuales. Esto representa un cambio en el funcionamiento tradicional de la justicia y de los sistemas políticos. Debe avanzarse ahora a otro nivel; aceptado que los jueces comparten una porción del poder estatal y que, en sentido amplio, pueden ser vistos como integrantes de las instituciones gobernantes, la discusión debe dirigirse a definir cuáles son las características y cuáles son los alcances del nuevo rol de la magistratura.

Admitir que los jueces, cuando menos los constitucionales, participan más activamente en la solución de las grandes cuestiones constituye un hecho incontrovertible. La experiencia, descrita la relación entre los jueces y los otros órganos estatales, ha demostrado también, sin ningún género de dudas, que el carácter político de los jueces no es algo episódico ni contingente, sino una condición profundamente intrínseca al ejercicio de la función jurisdiccional¹⁹¹. La transformación, que apunta hacia un posicionamiento más activo de la justicia de cara a los otros poderes del estado, en virtud de su anclaje histórico, no deja de ser significativa porque supone, como intentó señalarse en el capítulo primero, un punto de inflexión en los estados contemporáneos.

¹⁹¹Ordóñez Solís (David). *Jueces, derecho y política: los poderes del juez en una sociedad democrática*, Editorial Arazandi, Navarra, 2004, p. 33.

Se ha pasado de una jurisdicción sumisa a una jurisdicción protagonista y esta transformación, como no podría ser de otra manera, produce unas consecuencias. El nuevo protagonismo judicial ha hecho que, siguiendo a Coruso, se hayan instalado nuevos conceptos en el derecho y en la ciencia política, como activismo judicial y judicialización de la política. No se trata tan sólo de la creación de nuevas categorías teóricas, sino del sustrato empírico que está detrás de ellas: la irrupción de la variable judicial como un elemento imprescindible en el análisis de las democracias actuales¹⁹². Ha habido un viraje, lo que ha permitido la aparición de una amplia gama de temas justiciables esto es, sometidos al escrutinio de los jueces¹⁹³.

Lo que no debe perderse de vista, insístase a riesgo de ser reiterativo, es que los jueces son de por sí actores políticos y cualquier decisión que tomen tendrá, inevitablemente, repercusiones políticas, incluso si deciden no participar: “*Not to decide is to decide*”¹⁹⁴. El desempeño pasivo y, en algunos casos, obediente a la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo, que caracterizó a los jueces durante casi dos siglos, en los países de tradición continental europea, expresaba una forma particular de colocarse en el entramado estatal. El giro analizado en el capítulo precedente ha producido también otras repercusiones.

Los alcances de la relación entre judicatura y política, los conceptos que pueden extraerse de allí y la caracterización que esto permita realizar, sobre el trabajo de los tribunales, serán los aspectos abordados en el segundo capítulo.

A. Un punto de partida: El juez estructural de Fiss

Cuando se habla de expansión judicial, de judicialización de la política o de activismo judicial se está describiendo un fenómeno, que aunque es multifacético,

¹⁹²Couso (Javier). “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencias Políticas de Chile*, volumen 24, número 2, 2004, pp. 29-48.

¹⁹³Ansolabehere (Karina). “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, número 22, abril, 2005, pp. 40-63.

¹⁹⁴Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 526. Aunque esa condición política, en los términos expuestos en el capítulo primero, continúe siendo negada o al menos disfrazada de alguna forma para mantener la idea del derecho como algo neutro y aséptico: “... *La función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de ver entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia...*” Zagrebelsky (Gustavo). *Principios y votos...* p. 11.

tiene una característica general: una forma en la que los jueces se involucran en los asuntos políticos y de modo señalado, por los casos estudiados en esta investigación, los jueces constitucionales¹⁹⁵.

Owen Fiss, en 1979, se planteó cuál podría ser la contribución de la judicatura en la definición de los valores que se encuentran contenidos en una constitución política. Lo hizo a través de un artículo “*The formes of justice*” el cual, treinta y tres años después, sigue dando algunas pistas acerca de las repercusiones de la participación de los jueces en ámbitos que superan la simple resolución de los conflictos entre dos partes en litigio¹⁹⁶. El trabajo de Fiss constituye un aporte importante, probablemente uno de los primeros, en teorizar sobre el tema del activismo judicial y los conceptos que guardan alguna suerte de parentesco con él¹⁹⁷.

En primer lugar, este autor señaló que el proceso mediante el cual un tribunal adquiere más relevancia, poniendo como ejemplo el caso *Brown vrs board of education*, -sobre segregación racial¹⁹⁸- no deriva de un momento preciso o aislado, sino que es fruto de una acumulación, de una serie de hechos que evidencian que la judicatura poco a poco se ha ido involucrando más, hasta tomar decisiones cuasi legislativas o cuasi ejecutivas y generando cambios estructurales en la sociedad¹⁹⁹.

Ciertamente el ejemplo paradigmático de protagonismo judicial es Estados Unidos; no obstante, apoyándose en Fiss, puede decirse que la presencia en la

¹⁹⁵Boscán Carrasquero (Guillermo). *Judicialización y politización en América Latina: una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos*, Revista Cuestiones Jurídicas, volumen 4, número 2, julio-diciembre 2010, pp. 51-83.

¹⁹⁶Fiss (Owen). “The forms of justice”, *Harvard Law Review*, volume 93, número 1, 1979, pp. 1-58.

¹⁹⁷Linares (Sebastián). *Apuntes de seminario de ciencia policía*, Doctorado en Procesos Políticos Contemporáneos, Universidad de Salamanca, 2011.

¹⁹⁸Esta sentencia que constituye uno de las resoluciones más emblemáticas de la Corte Suprema de los Estados Unidos abordaba el problema de la segregación racial, especialmente en los colegios del sur. Se discutió si una doctrina anterior que admitía el principio “iguales, pero separados” resultaba conforme a la constitución política. El pronunciamiento generó una gran controversia pues se declaró la inconstitucionalidad de la segregación, lo que desató la férrea oposición de los habitantes y los políticos del sur de Estados Unidos. La redacción del fallo estuvo a cargo del juez Warren quién se posicionó desde ese momento como uno de los jueces más importantes del país, ver: Neuborne (Burt). *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 108 y Schwartz (Bernard). *Súper Chief. Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*, New York University, New York, 1983, pp. 72-127.

¹⁹⁹Fiss (Owen). *Op. Cit.* pp. 2-6.

actualidad de la magistratura en distintos ámbitos ha sido el producto de cambios que se han suscitado en muchas partes del mundo. Un momento determinante, respecto a la transformación del papel desempeñado por la judicatura, se da en la década de 1940. Frente a los resultados de la II Guerra Mundial hubo dos preguntas claves ¿cómo pudo pasar todo lo que pasó? y ¿cómo podrían prevenirse hechos similares de tal forma que se puedan garantizar los derechos fundamentales de las personas?²⁰⁰.

Así, en Europa se fueron instaurando con más fuerza las nociones acerca del poder contralor que debían ejercer los jueces. Tate señala incluso países, como Suecia, en los que tradicionalmente hubo reticencia a que la magistratura interviniera en los asuntos políticos o que tomara decisiones que afectaran la autonomía de los otros poderes del estado. El autor apunta otras causas probables de este resurgimiento judicial, aparte de los resultados de la conflagración mundial, que luego se fue extendiendo a diferentes lugares del planeta²⁰¹. Algunas de estas cosas, escribe Tate, son las siguientes: la consolidación de estados de bienestar, el replanteamiento de teorías del derecho natural y de la existencia de principios superiores informadores de los ordenamientos jurídicos, luego de casi dos siglos de prevalencia del pensamiento positivista más duro, el triunfo de Estados Unidos a nivel global como el modelo de súper democracia –con particularidades que empezaron a llamar la atención, como la revisión judicial y la posición protagónica que, comparada con sus pares europeos, tenían los jueces norteamericanos, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la aprobación de numerosos tratados internacionales en esta materia y la presión que diferentes organizaciones de derechos humanos han ejercido por su tutela y protección. De allí que el trabajo de Fiss, pese a estar elaborado en función del caso norteamericano, puede ser llevado a otros contextos en los que la labor jurisdiccional ha tenido –o comienza a tener- un ejercicio que supera la noción tradicional de juez.

²⁰⁰No obstante Pérez Royo es del criterio que aunque la Corte Suprema de Estados Unidos tuvo, en efecto, un temprano protagonismo su faceta como protectora de los derechos civiles y de las minorías se dio bastante tiempo después, el profesor español la ubica también después de la II Guerra Mundial, ver: Pérez Royo (Javier). *Tribunal Constitucional y división de poderes...* p. 32.

²⁰¹Tate (Neal). *¿Why the expansion of judicial power?* En: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* pp. 20-24.

Las constituciones políticas, afirma Fiss, establecen una estructura organizativa junto a valores y aspiraciones sociales. Estos valores y aspiraciones están redactados de manera general por lo que la definición de sus contenidos se convierte en una tarea en la que deben involucrarse muchas voces. Una de ellas es la de los jueces, que si bien no tienen el monopolio de dar significado a los contenidos constitucionales esto no quiere decir que deban permanecer en silencio²⁰².

Zagrebelsky lo explica hoy en los siguientes términos: “...el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como todo el derecho. Pero puede pretender (...) de los jueces (...), que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico...”²⁰³. No se trata, remata Zagrebelsky, de una autorización para monopolizar el derecho que en cualquier caso, precisamente por las características de la sociedad actual, exige ser un “objeto” al cuidado de todos y no propiedad de un solo sujeto²⁰⁴.

Fiss llama adjudicación judicial al proceso a través del cual los jueces otorgan un significado a los valores públicos²⁰⁵. Una clase de adjudicación judicial, propone el profesor norteamericano, es el modelo de reforma estructural, el cual se caracteriza, en términos generales, por la naturaleza constitucional de ciertos valores y principios, y, en términos particulares, por implicar un encuentro entre la judicatura y los otros órganos estatales. El juez busca a través de la reforma

²⁰²Fiss (Owen). *Op. Cit.* p. 2.

²⁰³Zagrebelsky (Gustavo). *El derecho dúctil...* p. 153.

²⁰⁴Ídem.

²⁰⁵Se ha repetido varias veces que las constituciones contemporáneas se entienden como un orden de principios, valores y aspiraciones sociales y políticas que procura la realización de las condiciones para una sociedad plural. Esta noción del parámetro de legitimidad constitucional obliga a ejercicios hermenéuticos diversos y complejos. Pueden consultarse al respecto: Díaz Revorio (Francisco Javier). *La Constitución como orden abierto*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 5, Peces Barba (Gregorio). *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, 1984, pp. 3-5, Rubio Llorente (Francisco). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, pp. 11, Prieto Sanchís (Luis). *Ley, principios derechos*, Editorial Dyckinson, Madrid, 1998, p. 47 y Prieto Sanchís (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales...* p. 132.

estructural que los contenidos constitucionales, una vez dotados de significado, cobren valor al ser aplicados por los otros órganos²⁰⁶.

El juicio estructural es aquel en el que el juez dentro de un proceso asume la tarea de impactar a una determinada estructura pública con el objeto de eliminar las amenazas que unas prácticas vigentes representan para los valores superiores recogidos en la constitución, valores cuyo significado el juez contribuye a determinar²⁰⁷.

El modelo estructural del proceso judicial surge como oposición al modelo de resolución de conflictos. El modelo de resolución de conflictos implica la noción de una sociedad básicamente armónica en la que existen normas que imponen derechos y obligaciones. Cabe la posibilidad de que este orden armónico se rompa momentáneamente –por ejemplo con una deuda que no se paga, con el desapoderamiento delictivo de un bien mueble o con el incumplimiento de una prestación laboral-. Es allí cuando surge el juez como regulador de la resolución del conflicto. El pronunciamiento judicial se centrará en el suceso. En cambio, el modelo estructural no está constituido por incidentes individuales, sino por las condiciones de vida en general y por el rol que tienen las organizaciones y los poderes estatales en su determinación²⁰⁸.

Mediante la reforma estructural se busca que los jueces contribuyan a dar significado a los valores constitucionales, no simplemente a resolver conflictos: “...structural reform is faithful to that function, and adapts the traditional form of the lawsuit to the changing social reality the dominance of our social life by bureaucratic organizations...”²⁰⁹. El juez puede asumir la postura de ser un tercero que arbitra un conflicto o bien una distinta, que con su participación haya una mayor

²⁰⁶En un trabajo reciente Fiss recuerda que la constitución no es un documento testamentario, sino una carta de buen gobierno que determina cuáles son las instituciones del gobierno y las normas y principios que deben inspirar su funcionamiento, ver: Fiss (Owen). *¿Por qué el Estado?* en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neconstitucionalismo...* p. 108.

²⁰⁷Fiss (Owen). *The forms of justice...* pp. 47-48.

²⁰⁸Ídem, p. 18. Indica Fiss: “...In the structural context, there may be individual wrongdoers, the police officer who hits the citizen, the principal who turns away the black child at the schoolhouse door, the prison guard who abuses the inmate; they are not, however, the target of the suit. The focus is on a social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the bureaucratic dynamics that produce that condition. In a sense, a structural suit is an *in rem* proceeding where the *res* is the state bureaucracy...” Ídem, pp. 22-23.

²⁰⁹Ídem, pp. 43-44.

incidencia en términos globales. Cuando se trata de interpretar la constitución política la cuestión resulta más conflictiva dado que al ser la norma básica del estado, intervienen también otros actores políticos y cada uno reclamará su potestad de interpretación²¹⁰. Si se acepta que parte de las funciones de la judicatura consiste en dar significado a los valores públicos habrá que admitir igualmente, continúa Fiss, que “...the judge's involvement in reforming the state bureaucracy it is a necessary incident of his broader social function...”²¹¹.

A.1 Juez estructural, justicia constitucional y legitimidad democrática

El modelo de juez estructural, además, conduce a una discusión para la que la doctrina no ha llegado aún a una conclusión definitiva. En efecto, que el control judicial de la ley –o de otros actos normativos- y la expansión de la justicia constitucional sean un hecho fácilmente aceptado, pues la evidencia confirma su presencia en una numerosa lista de países, no significa que su introducción haya estado libre de fuertes polémicas. Las posibilidades de que el paradigma de Fiss encuentre en la justicia constitucional un espacio propicio donde desarrollarse, dadas las competencias formales de control que le han sido entregadas para poder así impactar ciertas burocracias o, cuando menos, estar en una mejor posición de hacerlo, obliga a que, aun tangencialmente, se incluya una referencia a la inacabable pugna sobre la legitimidad democrática del control judicial de las normas o, en palabras de Alexy, sobre el eterno problema de la relación entre control de constitucionalidad y democracia²¹².

El tema de la legitimación democrática del control judicial de las normas, como declara Linares, lleva a aceptar que existe una tensión inevitable entre democracia y derechos²¹³. O, como avanza Bayón, que entre democracia y constitucionalismo existen conflictos que hacen que encajarlos exija redoblar esfuerzos

²¹⁰Balaguer Callejón (María Luisa). *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 165.

²¹¹Fiss (Owen). *The forms of justice...* pp. 43-44.

²¹²Andrés Ibañez (Perfecto) y Alexy (Roberto). *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2006, p. 12.

²¹³Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* pp. 45-47.

argumentativos. Entre libertades, derechos y principio mayoritario hay una tensión “intelectualmente incómoda”²¹⁴.

La tensión se traduciría en dos preguntas²¹⁵ ¿deben protegerse unos derechos contenidos en una constitución que no ha sido aprobada por la mayoría de la sociedad actual, sino por una mayoría del pasado, y sobre los que ya no pueden decidir? y ¿pueden los jueces –no siendo elegidos popularmente ni rindiendo cuentas antes los ciudadanos- estar investidos de la autoridad para anular leyes aprobadas por los congresos –compuestos por representantes elegidos popularmente y con la obligación de rendir cuentas ante los ciudadanos-?²¹⁶. Para efectos de esta investigación conviene profundizar en la segunda pregunta.

La disputa puede dividirse entre quienes entienden que los jueces carecen de legitimidad democrática para entrometerse en lo que resuelvan otros órganos estatales y quienes, por el contrario, estiman que existiendo aspiraciones superiores es justamente en clave democrática²¹⁷ que la magistratura está llamada a intervenir

²¹⁴Bayón (Juan Carlos). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo...*

²¹⁵Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* pp. 45-47.

²¹⁶Desde que en Bickel escribió, a inicios de la década del siglo pasado, sobre la objeción contramayoritaria atribuible a la intervención judicial contra el criterio de las mayorías expresado en el parlamento, la literatura sobre el tema, además de la ya clásica obra de Bickel (Alexander). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986, pp. 16-23, se ha multiplicado considerablemente, ver: Bellamy (Richard). *Constitucionalismo Político*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 283. Para Bayón la objeción contramayoritaria nace de tres factores: 1. El modo en el que se establezcan las restricciones a la capacidad de decisión. 2. El número de disposiciones constitucionales abstractas cuyo significado sea controvertido. 3. Cuanto menor sea la autocontención de los jueces y su deferencia al legislador. Sin embargo, igual que Zagrebelsky, afirma que en realidad no hay una objeción contramayoritaria sino antimayoritaria porque para lograr ciertos cambios, incluso aquellos que supongan revertir una posición judicial, siempre se podrían promover reformas donde una mayoría cualificada tendría, en cualquier circunstancia, la palabra definitiva, ver: Bayón (Juan Carlos). *Op. Cit.* y Zagrebelsky (Gustavo). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política...* p. 102.

²¹⁷Incluso hay autores que defienden la existencia de formas de control de constitucionalidad a pesar de admitir abiertamente que no se trata de una institución propiamente democrática, pero esencial para la protección de las democracias contemporáneas. Zagrebelsky argumenta esta aparente paradoja, en línea con O`Donnell, diciendo que las sociedades actuales se alimentan, de varias corrientes, no sólo de la democracia –como el republicanismo y el liberalismo-. El exmagistrado de la Corte Constitucional italiana señala “...la democracia tiene sus instituciones: el pueblo, con sus organizaciones sociales, que se convierte en cuerpo electoral; los partidos, con sus presidentes, que se remiten al apoyo del pueblo y lo traducen en planes y propuestas; el Parlamento, que organiza el enfrentamiento y lo traduce en decisiones legislativas; el Gobierno, que las transforma en decisiones operativas y busca así el consenso para lo que hace...” Pero junto a estas instituciones democráticas hay otras que tienen un origen y una función distintos: “...Los tribunales, tal como los concebimos, están fuera de este circuito y no deben entrar en él. Sin que ninguno se escandalice, podemos decir que las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia (...) Si, como sucede generalmente, se entiende por república el sistema de gobierno que está, genéricamente, en las manos

y a ejercer un control activo sobre aquellas decisiones para asegurar que se respeten los derechos estatuidos en los instrumentos constitucionales, se neutralice el riesgo de la “tiranía” de las mayorías²¹⁸ y se eviten también eventuales abusos de poder asumiendo con este control, de paso, un rol como agencia de *accountability* horizontal²¹⁹. Dentro de este espectro es posible encontrar desde las posiciones de mayor crítica a la justicia constitucional, como la de Waldron²²⁰, hasta las de defensores acérrimos, como Dworkin²²¹.

Para los que se oponen a la justicia constitucional no hay razones, incluso más allá de una simple visión procedimentalista, para creer que los jueces posean condiciones especiales como para que se les permita tener la última palabra en la determinación de la validez de las normas que son producidas por los representantes populares, los cuales, además, exhiben mayores credenciales democráticas, a diferencia de la judicatura, al haber sido elegidos a través del

del pueblo -por tanto, en oposición a la monarquía- la expresión “república democrática” resulta casi redundante. Si por república se entiende por el contrario el significado clásico de res pública como designación no de un modo o forma de gobierno, sino de la cosa objeto de gobierno, una cosa de todos, de todo el pueblo y así de nadie en particular; y si se entiende a su vez democracia como modo de gobierno de aquella cosa de todos, la expresión república democrática asume un valor pleno y el adjetivo no resulta superfluo (...) La democracia puede convertirse en un régimen de facciones. La justicia constitucional protege a la república y por eso limita la democracia...” Zagrebelsky (Gustavo). Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política... pp. 100-101, 109, ver también: O’ Donnell (Guillermo). “Estado de Derecho y Democracia en América Latina”... pp. 3-5.

²¹⁸Recién se fue consolidando la república estadounidense Madison tocó el tema en el Federalista N° 10, siguiendo el debate iniciado por Hamilton, acerca del control de las facciones y la conveniencia de evitar que las mayorías aplastaran los intereses de las minorías, ver: www.constitution.org/fed/federa10.htm consulta realizada el 5 de marzo de 2012. Kelsen, por su parte, recuerda que aunque el principio de mayoría es la forma para frenar que se reproduzcan las imposiciones absolutistas, propias de las monarquías del pasado, no es menos cierto que mayorías y minorías deben coexistir y procurarse con especial cuidado la protección de la segunda, ver: Kelsen (Hans). *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 63. También en relación a las implicaciones del control de las mayorías, como un mecanismo de protección en los modelos constitucionales modernos, puede consultarse: Prieto Sanchís (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales...* pp. 110.

²¹⁹Sobre la función de *accountability* horizontal de los tribunales véase el primer capítulo apartado B.

²²⁰Waldron refiere que debe partirse del principio de que se vive en una sociedad en medio de desacuerdos sobre cuestiones morales y que para la toma de decisiones hay que decantarse por el modelo legislativo que es el que garantiza con más exactitud e inclusión el derecho de las personas a participar, ver: Waldron (Jeremy). *Law and disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 209-312.

²²¹Dworkin habla de un juez ideal, que llama Hércules, el cual actuando como filósofo asume la tarea de desentrañar cuáles son los significados e intencionalidades de la ley y los principios jurídicos, ver: Dworkin (Ronald). *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp-177-233.

sufragio popular²²². Para los que defienden la existencia de mecanismos de justicia constitucional, éstos se justifican en que la democracia no puede ser entendida como un concepto minimalista, sino que deben admitirse contenidos sustanciales cuyo cumplimiento se habrá de garantizar a través del concurso judicial²²³. Los contenidos sustanciales serían los derechos fundamentales y los límites que se fijan al ejercicio del poder pues, como dice O' Donnell, hay un temor latente en cualquier organización, el estado no sería una excepción, de que los que detentan el poder abusen de él.

O' Donnell pone el ejemplo de un país imaginario donde hay elecciones competitivas, libertad de expresión, partidos políticos, posibilidad de organizarse, etc. a la par de una pobreza extendida y de una profunda desigualdad²²⁴. Desde una visión schumpeteriana, argumenta, aquí habría democracia porque se da prevalencia al régimen político y no a las características del estado y de la sociedad, empero “...si la privación de capacidades acarreada por la pobreza extrema tiene como resultado que las personas sufran severas limitaciones para ejercer su agencia en varias esferas de su vida, entonces parece equivocado, tanto moral como empíricamente, afirmar que la democracia no tiene nada que ver con esos impedimentos socialmente determinados...”²²⁵. La cuestión es que si en esa democracia existe un catálogo de derechos fundamentales deberían existir mecanismos de garantía y mecanismos de cumplimiento coactivos, los jueces estarían evidentemente llamados a participar.

A estas posturas dicotómicas cabría agregar una tercera que acepta que, en ciertos contextos, o con ciertos matices, la existencia de un control judicial de

²²²Dice García Amado que reservar a los jueces la potestad de definir el contenido de las normas constitucionales más genéricas, aparte de implicar una violación al principio de la mayoría supone aceptar que la imprecisión e indeterminación lingüística se revela metafísicamente a los jueces para quienes el poder de entender una disposición, más bien el contenido de una disposición prelingüística, les ha sido reservado, ver: García Amado (Juan Antonio). *Op. Cit.* p.243.

²²³Couso (Javier). “*Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*”... pp. 31-35.

²²⁴O' Donnell (Guillermo). *Disonancias: Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 154-155. Couso ofrece un ejemplo similar: se tiene una elección que se califica de libre, justa, competitiva y transparente. El partido vencedor es racista, fascista, separatista y opuesto a la paz y a la reintegración. Para el profesor chileno este es el dilema, ver: Couso (Javier). “*Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*”... p. 31.

²²⁵O' Donnell (Guillermo). *Disonancias: Críticas democráticas a la democracia*... pp. 154-155.

constitucionalidad puede justificarse²²⁶, e incluso ser beneficiosa y hasta necesaria.

Ejemplo de esto último es la posición reivindicada en España por Bayón. La llama

²²⁶ Hay muchas teorías que buscan con mayor o menor intensidad justificar la existencia de las formas de control de constitucionalidad o establecer cuáles deberían ser sus límites y sus alcances. Resulta imposible, visto lo profuso del tema, abordarlas aquí exhaustivamente, no obstante con un carácter orientativo pueden citarse algunas. La de Waldron que puede calificarse como textualista –los jueces deben limitarse a leer la constitución textualmente, la de Dworkin –representa una corriente que Linares llama de la lectura moral-, ver: Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* pp. 101-114. De ahí en adelante se pueden encontrar más teorías como el minimalismo judicial de Sustain. Para este autor, profesor de la Universidad de Chicago, en una sociedad plural los desacuerdos son inevitables. Por eso en sede judicial debe limitarse, lo más posible, la formulación de grandes teorías abstractas o discusiones filosóficas porque ellas no corresponde realizarlas a la jueces sino a otros actores políticos. El minimalismo judicial, entonces, consistiría en una fundamentación con base a reglas específicas y con la menor abstracción. Esto se lograría a través de un razonamiento analógico que asegure un tratamiento igual para casos iguales, ver: Sunstein (Cass). *One Case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Massachusetts, 1999, pp. 259-263. También aparece el planteamiento de Ely. Ely, entiende que la preservación de ciertos valores fundamentales no es una función propiamente constitucional, el control constitucional debe ejercerse favoreciendo no tanto la protección de ciertos valores, sino la representatividad y la fiscalización de que esto ocurra, es decir impidiendo que no haya una verdadera representación de todos. Su idea consiste en que los jueces intervengan sólo cuando el proceso político falla: “... el enfoque a la adjudicación constitucional que aquí se recomienda es afín a lo que puede llamarse una orientación antimonopolista por oposición a una orientación reguladora frente a los asuntos económicos, en lugar de dictaminar resultados sustantivos, solo interviene cuando el mercado en nuestro caso el mercado político, funciona mal de manera sistemática...”. Los jueces están en mejor posición para poder fiscalizar estos posibles males del mercado político. Además, los jueces deben intervenir cuando se creen situaciones de desigualdad hacia grupos minoritarios o históricamente discriminados. Que la minoría sea tal que su acceso “... al bazar pluralista esté cerrado y que, por consiguiente, se encuentre siempre en el lado desventajoso de las clasificaciones legislativas, por razones que en algún sentido sean inválidas...” Ely (John). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp. 129,186. Nino estima que no hay razones para creer que la supremacía de la constitución y los principios morales que recoge no puedan estar protegidos sin el control judicial. Por esto se inclina por formas de control constitucional de tipo político, y no jurisdiccional, sometidos al proceso democrático. Sin embargo, enumera tres supuestos donde los jueces deberían intervenir: cuando se lesione el procedimiento democrático, cuando se impongan visiones morales contrarias a la autonomía personal y, por último, cuando se tomen decisiones que afectan, lo que él denomina, la práctica constitucional exitosa, ver: Nino (Carlos). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad, en: _____, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1991, pp. 125-137. En sintonía con Ely aparece la obra de Ferreres. El autor sugiere una tercera propuesta teórica que se decanta por una constitución sustantiva y de principios relativamente abstractos. La intervención del juez debe realizarse bajo una presunción de constitucionalidad o *in dubio pro legislatore*: El juez sólo puede decidir a favor de la inconstitucionalidad si ésta no resulta dudosa. La presunción de constitucionalidad se basa en tres argumentos: argumento epistémico –desde una visión de moralidad política las decisiones son menos falibles si se toman en el marco de un proceso legislativo-, argumento de igual dignidad política -en tanto la ley es producto de un proceso deliberativo en el que las personas han sido convocadas a participar a través, sobre todo, de los representantes democráticamente escogidos, el juez tiene una fuerte razón para tratar con deferencia esa ley- y el argumento de la corregibilidad de los errores -cuando un juez revisa la validez de una norma caben dos posibilidades: que se anule una norma que es constitucional o que no se anule una norma que es inconstitucional. Sobre todo en un sistema concentrado de control de constitucionalidad los problemas más serios se plantean en el caso de que se anule una ley que no es en realidad inconstitucional. “... Por todo ello, el error que

tesis de la dependencia contextual, el planteamiento es sencillo: antes de aplicar fórmulas *a priori*, es necesario considerar las condiciones particulares de cada región o de cada sociedad: “... admitir la tesis de la dependencia contextual, en suma, implica reconocer que hay circunstancias en las que un diseño institucional de esta clase (modelos de justicia constitucional) puede resultar el más justificable...”²²⁷. Linares identifica tres contextos en los que sería posible aceptar un sistema de justicia constitucional robusto: 1. sociedades fracturadas –por conflictos étnicos, religiosos, etc.- 2. democracias nuevas o políticamente inestables y 3. sociedades marcadas por la desigualdad o la pobreza²²⁸.

La propuesta de Bayón, que de acuerdo a Vásquez cierra el debate sobre legitimidad democrática y la convierte en el nuevo punto de partida de la discusión²²⁹, lleva a reflexionar sobre otra cuestión. La noción de un análisis contextual es conveniente, y además plausible, porque supera las elucubraciones abstractas y únicamente teóricas. También porque permite justificar la participación de los jueces, por ejemplo en el control judicial de la constitucionalidad de las normas, en un contexto particular en razón, no de la legitimidad de origen, sino por la legitimidad ganada por los resultados de su gestión.

Esto es abordado por Courtis que indica “... la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una "teoría pura" de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. En este sentido, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria

comete el tribunal al invalidar una ley que es perfectamente constitucional es un error más difícil de corregir que el error inverso consistente en declarar válida una ley que en realidad es inconstitucional...”. Para el profesor Ferreres la inversión de la presunción de constitucionalidad de la ley se daría en dos supuestos: afectación de los intereses de grupo social y políticamente vulnerables y restricción de derechos de participación política, ver: Ferreres (Victor). *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 70-74, 138-139, 165-166 y 203.

²²⁷Bayón (Juan Carlos). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo...*

²²⁸Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* pp. 81-86.

²²⁹Vásquez (Rodolfo). *Justicia constitucional y democracia: la independencia y el argumento contramayoritario*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional...* p. 390.

comparación con el análisis de la legitimidad de la actuación de los demás poderes...”²³⁰.

Un sistema político es un sistema que organiza el poder. Ahora bien, en un sistema democrático los individuos generan una serie de demandas que se supone habrá de provocar acciones de parte de quienes detentan el poder en su nombre. Entre las demandas y las acciones se encuentra la institucionalidad democrática. Hay demandas porque la concepción democrática entiende que el sujeto de la soberanía –el pueblo- “puede”, esto es, sabe que tiene poder –hay un empoderamiento-.

Precisamente aquella relación entre el soberano y sus representantes produce dos circunstancias que sostienen al sistema: la legitimidad y la eficacia. Para respaldar la tesis de Courtis es posible utilizar construcciones doctrinarias muy elaboradas para explicar en qué consiste la legitimidad. Sin embargo, la conclusión a la que llega Weber –uno de los primeros en reflexionar sobre esta cuestión- resulta esclarecedoramente sintética. Legitimidad es la creencia en el entorno político y en el sistema. Es la creencia, en definitiva, del soberano en sus representantes. En la medida que la legitimidad sea alta las bases estarán más asentadas. De esta manera la legitimidad no se agotaría en el origen electivo de una autoridad²³¹.

Courtis distingue entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio como elementos del concepto representatividad. Esta división hace, afirma el profesor argentino, que la representación concedida a través del voto no sea condición suficiente para garantizar la representatividad. Un sistema político difícilmente puede calificarse de legítimo, como afirmaban O’ Donnell y Couso, si está caracterizado por su corrupción y sus desviaciones, por más que se realicen elecciones periódicamente²³².

Regresando a la legitimidad del juez, Vásquez estima que los distintos actores sociales deben estar dispuestos a valorar acerca de la razonabilidad y contundencia,

²³⁰Courtis (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Op. Cit.* p.412.

²³¹Alcántara (Manuel). *Gobernabilidad, crisis y cambio*. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 151-160.

²³²Courtis (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales...* p. 413.

o no, de los argumentos judiciales. Es la única forma, concluye, para determinar los alcances de la legitimidad judicial²³³.

En suma, apunta Courtis, el juez contaría con instrumentos para ganarse la legitimidad como por ejemplo la transparencia y la publicidad de sus actuaciones, la independencia de criterio, la calidad argumentativa de las decisiones, la evolución de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales o la sensatez que asuma de cara a cuestiones que favorezcan el debate de la opinión pública. De otra parte, su legitimidad se debilitará frente a la ausencia de fundamentación de los pronunciamientos judiciales, la cercanía con los poderes políticos o la defensa de intereses corporativos²³⁴.

En pocas palabras, siguiendo a Gargarella, el quehacer de los jueces en la democracia ha sido discutido desde hace mucho tiempo y quién debe tener la última palabra al interpretar el texto de la constitución es una interrogante que sigue sin respuesta²³⁵. No obstante, tal vez sea más significativo no plantear la pugna sólo desde una visión de la teoría de la autoridad final, tanto desde las condiciones que los actores políticos reúnen, en este caso los jueces, para participar en la definición de los significados del pacto constitucional, como en los resultados que ello pueda generar en las sociedades.

A.2 Juez estructural, legitimación democrática y condiciones particulares del juez

¿Por qué habría de aceptarse que la intervención de la magistratura pueda incluso llegar a revertir la voluntad de los otros poderes estatales si, se dice, que adolece de un déficit de legitimidad democrática? Habría que aceptarlo, en primer lugar, porque como se indicó en el párrafo precedente hay buenas razones teóricas para sostener que el supuesto déficit responde, en gran medida, al

²³³Vásquez (Rodolfo). *Op. Cit.* pp. 399-401.

²³⁴Courtis (Christian). “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en *Nexos*, número 329, mayo, México, 2005, p. 37.

²³⁵Gargarella (Roberto). *Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 26-27.

concepto de democracia que se esté manejando. La legitimidad no sólo se alcanza por medio de un proceso electoral. Cabe también ensayar un argumento adicional.

Para Fiss, el derecho del juez a hablar y el deber de los otros de escucharlo no dependen ni de los atributos personales ni del contenido del mensaje. Dependen ante todo de la calidad del proceso a través del cual se pronuncia: de su capacidad de desprenderse y adoptar distancia de los litigantes, de su obligación de prestar atención a las pretensiones en disputa y de responder a ellas razonadamente a través de una sentencia²³⁶. En síntesis, el otro argumento en el que resulta oportuno avanzar es el de la posición del juez y las características que lo convierten en una figura particular y con perfiles propios, o más exacto aún, las características del juez y su posición en la estructura del estado hacen que el producto que entrega tenga unos contornos particulares y exclusivos de la función judicial.

Un aspecto medular es comprender que cuando se le concede a los jueces la función de dar significado a los valores constitucionales –con las consecuencias que de esto puede derivarse- no es por un exceso de expectativas en la justicia, ni por creer que los jueces posean una habilidad moral o una humanidad especiales; son, finalmente, abogados cuyas características personales no se diferencian especialmente de las de los políticos o los empresarios, por ejemplo²³⁷. Para Fiss el aporte que da la magistratura a la vida social se justifica no en sus conocimientos particulares, sino en la definición del oficio que les ha correspondido ejercer.

De acuerdo al autor citado “...*That office is structured by both ideological and institutional factors that enable and perhaps even force the judge to be objective - not to express his preferences or personal beliefs, or those of the citizenry, as to what is right or just, but constantly to strive for the true*

²³⁶“...*The right of the judge to speak, and the obligation of others to listen, depends not on the judge's personal attributes, nor even on the content of his message, but on the quality of his process - on his ability to be distant and detached from the immediate contestants and from the body politic, yet fully attentive to grievances, and responsive in terms that transcend preferences and that are sufficient to support a judgment deemed constitutional...*” Fiss (Owen). *The forms of justice...* p. 16.

²³⁷Escribe Cardozo “... *hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el complejo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez...*” Cardozo (Benjamin). *La naturaleza de la función judicial*, Editorial Comares, Granada, 2004 (versión original 1921), p. 85.

meaning of the constitutional value. Two aspects of the judicial office give it this special cast: one is the judge's obligation to participate in a dialogue, and the second is his independence..."²³⁸. Gargarella reconoce que en la participación de los jueces siempre habrá riesgos. Sin embargo, nadie puede garantizar una institución que proteja completamente los derechos ni los contenidos constitucionales, la solución no es qué institución no comete errores sino cómo mejorar el debate y cómo mejorar la toma de decisiones²³⁹.

En este orden de ideas, y procurando encontrar alternativas teóricas que contribuyan a no reducir el debate a si los jueces tienen o no legitimidad democrática en razón de su origen, Gargarella se decanta por un modelo de democracia deliberativa²⁴⁰ en el que estén presentes dos características: 1. que las decisiones públicas se tomen luego de un amplio proceso de discusión colectiva y 2. que en él participen todos los potencialmente afectados por esas decisiones. La posición de los jueces en la democracia deliberativa, a tono con Fiss, es fundamental. Ellos contribuyen a generar un diálogo permanente entre los distintos poderes del estado y entre éstos y las personas, en especial aquellas que pertenecen a los grupos más desaventajados de la sociedad²⁴¹. El concepto de

²³⁸Idem, pp. 12-13.

²³⁹Gargarella (Roberto). *Op. Cit.* p. 29.

²⁴⁰Martí define democracia deliberativa como "...un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Por lo tanto consiste, por encima de todo, en un modelo de toma de decisiones. El modelo es normativo porque no aspira a describir cómo es la realidad, cómo efectivamente se toman las decisiones políticas en nuestras democracias avanzadas, sino a mostrar cómo debería ser dicha realidad. Así que el procedimiento deliberativo actúa como proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas...". Se trata de un modelo ideal –un ideal regulativo-, ver: Martí (José Luis). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2006, 359 p. pp. 22, 288-289.

²⁴¹Gargarella (Roberto). *Op. Cit.* p. 29. En un sentido similar Van Hoecke plantea la relación entre los jueces y los legisladores, a partir de comunicación circular entre ambos. El círculo estaría formado por varias etapas: 1. los partidos intentan convencer a los jueces con sus razonamientos y si los jueces logran amalgamar las posiciones para justificar su decisión final, habrán logrado una aceptación de los actores intervinientes. 2. El seguimiento de los precedentes judiciales y la justificación especial y fortalecida que debería tener un cambio jurisprudencial 3. El tercer paso del círculo comunicativo incluirá el pronunciamiento de las escuelas de derecho, pronunciamientos que luego deberían ser tomadas en cuenta por la Corte. 4. Otras resoluciones pueden ser objeto de estudio en otros espacios que no sean jurídicos. 5. Por último habrá temas polémicos en los que los ciudadanos se involucrarán especialmente. Esta relación circular y dinámica dotará de legitimidad el proceso de intervención de los jueces y el activismo judicial. La idea es que sólo con la generación de espacios públicos de debate se legitima a las democracias, ver: Van Hoecke (Mark). *Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation*, *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 4 Diciembre, 2001, pp. 419-420.

democracia deliberativa ha sido utilizado por Alexy respecto a lo que denomina la representación argumentativa, otra forma de entender la legitimidad de la justicia constitucional²⁴².

Para Martí el control judicial no afecta al proceso democrático deliberativo, todo lo contrario, puede promover el diálogo institucional y la vigilancia legislativa. El autor considera que el proceso judicial del control de las leyes podría favorecer los espacios deliberativos *“...en algunos casos, el modelo argumentativo de los tribunales es considerado como un caso paradigmático de una deliberación política de calidad. El propio procedimiento judicial permite que se escuchen algunas voces que fueron omitidas del procedimiento legislativo. Y las decisiones judiciales aportan nuevas razones a la deliberación pública más general (...) Por todo ello, el control judicial de constitucionalidad y la rigidez constitucional pueden mejorar, no ya los procedimientos democráticos en general, sino los defendidos por el modelo de la democracia deliberativa...”*²⁴³.

El poder del juez se despliega después de un proceso de diálogo en el que las partes han sido escuchadas. Este proceso “dialógico” tiene rasgos que contribuyen a situar al juez en una posición distinta a la del resto de actores políticos: a) los jueces no controlan su agenda, dependen de las demandas que planteen otros,

²⁴²La representación consiste en una relación de dos partes: los *repraesentandum* y los *repraesentans*. En el caso del parlamento, la relación entre un *repraesentandum* y los *repraesentans* – pueblo y parlamento respectivamente- está determinada por las elecciones. Ahora bien, un esquema democrático, dice Alexy, que comprenda exclusivamente un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría sería un modelo de democracia puramente decisionista. Sin embargo, un modelo democrático adecuado debe incluir no sólo decisión, sino también argumentación. Al incluir en el concepto de democracia la idea de argumentación, la democracia se torna en deliberativa. Por eso, al final, la relación entre poder legislativo y ciudadanos es decisionista, pero también argumentativa o discursiva. Un tribunal constitucional, en cambio, tiene una representación sólo argumentativa. Para el profesor alemán el discurso del control de constitucionalidad no es ilimitado, debe motivarse, y por lo general, dice, está conectado al sentir de la mayoría. En todo caso, el único que puede ejercer una verdadera discrecionalidad es el legislador. La existencia de la representación argumentativa requiere de dos condiciones: *“... a) argumentos correctos o razonables y b) personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables. El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo...”* ver: Andrés Ibañez (Perfecto) y Alexy (Roberto). *Op. Cit.* p. 18-19.

²⁴³La principal precaución que debe tomarse es que se proteja un debate sereno e inclusivo en el cual los mecanismos institucionales contribuyen a potenciar la deliberación, ver: Martí (José Luis). *Op. Cit.* pp. 293-295.

deben resolver quejas que posiblemente en otras circunstancias preferirían ignorar; b) los jueces no controlan a quiénes deben escuchar, están sujetos a reglas y procedimientos que los obligan a recibir a un amplio número de personas, representantes legales y terceros interesados; c) los jueces deben responder preceptivamente las demandas que les son presentadas y d) los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones²⁴⁴. Son estas características del juez y su situación única, en el sentido de que es diferente a la de otros actores políticos, lo que permitiría entender los alcances limitados, de por sí, pero convenientes de su intervención en la resolución de algunos temas²⁴⁵. Habría que subrayar que estas características, particularmente la obligación de responder a las demandas y la obligación de motivar las decisiones, hacen que el producto que se entrega difiera del de los otros actores políticos²⁴⁶.

Dentro del entramado estatal hay características propias del funcionamiento jurisdiccional, dichas características hacen que su involucramiento frente a los otros poderes ofrezca ventajas, pero también restricciones que se explican en la naturaleza misma de la judicatura. Estos elementos son cruciales para ponderar en realidades concretas los alcances de la intervención judicial y de los tribunales constitucionales especialmente²⁴⁷.

A mayor abundamiento, afirman Guarnieri y Pederzoli, a diferencia de los poderes legislativo y ejecutivo, el poder judicial se rige por el principio de pasividad; actúa sólo cuando las partes o una parte reclaman su intervención. Además, debe aplicar normas preexistentes –principio de legalidad-. Debe también escuchar a las partes antes de tomar una decisión –principio de contradicción-. Y por último debe

²⁴⁴Fiss (Owen). *The forms of justice...* p. 13. Para Linares, que en principio se opone a un modelo de justicia de constitucionalidad robusto, este planteamiento sería admisible sólo “...si se tuviera la seguridad de que todos los jueces van a emplear la revisión judicial de las leyes guiados por el ideal de la democracia deliberativa, entonces tal vez aceptaría con beneplácito un modelo robusto de justicia constitucional. Pero no tenemos buenas razones para pensar que ello va a ser así...” Linares (Sebastián). “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, *Revista Isonomía*, n° 28, abril, 2008, México, p. 177.

²⁴⁵Rosenberg (Gerald). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press, Chicago, 1993, p, 35.

²⁴⁶De Asís (Rafael). *El juez y la motivación en el derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 59.

²⁴⁷Sager (Lawrence). *Juez y democracia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 48, aunque el autor se refiere a características del proceso estadounidense algunas pueden tomarse como características del proceso judicial en general.

fundamentar cualquier decisión –principio de fundamentación-²⁴⁸ Estas reglas operativas establecen distancia con el funcionamiento del resto de órganos estatales, al menos definen condiciones distintas respecto de las demás estructuras políticas²⁴⁹.

A su vez los tribunales ofrecen varias ventajas que hacen que las personas acudan a ellos: son, al menos en principio, más abiertos que las otras instituciones públicas, no se puede denegar justicia por lo que los jueces están obligados a dar alguna respuesta y, finalmente, los tribunales se encuentran articulados en casi todo el territorio lo que los hace más accesibles²⁵⁰.

Para terminar, dos ideas adicionales. Es plausible, apoyando con ello un criterio expuesto por Ferreres, que aunque se admitiera el problema de la legitimidad democrática del control judicial de las normas, si la sociedad ha aceptado que los derechos fundamentales y las limitaciones al ejercicio del poder deben tomarse en cuenta, habría que “... pagar el precio que el control judicial (...) supone en términos de valores democráticos intrínsecos...”²⁵¹. El precio es razonable si con los mecanismos de justicia constitucional se busca acertar en materia de justicia sustantiva²⁵².

Finalmente, aquí se defiende la necesidad de que la disputa teórica no subsuma algo que se estima más relevante: el impacto que tiene para estos componentes sustantivos, de los que se ha hablado, la introducción de la justicia

²⁴⁸Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* pp. 21-23.

²⁴⁹Fiss insistió, en un reciente artículo, en estas características que sitúan en una posición particular al juez respecto a los otros poderes del estado y en que, aunque no sea una institución como el parlamento, se encuentra integrado a un todo entendido como globalmente democrático, de allí su trascendencia, ver: Fiss (Owen). *Between Supremacy and Exclusivity*, en: www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2328&context=fss_papers consulta realizada el 10 de marzo de 2012.

²⁵⁰Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* p. 24.

²⁵¹Ferreres Comella (Víctor). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad...* p. 148.

²⁵²Ferreres usa un persuasivo ejemplo para justificar su postura. Desde un punto de vista de valores intrínsecos democráticos la democracia directa ofrece mayores credenciales en términos instrumentales para generar debate y lograr acuerdos, sin embargo las condiciones actuales de las sociedades indican que, como no es posible alcanzarla, lo mejor es inclinarse por formas representativas. Igual, si la justicia constitucional pese a sus costes aporta ventajas “... no deberíamos ser reacios a establecerla...” ver: Ídem, p. 149. También ver: Moreso (José Juan). *La Constitución: modelo para armar*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 122-123.

constitucional. O dicho más general, de la intervención de los jueces ejerciendo controles sobre los otros poderes sobre la base de los contenidos del pacto constitucional. La principal crítica que podría formularse a quienes realizan densos abordajes filosóficos y politológicos es que el sustrato fáctico haya podido quedar marginado del examen.

Es, a manera de ejemplo, relevador el estudio de Moreno Rodríguez cuya tesis es la siguiente “... en sociedades bien ordenadas, caracterizadas por la condiciones de pluralismo razonable, las asambleas legislativas deberían tener la última palabra en las decisiones sobre los derechos fundamentales, dada su mayor legitimidad como procedimiento, así como su capacidad relativamente aceptable en términos comparativos con los órganos jurisdiccionales para adoptar decisiones adecuadas en esta materia...”²⁵³. Sin desdeñar el valor que estas obras poseen, como planteamientos normativos, pareciera más importante saber cómo puede calificarse en sociedades no ideales –no ordenadas ni caracterizadas por condiciones de pluralismo razonable- las decisiones de las cortes sobre derechos y, en general, sobre el ejercicio del poder de los otros actores políticos²⁵⁴. Unido a lo anterior es útil no olvidar la propuesta de Bayón sobre las valoraciones contextuales de la justicia y de la justicia constitucional.

Si, como intuye Linares, no hay razones para pensar que en una suerte de actuación redentora sean los jueces los llamados a corregir los problemas estructurales enquistados en un régimen democrático, habría que hacer un cotejo en entornos concretos. Afirmar que “... no hay ninguna razón general para pensar que si los canales de agregación de preferencias en la legislatura están bloqueadas, vayan a estar abiertos en las legislaturas judiciales...”²⁵⁵ sólo podría confirmarse, o descartarse, a través del examen de una realidad específica.

²⁵³Moreno Rodríguez (Diego). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Tesis para optar por el título de doctor, Universidad de Salamanca, 2009, pp. 59-60.

²⁵⁴Sobre la distinción rawlsiana de las sociedades bien ordenadas de las sociedades no bien ordenadas y las implicaciones que esto conlleva para el constitucionalismo y la justicia en regiones como América Latina ver: Arango (Rodolfo). *Constitucionalismo Latinoamericano*, en: Von Bogdandy (Armin), Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Morales Antoniazzi (Mariela) eds, *La justicia constitucional y su internalización*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 5.

²⁵⁵Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* p. 93. A pesar de su objeción a la revisión judicial, como planteamiento teórico, Linares termina por admitir que en

De esta manera, se podría aparcar la larga discusión teórica acerca de la legitimidad del juez, basada únicamente en su origen, sobre todo la del juez constitucional, para hacer un abordaje distinto que atienda también a la legitimidad por resultados que pueda atribuirse a las cortes, por ejemplo, en el ejercicio del control de constitucionalidad. De lo contrario, el análisis se reduciría a abstracciones y entelequias sobre una de noción de juez, pero no a una descripción del juez que realmente existe.

Fiss admite que la reforma estructural –y el juez estructural- tiene muchos peligros, posiblemente más que la simple resolución de conflictos. Llenar de contenido los valores constitucionales y operacionalizar ese proceso dentro de la burocracia estatal no es tarea sencilla. Sin embargo, asevera, ello no es suficiente para renunciar al aporte de la judicatura como generador de cambios porque no hay razón para creer que una institución deba dedicarse exclusivamente a realizar una sola tarea. Cada órgano del estado puede cumplir variadas y múltiples funciones que sean complementarias entre sí²⁵⁶.

B. De Estados Unidos en adelante

Hablar de activismo judicial, de judicialización de la política o de expansión del poder judicial lleva obligatoriamente, como se ha mencionado varias veces, a pensar en Estados Unidos de Norteamérica. En buena medida por las razones que se analizaron en el capítulo primero el juez estadounidense se convirtió en el modelo

ciertos casos, desde una visión deliberativa y sobre la base de una defensa contextual, ésta podría ser aceptada: “... a mi juicio es perfectamente viable, en este punto, una defensa contextual de los méritos democráticos de la revisión judicial. Esa línea de argumentación diría que en aquellas sociedades en las que los patrones de distributivos son escandalosamente desiguales -creo que dentro de esa categoría, aún siendo demasiada vaga, entrarían todos los países latinoamericanos- la justicia constitucional actuaría democráticamente cuando anula leyes dirigidas a recortar los derechos sociales, o cuando ordena a los representantes la adopción de reformas estructurales tendientes a mejorar el acceso de los más desprotegidos a los beneficios generados por la cooperación social. Se trata, pues, de una defensa contextual del activismo judicial en materia de derechos sociales, sólo aplicables a las sociedades marcadamente desiguales...” Ídem, pp. 142-143.

²⁵⁶Fiss (Owen). *The forms of justice...* pp. 31-32.

de una magistratura protagonista, implicada, de diversas formas, en la definición o redefinición de políticas públicas junto con los otros poderes del estado²⁵⁷.

Ferraro hace una síntesis de las principales tesis que han caracterizado la vieja discusión en Estados Unidos, la cual se remonta al proceso fundacional y al proceso de creación de la constitución política norteamericana²⁵⁸. Uno de los momentos que vigoriza el debate fue la aparición, como ya se dijo, de la obra de Alexander Bickel en 1962, quien aseguró que con el control judicial de la ley los jueces no sólo aplican, sino que además crean derecho.

No obstante, sin desconocer el prestigio y la influencia que, en efecto, en el derecho comparado ha ido adquiriendo con el tiempo; al comienzo, una vez completada la independencia de las colonias inglesas, la Corte Suprema debió ir definiendo, casi podría decirse *motu proprio*, su fisonomía y su posicionamiento en la nueva república²⁵⁹.

Sería por tanto impreciso no detenerse en las particularidades que hacen que el alto tribunal estadounidense haya sido visto como el arquetipo de protagonismo judicial en el mundo. El porqué de su relevancia responde a aspectos de una realidad específica, distinta a otras donde hoy los jueces tienen también una actuación notable²⁶⁰. Sé es juez en un contexto determinado, factores como cultura política, ciudadanía, ejercicio del poder, etc. son específicos y esto hace que no se pueda pensar en tener jueces que reproduzcan el modelo de judicatura de entornos con elementos diversos a aquel que se estudia.

Dicho esto, no puede soslayarse el hecho de que la Corte Suprema de Estados Unidos sea considerada el ejemplo más claro de una judicatura protagonista, en la toma de decisiones, con un fuerte impacto en distintos ámbitos²⁶¹. Aunque la constitución política no menciona las funciones de la Corte, ni su composición, ni su estatuto, en 1803, en el célebre caso *Marbury vrs Madison*, el tribunal decidió asumir

²⁵⁷Ferejohn (John). *Judicialización de la política, politización de la ley*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá. 2008, p. 11.

²⁵⁸Ferraro (Agustín). *Op. Cit.* pp. 205-210.

²⁵⁹Beltrán de Felipe (Miguel) y González García (Julio). *Op. Cit.* pp. 67-68.

²⁶⁰Ginsburg (Tom). *Judicial Review in new democracies: constitutional courts in asian cases*, Cambridge University, New York, 2003, pp. 15-17.

²⁶¹Jiménez Asensio (Rafael). *Op. Cit.* p. 99.

el rol de árbitro entre leyes y carta magna. Se instaura así, producto de una decisión de la propia judicatura –lo que constituye un elemento muy relevante- la revisión judicial de la normas²⁶². En haber asumido esa facultad, sin base constitucional expresa para hacerlo, se condensa la diferencia histórica que en el siglo XIX significaba ser juez en Estados Unidos o serlo en otras regiones. Aparte de los méritos personales de algún juez específico, hay una serie de elementos que hicieron posible ese modelo de judicatura. Esta es otra razón para cuestionar los términos de la discusión abstracta.

En los periodos revolucionarios del siglo XVIII se establecieron intensos debates acerca de cómo debía entenderse el poder frente a las nuevas circunstancias²⁶³. Un ejemplo claro de esto son las posturas de los Padres Fundadores en relación a dónde deben fijarse los límites al poder. Hamilton y Madison veían en el poder judicial al más débil de los tres poderes del estado y un medio eficaz para controlar posibles excesos, especialmente del legislador²⁶⁴. De todas estas fuentes bebieron los jueces y es así como muy temprano surge la *judicial review*.

El trabajo de la Corte Suprema ha oscilado con el tiempo. De cualquier modo, los límites que ha querido imponer a los otros actores políticos a través de sus decisiones han sido objeto de profundas disputas entre académicos, políticos y jueces²⁶⁵.

Beltrán y González hacen una revisión de la evolución de la Corte Suprema y de las distintas etapas por las que ha transitado. De acuerdo a estos autores puede decirse, hablando del siglo XX, que hay un primer periodo entre 1919 y la segunda guerra mundial donde la jurisprudencia se caracterizó por su conservadurismo, siendo el momento de mayor crisis el enfrentamiento entre el presidente Roosevelt y los jueces por la anulación de leyes con un alto contenido social. Después inicia

²⁶²Beltrán de Felipe (Miguel) y González García (Julio). Op. Cit. pp. 93-122. No en vano, como anota Dalla Via, en “El Federalista” Hamilton afirmó que el poder judicial era el más débil de todo, ver: Dalla Via (Alberto). *Los jueces frente a la política*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto) y Uprimny (Rodrigo). Op. Cit. pp. 63-64.

²⁶³O’ Donnell (Guillermo). *Disonancias: Críticas democráticas a la democracia...* p. 119.

²⁶⁴Tate (Neal). Op. Cit. pp. 18-19.

²⁶⁵Ferejohn (John). Op. Cit. p. 11.

una segunda fase entre 1954 y 1986, a la cabeza de los jueces Earl Warren y Warren Burger, la cual se convirtió a la postre en el momento más importante en el desarrollo de derechos políticos y sociales en los Estados Unidos, fraguados en la sede judicial. Por último, se habla del periodo de 1988 en adelante en el que la Corte se ha distinguido por posturas más centristas, aunque con polémicas decisiones vinculadas, por ejemplo, a los acontecimientos del 11 de setiembre de 2001 y a la instauración de políticas de seguridad por parte de los gobiernos. Pero, conservadores o liberales, los jueces han estado dispuestos a ser activistas para ejercer el control de constitucionalidad²⁶⁶.

Shapiro anota que si la expansión del poder judicial encuentra en Estados Unidos el caso más famoso y más conocido, ello responde a diferentes razones: la revolución norteamericana se sostiene sobre una fuerte idea legalista que no ataca el sistema de derecho inglés, sino que incluye una visión constitucional y de derechos frente a la preminencia y el dominio del parlamento, esto hace que la política esté particularmente centrada en los contenidos constitucionales. También porque la constitución establece tres poderes iguales y diferenciados. La Corte Suprema reclamó para sí un rol de *réferi* lo que muy tempranamente permitió crear un fuerte gobierno central frente a los estados²⁶⁷. El control de constitucionalidad, de la manera en la que fue adoptado por la Corte Suprema en *Marbury vs. Madison*, no existía en Inglaterra.

Robert Kagan citado por Couso, enfatiza que el alto grado de activismo judicial de Estados Unidos encuentra explicaciones institucionales, históricas, y político-culturales particulares, que no necesariamente pueden reproducirse en otras

²⁶⁶Ver: Beltrán de Felipe (Miguel) y González García (Julio). *Op. Cit.* pp. 68-80. También Keck aborda el trabajo de la Corte Suprema según sus integraciones. Para el autor en la actualidad se ha basculado entre un activismo en ciertos temas y posiciones conservadoras en otros, en: Keck (Thomas). *The most activist Supreme Court in history the road to modern judicial conservatism*, University of Chicago Press, Chicago, 2004, pp. 284-296. Moreno Rodríguez, refiriéndose al caso Bush-Gore considera que con aquel se produjo un giro conservador el cual generó alarma dentro de algunos círculos académicos, ver: Moreno Rodríguez (Diego). *Op. Cit.* p. 38. Durante la presidencia de Barak Obama se jubilaron dos jueces conservadores –Stevens y Souter- que fueron sustituidos en 2009 y 2010 –por Sotomayor y Kagan- lo que hace que las posiciones ideológicas de la Corte se mantengan inalterables. Se dice que cuatro de los restantes siete magistrados responden al ala conservadora y uno –Kennedy- a una posición de centro. Lo cierto es que de los nueve jueces actuales, cinco fueron nombrados por presidentes republicanos. ver: Posner (Richard). *Cómo deciden los jueces*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 34-35.

²⁶⁷Shapiro (Martin). *The United States*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* pp. 42-43.

latitudes. Justamente señala como causas probables las siguientes: alto grado de fragmentación del sistema político, fuerte régimen federal²⁶⁸, un sistema presidencial de gobierno, organización altamente descentralizada del poder judicial, los mecanismos de reclutamiento de los jueces y por último, la existencia de una cultura política que exige una amplia protección gubernamental y que, al mismo tiempo, desconfía de la concentración del poder, lo que favoreció la creación de un espacio para el escrutinio de los actos gubernamentales a cargo del poder judicial²⁶⁹.

En la misma dirección, autores como Landau y Ginsburg, reconocen que el caso norteamericano exhibe una serie de rasgos que no pueden extrapolarse a regiones en las que se asiste hoy también a un mayor protagonismo del poder judicial. Cuando menos esto debe tenerse presente y considerarse otros elementos que también permitan explicar qué causas han favorecido la visibilidad judicial en otros contextos distintos a Estados Unidos²⁷⁰.

Landau indica que cada país debe ser analizado de acuerdo a su contexto institucional “... *the constitutional theories created to analyze the work of the U.S Supreme Court are not suitable for direct exportation to the comparative context...*”²⁷¹. Para él, especialmente en democracias en desarrollo o recientes, la dificultad de trasladar los estudios sobre comportamiento judicial en Estados Unidos es mayor. Enumera varias razones.

²⁶⁸Shapiro sostiene que este es uno de los aspectos en los que la Corte Suprema de Estados Unidos asumió una gran preponderancia y que le permitió posicionarse como un órgano fundamental en la consolidación republicana del país: “... *a If the question is the success of judicial review, then the obvious starting point is the United States, which has the longest history of the greatest success, and carefully remembering the narrow way in which success is defined here. The US experience, however, is much misunderstood. Let me state it briefly. Throughout its history the US Supreme Court has been most successful in its federalism decisions where it has consistently supported nationalizing forces while placing sufficient constraints upon them to maintain its bona fides as a ‘referee’ between state and federal authority...*”, en: Shapiro (Martin). *Judicial review en developed democracies*, en: Gloppen (Siri), Gargarella (Roberto) y Skaar (Elin) eds. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass Publishers, London, 2003, pp. 5-19.

²⁶⁹Couso (Javier). “*Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*”... p. 42.

²⁷⁰Ginsburg (Tom). *Op. Cit.* p. 92.

²⁷¹Landau (David). *Political institutions and judicial role in comparative constitutional law*, *Harvard International Law Journal*, volume 51, number 2, 2010, p. 320.

En primer lugar afirma que, para quienes estudian el fenómeno jurisdiccional en el país norteamericano, los límites al poder de la Corte Suprema se fundan en razones de legitimidad democrática. Esto ocurre porque el Congreso cuenta con mejores credenciales democráticas y eso parte de una mayor confianza en el legislador. No obstante, en países con democracias débiles o recientes la situación, fuera del discurso teórico, es distinta²⁷².

En segundo lugar, recuerda que la constitución norteamericana es muy general, con formulaciones vagas e imprecisas que han facilitado que se creara una cultura constitucional muy robusta que hizo que muchos actores hayan querido participar en la definición de los valores recogidos en la constitución política. Cosa distinta ocurre en otros países con textos constitucionales que son, *a contrario sensu*, documentos muy densos, con muchos derechos y con muchos ámbitos regulados²⁷³, países en los que además las élites y las personas en general vieron con desdén la primacía de la constitución, por lo que se careció históricamente de una cultura constitucional tan fuerte como la estadounidense²⁷⁴.

En tercer lugar, hace referencia al sistema político y, en particular, al sistema de partidos. En Estados Unidos ha funcionado un fuerte sistema bipartidista. En cambio, en otras regiones o se cuenta con sistemas de partidos poco institucionalizados o con un multipartidismo. Para Landau los países con sistemas de partidos poco institucionalizados ofrecen escasas posibilidades de hacer del poder legislativo un espacio para el debate constitucional y la articulación de las demandas ciudadanas²⁷⁵.

Ginsburg agrega otras razones que diferencian a la Corte Suprema norteamericana de otros altos tribunales. El *judicial review* se ejerce de forma incidental mientras se ventilan procesos entre partes privadas. Además muchos de los procesos se plantean como grandes casos a través de los cuales la Corte afirma

²⁷²Ídem, p. 323.

²⁷³Uprimny (Rodrigo). *¿Existe un nuevo constitucionalismo Latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales recientes en América Latina*, en: Zambrano Cetina (William) edr. *Instituciones Judiciales y Democracia*, Instituto Francés de Estudios Andinos, Bogotá, 2011, pp. 136-141.

²⁷⁴Landau (David). *Op. Cit.* pp. 324-326.

²⁷⁵Ídem, p. 330.

su poder de invalidar las decisiones del legislador; sin embargo en otros países el control judicial se realiza en situaciones de mayor cotidianidad²⁷⁶.

Las democracias contemporáneas comparten el principio de independencia del juez, y el principio de imparcialidad junto a garantías que aseguran a las partes el respeto a estos principios y al principio de protección de los derechos fundamentales. Empero, existen diferencias en cuanto al modo de ejercer y repartir el poder de lo que en buena medida depende la posición en la que se coloca al juez²⁷⁷, “...en este sentido la función judicial tiene, pues, un núcleo político, cuya amplitud varía al cambiar los contextos concretos y el tipo de disposiciones que el juez tiene que interpretar y aplicar...”²⁷⁸.

El protagonismo de la magistratura en Estados Unidos es una tendencia que se ha ido extendiendo a otros países en los últimos años, pero con rasgos distintos. La expansión del poder judicial se ha potenciado, durante la década de 1980. Tate y Vallinder citan otros casos relevantes que evidencian el fortalecimiento de la judicatura, como Rusia, India y países de Europa Continental como Italia, Francia y Alemania²⁷⁹.

²⁷⁶Ginsburg (Thomas). *Op. Cit.* pp. 15-17.

²⁷⁷Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* p. 16.

²⁷⁸Idem, p. 17.

²⁷⁹Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* pp. 2-4. En esta obra es posible encontrar varios trabajos acerca de la expansión judicial en países distintos a Estados Unidos. Por ejemplo, Di Federico desarrolla el caso italiano destacando que en los últimos años puede encontrarse una inédita participación de los jueces en muchos asuntos públicos, llegando a convertirse el subsistema judicial en un actor de peso, “... thereafter, day by day and in many ways, the initiatives have conditioned the political process, even effectively limiting the discretionary powers of the president...” en: Di Federico (Giussepe). *Italy: A peculiar case*, p. 235. Landfried, por su parte, aborda que la influencia del Tribunal Federal alemán se ha ido expandiendo sistemáticamente desde su creación, en este artículo se critica que con muchos de sus pronunciamientos el Tribunal Federal debilita y distorsiona, según él, a la democracia alemana –se pone como ejemplo el tema del aborto en el que el Tribunal Constitucional defendió tener la última palabra- con lo cual de manera imprudente ha impedido la construcción de políticas públicas desde las instituciones mayoritarias, en: Landfried (Christine). *Germany*, p. 321. También Martin Edelman habla del caso israelí que ha ido imponiéndose como un actor con peso propio, incluso por encima del poder legislativo y el poder ejecutivo. Esto lo atribuye, entre otras razones, al debilitamiento de los partidos políticos. Se trata de un caso interesante si se considera que en Israel no hay una constitución escrita, la ausencia de un texto constitucional no ha sido obstáculo para el activismo judicial “...gradually the civil courts, particularly the Supreme Court, expanded its conception of the rule of law. In a Lumber of important cases, the Supreme Court asserted the right to interpret legislation in light of the principles of natural justice...” Edelman (Martin). *Israel*, pp. 408-410.

En pocas palabras, el caso de Estados Unidos es el primero y más célebre de una corte protagonista y beligerante, que se plantó, muy pronto, como un poder en iguales condiciones que el resto. Se plantó demostrando una innegable capacidad para influir y hasta revertir las decisiones de los otros órganos estatales. No obstante, la existencia de casos más recientes en países donde la tradición judicial fue por mucho tiempo diametralmente opuesta, obliga a que, atendiendo a las particularidades de los nuevos contextos, se puedan encontrar también cuáles son las razones que explican el nuevo desempeño de los tribunales²⁸⁰.

C. Activismo judicial y judicialización de la política: precisiones conceptuales

La presencia protagónica de la judicatura en las democracias contemporáneas no tiene que ver sólo, apuntan Guarnieri y Pederzoli, con una cuestión cuantitativa – esto es, más leyes más trabajo judicial-. El punto medular, sostienen, reside en que antes se pedía al juez aplicar la normas en retrospectiva –es decir, viendo al pasado y a lo que el legislador había decidido- pareciera que hoy, en cambio, se le transfiere una responsabilidad distinta que supone considerar soluciones alternativas, sopesar consecuencias, aplicar principios y valores superiores. En síntesis, partir de una lógica prospectiva viendo hacia el futuro como lo han hecho otros actores políticos²⁸¹.

El reposicionamiento de la judicatura en la democracia, o si se quiere en palabras de Fiss, la aparición del modelo de juez estructural, ha llevado a que se hable de activismo judicial²⁸², de judicialización de la política²⁸³ o de politización de la

²⁸⁰Vásquez, siguiendo a autores como Fix, Zaffaroni, Tate y Curtis, se pregunta por qué pese a la actualidad del tema de la expansión de la justicia, en contextos no estadounidenses, sigue habiendo un déficit de estudios sobre casos concretos, ver: Vásquez (Rodolfo). *Op. Cit.* pp. 381-383. Asimismo, Curtis advierte que la teoría jurídica ha producido escasos instrumentos teóricos para abordar los rasgos y el sentido de la mayor visibilidad de los jueces “...la hegemonía de los enfoques teóricos tributarios del normativismo ha resultado poco fructífera para echar luz sobre la cuestión: la poca inclinación de esos enfoques por el trabajo interdisciplinario y el predominio del análisis exclusivamente centrado en el derecho positivo vigente no constituyen el mejor instrumental conceptual para captar la complejidad de la interacción entre los tribunales de justicia y el sistema político...” ver: Curtis (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales...* p. 390.

²⁸¹Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* pp.19-20.

²⁸²Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, 1991, pp. 1-12.

justicia²⁸⁴ como conceptos que intentan describir un incremento de la incidencia del poder judicial en los estados.

C.1 Judicialización de la política y activismo o nuevas formas de incidencia judicial

El fenómeno, es decir el incremento de la incidencia de la magistratura, no es homogéneo, en el sentido de que no ocurre en todas partes y se expresa a través de diferentes manifestaciones²⁸⁵. Podría sintetizarse en nuevas funciones, al menos en los países que dan cuenta de él desde hace algunas décadas, desempeñadas por el poder judicial: a) guardián de la constitución frente a las decisiones políticas -aquí se relaciona con el aumento de las atribuciones a los jueces en materia de jurisdicción constitucional y la posibilidad de anular decisiones del parlamento y del poder ejecutivo-, b) árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político -se refiere al incremento de las cuestiones políticas y sociales sobre las que el poder judicial puede decidir y al aumento de aquellos ámbitos sobre los que pueden intervenir los jueces, bien en conflictos entre poderes, bien en conflictos entre poder político y ciudadanía- y por último, c) la de fiscalización de la tarea de los políticos – algunos actos se someten a control de las cortes y también hay quienes incluyen aquí el ámbito penal donde ha habido un aumento de causas y procesos en los que funcionarios públicos figuran como encausados²⁸⁶.

²⁸³Couso (Javier). “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”... pp. 29-48.

²⁸⁴Boscán Carrasquero (Guillermo). *Op. Cit.* pp. 51-83.

²⁸⁵Apunta Volcansek: “... Judicial policy-making does not follow a single format, and the consequences of judicial activity are hardly uniform...” ver: Volcansek (Mary). *Judges, courts and policy-making in Western Europe*, en: Volcansek (Mary) edr. *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Frank Cass, London, 1992 p. 2.

²⁸⁶Ansolabehere (Karina). *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia...* p. 41. Sin embargo, no se considerará este supuesto en la investigación, como ejemplo de expansión judicial, porque se ha estimado que los procesos penales contra funcionarios públicos no reflejan el fenómeno descrito. Por dos razones, en primer lugar, porque no hay aquí una relación interorgánica sino una relación procesal entre los tribunales y los políticos de carácter personal que no debería diferenciarse, de nuevo en términos procedimentales, de la de cualquier otra persona sometida a una causa criminal. En segundo lugar, porque los delitos funcionales no evidencian una forma de expansión o de mayor protagonismo de las cortes, salvo probablemente la relevancia a nivel de medios informativos, sino el ejercicio normal del ordenamiento jurídico penal con la particularidad de que el imputado posee una condición funcional, pero manteniendo las

De acuerdo a Domingo la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles. En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. El tercer nivel, en un ámbito más discursivo, afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como *rule of law* o derechos fundamentales²⁸⁷. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales²⁸⁸.

Otros autores comparten esta posición. Por ejemplo Couso, encuentra que la judicialización, tiene dos aspectos distintos, pero estrechamente relacionados. De un lado, que muchos tribunales en todo el mundo han adoptado un papel nuevo, que consiste en asumir un perfil más alto, lo que entre otras consecuencias les ha permitido participar en importantes debates políticos y sociales. Del otro lado, que haya un crecimiento del uso de la ley y del discurso jurídico. Cada vez es más frecuente que la oposición política, los ciudadanos y los movimientos sociales encuadren sus luchas en el lenguaje del derecho y miren hacia los tribunales para avanzar en ellas²⁸⁹.

Para Ansolabehere, en el mismo sentido, se está ante un avance de la magistratura sobre el espacio de la política, avance que, indica, se expresa de varias formas: por el aumento de los temas sobre los que la política no puede decidir, por el aumento de la capacidad de fiscalización del poder judicial sobre los funcionarios públicos, por el aumento de la capacidad de los jueces para la revisión de las normas

características de cualquier otro encartado y los jueces, a su vez, conservan las competencias propias asignadas a la jurisdicción penal.

²⁸⁷Guillermo O' Donnell a esto lo llama "juridificación" y no judicialización. El matiz es oportuno en tanto estos discursos legales superan el ámbito judicial y se convierten en criterios legitimadores de la actuación estatal en general. Ver el análisis conclusivo que hace el recientemente fallecido profesor argentino a la obra de: Sieder (Rachel), Line (Schjolden) and Alan (Angell). *The judicialization of politics in Latin America...* pp. 293-299. En igual sentido se pronuncia: Nieto (Alejandro). *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 154.

²⁸⁸Domingo (Pilar). *Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America*. Democratization, 2004, volumen 11, número, 1, pp. 110-112.

²⁸⁹Couso (Javier), Huneeus (Alexandra) y Sieder (Rachel) eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 8-9.

sancionadas por el poder político a través de la figura del control de constitucionalidad y por el aumento de la resolución de conflictos políticos en sede judicial. En pocas palabras, dice la investigadora argentina, “...en los gobiernos democráticos, el poder judicial controla y revisa las acciones del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político...”²⁹⁰.

Vallinder entiende por expansión global del poder judicial la inclusión de las decisiones judiciales y de los procesos en las cortes dentro de la arena política donde no se fue previsto originalmente. Judicializar, apunta, es tratar judicialmente de llegar a una sentencia o lograr que una decisión se tome mediante un fallo judicial. Menciona dos aproximaciones al concepto judicializar: cuando se transfieren competencias que usualmente estuvieron en manos de los otros poderes del estado al ámbito judicial o –más simple- cualquier tema que se esté decidiendo en un proceso judicial²⁹¹.

Uprimny igualmente indica que judicialización de la política consiste en que “...ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales...”²⁹². Como la definición de Vallinder, la de Uprimny da cuenta de un fenómeno en el que los jueces resuelven cuestiones que antes pertenecieron a los ámbitos de competencia ejercidos, con mayor o menor autonomía e incluso discrecionalidad, por los otros poderes del estado.

Ferejohn considera que después de la II Guerra Mundial se generó un cambio profundo en el poder político, el cual se ha ido alejando del poder legislativo en

²⁹⁰Ansolabehere (Karina). *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia...* pp. 3-5.

²⁹¹Vallinder (Torbjörn). *When the Courts go marching in*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 13.

²⁹²Uprimny Yepes (Rodrigo). *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto) y Uprimny (Rodrigo), *Los jueces entre el derecho y la política*, Bogotá, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008, pp. 81-82.

dirección a las cortes y a otras instituciones del derecho. A este desplazamiento el autor lo denomina judicialización de la política²⁹³. Jaramillo Zuleta, en idéntica dirección, dice que aquella se da cuando los resortes del poder abandonan sus sitios originales y se ubican en otro lugar –la judicatura-²⁹⁴.

Tate, por su parte, define judicialización de la política o expansión judicial como el proceso por el cual los jueces y las cortes hacen o amplían su participación en la elaboración de políticas públicas que fueron tradicionalmente desarrolladas en exclusiva por otras agencias gubernamentales, en especial la legislativa y las administrativas²⁹⁵. Sieder, Schjolden y Angelle, muy de cerca a esta definición, aclaran que judicialización de la política –o activismo judicial que usan como términos equivalentes- se da cuando asuntos sociales y políticos se resuelven a través de procedimientos judiciales²⁹⁶. En opinión de Guarnieri y Pederzoli, la expresión indica un crecimiento del poder judicial²⁹⁷.

Sieder y otros²⁹⁸, distinguen el origen de la judicialización de la política como un proceso que puede darse, en su génesis, de tres formas distintas: desde arriba, desde abajo o desde el exterior. El origen viene desde arriba cuando es manejado por las élites, ejemplo de ello son los países en los que en procesos de reforma institucional adoptan órganos de control constitucional o se fortalecen las garantías judiciales y sus ámbitos competenciales. Esto hace que sean los magistrados de los tribunales constitucionales los encargados de controlar las normas y prácticas gubernamentales y donde los partidos políticos los utilizan como una estrategia para cambiar o bloquear ciertas iniciativas políticas.

La judicialización de la política desde abajo, por otra parte, se da en países en los cuales ciertos grupos de la sociedad han recurrido a los tribunales para articular sus demandas y obtener el reconocimiento de derechos y facultades que no se encuentran aún en los ordenamientos jurídicos. La idea es que a través de las

²⁹³Ferejohn (John). *Op. Cit.* p. 9.

²⁹⁴Jaramillo Zuleta (León José). *¿La judicialización de la política?* Bogotá, Revista Consigna, Año 24, N° 465, III Trimestre, 2000, pp. 54-60.

²⁹⁵Tate (Neal). *Op. Cit.* p. 28.

²⁹⁶Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* p. 3.

²⁹⁷Guarnieri (Carlo) and Pederzoli (Patricia). *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, New York, Oxford University, 2002, p. 1.

²⁹⁸Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* pp- 4-5.

sentencias judiciales se sienten precedentes que creen y hagan exigibles esos derechos y facultades. La estrategia consiste en presentar demandas ante las cortes –según sus diversas competencias- y obtener una sentencia judicial acorde con sus intereses²⁹⁹.

Por último, la judicialización de la política desde el exterior hace referencia a avances en la jurisprudencia de tribunales supra estatales que generan un efecto contagio entre los órganos judiciales internos³⁰⁰.

Este origen podría entremezclarse³⁰¹, dicho de otro modo, que la judicialización de la política tenga su punto de partida, por ejemplo, en una reforma institucional, pero que luego haya un impulso adicional desde los otros ámbitos³⁰². Lo más destacable es que en el primer caso es desde el propio estado que en un momento determinado se decide otorgar mayores competencias a los jueces, sobre todo, como se decía, a partir de las formas de control constitucional de la ley³⁰³.

C.2 Activismo judicial y judicialización de la política: ¿sinónimos?

A lo largo de los capítulos primero y segundo se han utilizado varias expresiones -expansión del poder judicial, gobierno de los jueces, activismo judicial, judicialización de la política, politización de la justicia, protagonismo judicial, etc.-. Todas ellas tienen en común referirse al mismo fenómeno: la relevancia que han ido adquiriendo los jueces. Es preciso determinar si existen matices conceptuales que puedan hacerse, a fin de apuntalar el encuadre analítico que se realizará en los próximos capítulos sobre los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica.

²⁹⁹Gloppen (Siri). *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 45-49.

³⁰⁰García Ramírez (Sergio). *Jurisdicción interamericana sobre derechos humanos*, en : Von Bogdandy (Armin), Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Morales Antoniazzi (Mariela) eds. *Op. Cit.* pp. 399-400.

³⁰¹La Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica, por ejemplo, serían casos muy claros de judicialización de la política desde arriba y de judicialización de la política desde abajo. Sobre esto véase lo referido sobre el nacimiento de ambos tribunales en el capítulo cuarto.

³⁰²Boscán Carrasquero (Guillermo). *Op. Cit.* p. 63.

³⁰³Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* pp. 14-24.

Se excluye *ad portas* el término politización de la justicia del abordaje, que a continuación será presentado, porque, como señala Martínez, éste, a diferencia de los otros reseñados, se da cuando los entes estatales de forma irregular utilizan al poder judicial para obtener objetivos espurios. El aprovechamiento surge básicamente por situaciones de debilidad institucional del aparato de justicia que, resquebrajado en principios elementales –como el de independencia y el de autonomía presupuestaria-, lo convierten en un elemento más, a disposición de políticos y miembros de otros poderes del estado³⁰⁴. Indica la autora: “...an intervention by politicians in the judicial system in order to manipulate judicial outcomes –decisions and nondecision– in their favor...”³⁰⁵. También Domingo considera que la politización de la justicia ocurre cuando los otros agentes políticos buscan controlar al máximo a quienes están en las cortes y a quienes ocupan los cargos más importantes del sistema judicial³⁰⁶.

En cambio, cuando se habla de activismo judicial, gobierno de los jueces, de judicialización de la política o de expansión judicial se busca describir un comportamiento institucional distinto³⁰⁷. Un comportamiento en el que los jueces asumen un papel determinante que se impone incluso “...at the expense of the rights and obligations of the legislative and executive branches of the state...”³⁰⁸.

Es en el trabajo de Tate y Vallinder donde se ha utilizado principalmente la terminología expansión judicial, un concepto genérico que intenta dar una apariencia de mayor neutralidad. Sin querer determinar si el fenómeno es positivo o negativo, los autores incluyen una serie de casos en los que se demuestra que en

³⁰⁴Empero, se encontraron autores, en el contexto latinoamericano, como Ansolabehere, que utiliza la expresión politización de la justicia como equivalente a judicialización de la política, sin establecer la distinción, que se estima oportuna, hacen otros como Martínez y Domingo, ver: Ansolabehere (Karina). *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia...* p. 3.

³⁰⁵Martínez Barahona (Elena). *Seeking the Political Role of the Third Government Branch. A comparative approach to High Courts in Central America*, Florencia, Tesis para optar al grado de Doctor del European University Institute, 2007, p. 46.

³⁰⁶Domingo (Pilar). *Op. Cit.* p. 111.

³⁰⁷Un concepto que también podría sumarse a esta lista es neoconstitucionalismo al cual se hizo referencia en el capítulo primero apartado C. No se incluye aquí porque, como se expuso, para los autores está compuesto por varios niveles de análisis, siendo sólo uno de ellos el *aggiornamento* de las prácticas jurisprudenciales.

³⁰⁸Agius (Carmel) and Grosselfinger (Nancy). *The judiciary and politics in Malta*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 381.

años recientes la incidencia de la judicatura en una variada gama de temas y de países aumentó³⁰⁹. Por esto aquí se recurrirá a la expresión en el sentido indicado.

El término gobierno de los jueces tiene una connotación obvia y, ha sido empleado por quienes critican la participación de la magistratura en la determinación de temas tradicionalmente decididos por los otros poderes del estado. Implica una clara valoración negativa. De acuerdo a López Daza, fue Theodore Roosevelt, el primero en utilizarlo. Lo hizo al enfrascarse en la fuerte puja con los jueces de la Corte Suprema que se negaban a apoyar un conjunto de leyes promovidas por el poder ejecutivo³¹⁰. Con el tiempo, y gracias en parte al libro homónimo de Lambert³¹¹ la expresión gobierno de los jueces se fue popularizando; pretende acreditar las supuestas inconveniencias que se originan cuando los otros actores políticos deben supeditar sus decisiones al refrendo de los tribunales³¹².

Conviene aclarar, antes de seguir, que el protagonismo judicial, en especial el de la justicia constitucional, ha sido objeto de críticas y alabanzas. En buena parte porque refleja el debate, ya analizado en la sección anterior, sobre la legitimidad democrática del control judicial. Si la discusión se sitúa entre quienes entienden que los jueces no deberían intervenir en las decisiones de los otros poderes del estado, por cuanto sus credenciales democráticas son mínimas, es evidente que, de partida, la valoración del activismo judicial o de la judicialización de la política será negativa.

Para Portelli el gobierno de los jueces se da principalmente por el control judicial de la constitucionalidad de las leyes pues tarde o temprano, advierte, la

³⁰⁹Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 1-11.

³¹⁰López Daza (German Alfonso). *La justicia constitucional ¿un gobierno de los jueces?*, Editorial Universidad Surcolombiana, Colombia, 2005, p. 218.

³¹¹En el primer capítulo se analizó, también, la expresión gobierno de los jueces, se utilizó para introducir el proceso de transformación de los jueces de las últimas décadas y para explicar que una forma menos rígida y tradicional de entender el principio de división de poderes justificaría aceptar que los jueces al ejercer parte del poder político participan también, en un sentido amplio, del gobierno, según el concepto adoptado en dicho capítulo. La intención de volver ahora a la expresión gobierno de los jueces es para puntualizar algunas de las valoraciones que se han hecho sobre el comportamiento jurisdiccional el cual, como se reseñó, ha hecho que se hayan esgrimido distintos conceptos; uno de ellos gobierno de los jueces. Véase en el primer capítulo, apartado B.3.

³¹²López Michelsen (Alfonso). *¿Los jueces están gobernando o estamos frente a una revolución del derecho?* Bogotá, Revista Consigna, Año 24, N° 465, III Trimestre, 2000, pp. 18-22 y Cañas Escalante (Alberto). *Chisporroteos*, en: www.larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=5322401 consulta realizada el 12 de febrero de 2012.

jurisdicción terminará sustituyendo a la “...representación política y a los gobernantes en los dominios también eminentemente políticos...”³¹³. Troper hace una crítica más enérgica en tanto considera que habrá gobierno de los jueces siempre que estos tomen decisiones que contradigan las decisiones políticas de los elegidos³¹⁴. Esta visión se alinea a la de quienes se oponen a la existencia de jurisdicciones constitucionales, lo que se corresponde también con la imagen más tradicional del juez que limita su participación a resolver conflictos haciendo una aplicación mecánica y silogística de las normas jurídicas.

Queda entonces por examinar la expresión activismo judicial. Ciertamente, muchas veces se maneja como noción equivalente de judicialización de la política³¹⁵. Sin embargo, en la presente investigación se considera necesario darles un tratamiento diverso dado que, si bien integran un suceso genérico que podría llamarse de expansión judicial, cada uno refiere, como se justificará a continuación, dos aspectos distintos de aquel fenómeno³¹⁶.

El juez Wayne, dentro del derecho estadounidense, ha hecho uso del término activismo judicial. Con él ha pretendido describir dos fenómenos. En primer lugar, la protección que hacen las cortes de grupos históricamente vulnerables –como gays, negros, mujeres, discapacitados, etc.-. Además, cuando al decidir sobre algunas cuestiones sometidas al conocimiento de los jueces se traspasan, con el remedio judicial adoptado, las competencias de los otros poderes del estado³¹⁷.

Barak³¹⁸ llama activismo judicial a la tendencia judicial de lograr el equilibrio adecuado entre el conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente,

³¹³Portelli (Huges) citado por López Daza. *Op. Cit.* p. 219.

³¹⁴Troper Michelle citado por López Daza. *Op. Cit.* p. 219.

³¹⁵Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* p. 3 y Quesada Alpizar (Tomás). *Gobierno de los jueces: interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, Universidad de Costa Rica, San José, 2008, p. 62.

³¹⁶Brenes Villalobos (Luis Diego). *Judicialización de la política*, Semanario Universidad de Costa Rica, San José, 15 de febrero de 2012, en: www.semanario.ucr.ac.cr/index.php/opinion/5262-judicializacion-de-la-politica.html consulta realizada el 26 de febrero de 2012.

³¹⁷Wayne (William). “Two faces of judicial activism”, *George Washington Law Review*, número, 1, 61, noviembre, 1992, pp. 1-13.

³¹⁸Afirma el autor: “... judicial activism is the judicial tendency -conscious or unconscious- to achieve the proper balance between conflicting social (such as individual rights against the needs of the collective, the liberty of one person against that of another the authority of one branch of government against another- through change in the existing law or through creating new law that did not previously exist (through interpreting the constitution or legislation, through developing the common law)...” Barak

mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley. Para Ventura, la sustitución por parte del juez de los otros poderes, mediante la cual se colocan los razonamientos jurisdiccionales por encima de los que han realizado aquellos, constituye activismo judicial³¹⁹. Galligan lo entiende como el control o la influencia de la judicatura sobre las instituciones políticas y administrativas; sobre sus procesos y resultados³²⁰.

Guastini escribe que el activismo judicial representa una de las formas de entender la interpretación jurídica. En realidad, abunda, la oposición entre *judicial activism* y *judicial restraint* refleja una discusión más antigua, entre una ideología dinámica y una ideología estática de la interpretación. La primera se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a la vida social y recomienda una interpretación que atienda a nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas. Sugiere cambiar el significado de un texto normativo a la luz de los valores de la sociedad de un momento determinado. La ideología estática se funda en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica y de la certeza del derecho. Por eso aconseja al juez una interpretación estable, fija y constante diacrónicamente, sin grandes modificaciones³²¹.

Establecido el debate, continúa el catedrático italiano de filosofía del derecho, el activismo judicial se asienta sobre cuatro elementos: el valor de la congruencia del derecho con una conciencia social, el valor de una metaética utilitarista –los jueces deben colaborar con una mejor distribución de los recursos–, el valor del deber constitucional de proteger los derechos de los ciudadanos y de las minorías

(Aharon). *The judge in a democracy*, Princeton University, New Jersey, 2006, p. 271. Por cierto, Barak es considerado uno de los jueces más activistas de los últimos tiempos. Fue presidente del Tribunal Supremo de Israel y se dice que fue gracias a este magistrado que, sin una constitución escrita que la potenciara, la Alta Corte israelí llegó a convertirse en un actor político fundamental. Para Posner, Barak “...ensombrece a Marshall, quien hizo menos disponiendo de mucho más...” ver: Posner (Richard). *Op. Cit.* p. 396.

³¹⁹Ventura Rodríguez (Manuel). *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad Carlos III de Madrid, 2004, p. 156.

³²⁰Galligan (Brian). *Judicial activism in Australia*, en: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 70.

³²¹Guastini (Riccardo). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, México, 2008, pp.58-61.

contra las mayorías y, finalmente, otros valores que son de difícil identificación. Con esto, Guastini termina definiendo activismo judicial como una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la libre creación del derecho por parte de los jueces con el propósito de adaptar los contenidos constitucionales a las necesidades de la vida real. Estas necesidades se reconocerán mediante los sentimientos de justicia de los jueces³²².

El activismo judicial, señala Cappelletti, refleja una revolución contra un modo formalista, presentado de diversas maneras, de entender la ley y al juez, “...in tutte le sue espressioni il formalismo tendera ad accentuare l' elemento della logica pura e mecánica nel processo giurisdizionale, ignorando invece o nascondendo l' elemento volontaristico, discrezionale, della scelta. Tipico invece di tutte quelle rivolte – rappresentate da varie scuole di pensiero (...) è stato il riconoscimento del carattere fittizio della concessione, di tradizione giustiniana e montsqueuiana, dell' interpretazione come attività meramente conoscitiva e mecánica e quindi del giudice come mera, passiva, inanimada bocca della legge”³²³. Esta revolución llevaría a que el activismo judicial esté ligado, anota Volcansek, a que los jueces ya no estén restringidos a aplicar mecánicamente la ley sino a que ahora participen del proceso de formulación de políticas públicas –*policy-making by the judiciary*-³²⁴.

Sintetizando el concepto, sobre la base de la experiencia estadounidense, Young afirma que con activismo judicial lo que se ha hecho, en distintos momentos, es una descripción de ciertos comportamientos jurisdiccionales. Enumera algunos de ellos; por ejemplo, se vincula el activismo judicial con la anulación, a través del control judicial, de las decisiones tomadas por los poderes del estado, también cuando los jueces, al aplicar las normas, se apartan de su contenido textual o literal.

Otros casos citados por Young de activismo judicial se dan si un tribunal al resolver un asunto no se limita a aplicar una solución concreta, sino que procura crear pautas con alcances generales para casos que se presenten en el futuro.

³²²Ídem, pp. 64-65.

³²³Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* p. 20.

³²⁴Volcansek (Mary). *Judicial activism in Italy*, en: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 117. La noción del juez como formulador de políticas públicas también aparece en: Baum (Lawrence). *American Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, p. 327.

Estrechamente relacionado con lo anterior está lo que el autor denomina remedios judiciales estructurales. Basado en el planteamiento de Fiss³²⁵, estima el profesor de la Universidad de Texas, que hay activismo judicial allí donde el juez, al decantarse por un pronunciamiento, interviene en las políticas públicas desarrolladas por otras instituciones³²⁶.

La conceptualización, positiva o negativa, del activismo judicial puede reflejar también las posturas en relación a cuál debe ser el límite de la actuación de los jueces cuando toman decisiones que afectan a los otros poderes del estado. El andamiaje teórico del activismo judicial se nutre de razones no sólo descriptivas, sino además de otras que pretenden justificar axiológicamente un tipo de juez ideal.

Por ejemplo, Cruz señala que el activismo judicial se da cuando los jueces sustituyen temerariamente a los poderes democráticos para imponer sus propias preferencias, usurpando el dominio que debería estar reservado a otros actores políticos³²⁷. Puede también, en la misma línea, citarse a Bork para quien los jueces activistas son aquellos que deciden casos sin que exista una clara conexión con la ley, o a través de una interpretación abiertamente contradictoria que tergiversa la intención de los que escribieron o votaron una norma³²⁸. En opinión de Da Silva Ramos el activismo judicial es el ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los límites impuestos por el ordenamiento que incumbe institucionalmente al poder judicial, se daría tanto en litigios subjetivos –entre personas- y controversias objetivas –normativas-³²⁹.

Presentada esta revisión del concepto de activismo judicial, junto a la que antes se hizo sobre el referido a judicialización de la política, dos preguntas se imponen. En primer lugar, ¿cuáles serían los rasgos distintivos entre uno y otro

³²⁵Ver la sección A. del presente capítulo.

³²⁶Young (Ernest). “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, 2002, pp. 1145-1162.

³²⁷Cruz cita a otros autores que han asumido igualmente una postura crítica del activismo judicial – Wechsler, Horowitz, Tushnet, Berger, etc.- ver: Cruz Manaca (Rogelio). *Correlates of Judicial Negation: When Do Gavels Go Against the Guns?* Paper prepared for presentation at the Annual Conference of the Southern Political Science Association, January, 2006, p.5-7.

³²⁸Bork (Robert) citado por Barak (Aharon). *Op. Cit.* p. 267.

³²⁹Da Silva Ramos (Elival). *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 129.

concepto? Y en segunda instancia, vistas las diferencias entre los autores, ¿qué concepto de activismo judicial y de judicialización de la política habrá de seguirse en esta tesis?

Apoyados en Fix se puede decir que “... la judicialización de la política no es más que un fenómeno que se presenta de manera creciente y es la consecuencia de limitar y racionalizar los conflictos políticos a través de la vida del derecho...”³³⁰. Esta definición pareciera excesivamente aséptica en el sentido de que describe poco el fenómeno que aquí se investiga y en lo que si lo hace recurre a un riguroso formalismo que da a entender que se trata de un hecho automático sin el involucramiento de actores concretos y las implicaciones reales que esto, en el entramado político y social, puede generar. Sin embargo, existe un elemento que resulta útil a fin de delimitar los conceptos.

Al hilvanar la definición de Fix con otros planteamientos puede establecerse mayor claridad sobre los alcances que tiene la judicialización de la política. Según el profesor mexicano, la judicialización de la política supone la limitación y la racionalización de los conflictos a través del derecho.

De otro lado, se decía al iniciar este capítulo, Domingo propone cuatro niveles de análisis de judicialización de la política: el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales, el aumento del discurso jurídico –con conceptos como *rule of law* o derechos fundamentales- como forma de legitimación del estado y por último, el aumento de la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular a través de demandas judiciales intereses económicos, políticos o sociales³³¹.

El elemento clave es el desplazamiento que se hace hacia el poder judicial de algunos temas para que sean evaluados por los jueces. En palabras de Fix los conflictos políticos se someten al escrutinio del derecho; para Domingo, cuyo análisis es evidentemente más complejo, se trata de que algunos procesos políticos

³³⁰Fix (Héctor). *El Poder Judicial*, Revista Jurídica UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 3, 1999, p. 170.

³³¹Domingo (Pilar). *Op. Cit.* pp. 110-112.

y sociales, articulados sobre la base de un discurso legal, son llevados a los tribunales para que se resuelvan allí, síntesis de los cuatro niveles desarrollados por la autora.

La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo. Este es un hecho generalizado en muchos países del mundo, cuyo ejemplo más claro en países sin fuerte tradición de modelos de *judicial review*, es la creación de cortes constitucionales³³².

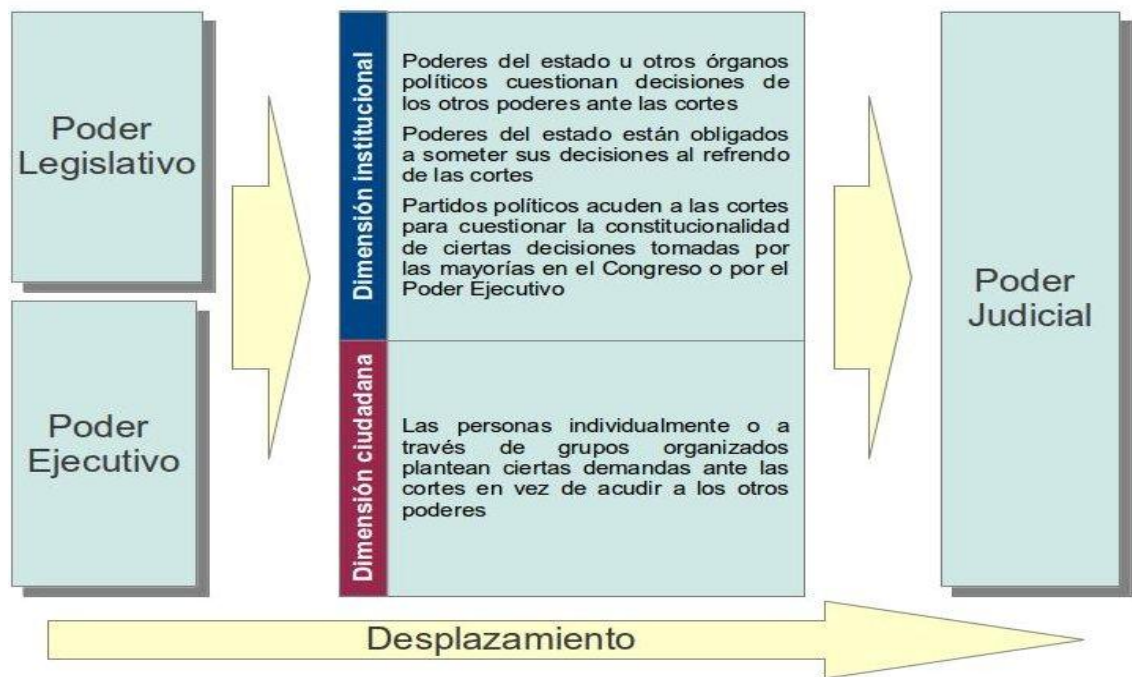
Lo novedoso no es que los jueces tengan poder porque esto es así, independientemente de cómo se les conceptualice, sino, como dijo Bachof³³³, de que su poder se haya extendido de manera extraordinaria sobre el campo que tradicionalmente pertenecía en exclusividad a los otros poderes del estado. A mayor abundamiento, escribe Fix, los órganos jurisdiccionales, que durante mucho tiempo se veían como los menos peligrosos de los órganos del poder, y en consecuencia los menos importantes respecto a los otros dos, asumen, dicho genéricamente, una nueva función de participar de las decisiones políticas³³⁴. En el siguiente diagrama se sintetiza el desplazamiento de poderes que conlleva la judicialización de la política y cómo se manifiesta:

³³²Fix, sin ambages, reconoce que la judicialización de la política encuentra en el boom de tribunales constitucionales, después de la II Guerra Mundial y en especial con los procesos de democratización de la década de 1980 de América Latina, un fuerte factor explicativo, ver: Fix (Héctor). *Judicialización de la política*, en: _____. *Justicia Constitucional Electoral*, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo VII, Morelia, 2002, pp. 7-10.

³³³Abunda Bachof: "... Nueva es (...) la función de control que nuestra Ley Fundamental ha otorgado al juez frente a los otros llamados Poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo; nueva, en todo caso, la extraordinaria extensión de tal función de control..." Bachof (Otto). *Jueces y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

³³⁴Fix Zamudio (Héctor). *La legitimación democrática del juez constitucional*, en: Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Molina Suárez (César). *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, Tomo I, Editorial UNAM, 2009, p. 159.

Gráfico 1: Judicialización de la política



Elaboración propia.

El desplazamiento al que hacen alusión los autores, puede concluirse, tiene fundamentalmente dos dimensiones. La primera dimensión, que se llamará institucional, ocurre cuando algunas de las decisiones de los otros poderes del estado pasan por el filtro del poder judicial. En esta dimensión habría que incluir los mecanismos que se crean, por ejemplo de justicia constitucional, a través de los cuales órganos estatales o partidos políticos pueden cuestionar decisiones de los otros poderes para que los jueces las examinen, y también las decisiones que obligatoriamente, por mandato constitucional o legal, han de pasar por un examen jurisdiccional. La segunda dimensión, que se llamará dimensión ciudadana, se da cuando las personas, individualmente o por medio de grupos organizados, objetan también decisiones del estado ante los jueces o cuando articulan sus intereses a través de demandas que llevan ante las cortes para que sean resueltas por la magistratura.

El activismo judicial, en cambio, atañe a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder

ejecutivo. Pese a no decirlo expresamente, Domingo pareciera entender que judicialización de la política y activismo judicial no son lo mismo. Describiendo lo primero apostilla: “... la judicialización de la política requiere además que los jueces estén dispuestos a ejercer un papel más activo en términos de las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones...”³³⁵. No es suficiente el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control en sus manos, ni articular un discurso legalista ante ellos. La judicialización de la política lleva a una redefinición de las relaciones entre los poderes; ahora bien, cómo influye en la sociedad, dependerá, amplía Domingo, de jueces independientes, receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un activismo judicial³³⁶.

Para Pásara la necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social es, en parte, lo que se llama activismo judicial. Según el profesor peruano una magistratura activista se expresa a través de tres formas (i) hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) expresa su preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto a través del diseño de políticas de estado que no han sido establecidas por el poder ejecutivo ni el poder legislativo³³⁷.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española activismo significa: “... dedicación intensa a una determinada línea de acción en la vida pública...”³³⁸. Las definiciones de activismo judicial citadas –Barak, Ventura, Cappelletti, Cruz, Bork, Guastini, Pásara, etc.-, haciendo a un lado los juicios de valor que cada autor puede evidenciar, expresan un rasgo genérico: la prevalencia del criterio de los jueces. No es si las funciones de los jueces aumentan formalmente es si los jueces pugnan por

³³⁵Domingo (Pilar). *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores*, en: Pásara (Luis) edr. *Los actores de la justicia latinoamericana*, Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 159.

³³⁶Domingo (Pilar). *El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México*, en: Palacio (Juan Manuel) y Candiotti (Magdalena) eds. *Jueces, políticos y derechos en América Latina*, Editorial Prometeo, Buenos Aires, 2007, p. 32.

³³⁷Pásara Pazos (Luis). “Estado de derecho y justicia en América Latina”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República, tomo 1, número 1, 2007, Lima, Perú, p. 320.

³³⁸En: www.rae.es consulta realizada el 15 de enero de 2012.

imponerse. El activismo judicial, apostilla Parodi, es un modo de proceder del juez³³⁹.

Todas las categorías que suelen citarse de activismo judicial, sostiene Young, tienen algo en común: “...each judicial behavior (...) tends to increase the importance and freedom of action of the court making the present decisión vis-à-vis the political branches, the Framers and ratifiers of the constitution, and the past and future courts...”³⁴⁰. Los jueces se colocan frente a los otros poderes estatales e intervienen. Esta intervención no estaría sujeta a la voluntad del legislador ni a la de las autoridades del ejecutivo, tampoco a la textualidad de una disposición normativa; ni siquiera a los precedentes jurisprudenciales de las propias cortes. La variedad de conductas que la doctrina ha denominado activismo judicial, sin embargo, dado los puntos en común, permite establecer una definición. Así, se propone en esta tesis el siguiente concepto de activismo judicial:

Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces -constitucionales- con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apearse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.

En línea con la definición anotada en el párrafo anterior, los jueces activistas son, dicho de la forma más simple, aquellos que determinan los alcances de las normas constitucionales estableciendo significados obligatorios o los que definen –

³³⁹Parodi Remón (Carlos). *¿Activismo o garantismo judicial?* en: Robles Garzón (Juan Antonio) y Ortells Ramos (Manuel) eds. *XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo II, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, p. 474.

³⁴⁰Young (Ernest). *Op. Cit.* p. 1161.

o redefinen- decisiones y políticas públicas diseñadas por los otros poderes del estado.

El núcleo esencial del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias a los otros brazos del estado. Incluso si se toman las definiciones de autores críticos con el activismo, como Cruz o Bork, el *quid* descansa precisamente en que, con base o sin ella, democrático o antidemocrático, con un robusto sustento jurídico o no, la visión judicial es la que prevalece a contramano de cualquier otra.

El activismo judicial varía según el comportamiento que asuma la judicatura. De ahí que suela hablarse de que las decisiones judiciales se mueven en un *continuum* que bascula entre el activismo y la deferencia –o la autorrestricción– hacia el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Uno u otro extremo podrán determinarse en la medida que los tribunales respalden con sus pronunciamientos las decisiones políticas de los demás poderes o, por el contrario, tomen derroteros distintos, separándose del criterio de las otras ramas del gobierno³⁴¹. Es lo que Tsebellis llamaría ejercicio de la capacidad de veto del poder judicial. Significa que para cambiar ciertas políticas se requiere de la concurrencia de un grupo de voluntades, esas voluntades son los jugadores de veto³⁴².

Algo que deviene importante aclarar es que, como bien apunta Ferejohn, “... las condiciones para los tribunales activos en la formulación de políticas no están

³⁴¹Courtis (Christian). *Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en: Ojesto (Fernando), Orozco (Jesús) y Vázquez (Rodolfo) eds. *Jueces y Política*, Editoria Porrúa-UNAM, México, 2005, p. 60.

³⁴²Los jugadores con veto varían de un sistema político a otro –en número, distancias ideológicas, cohesión, etc.– Tsebellis reconoce que los jueces constitucionales pueden actuar como jugadores con veto, aunque en su opinión la mayoría de las veces quedarían absorbidos por los otros jugadores en razón de los mecanismos de selección. Para el autor los sistemas para nominar a los magistrados de las altas cortes exigen por lo general –pone los ejemplos de Alemania, Italia y España– un consenso entre varios actores. Esto generará que las escogencias al final se ajusten a las expectativas de los órganos electores. Acepta que esto definitivamente no ocurrirá cuando los jugadores con veto se encuentren en posiciones ideológicas extremas o cuando surjan temas no considerados al momento de la elección. La aserción de Tsebellis ignora otros elementos que también deberían ser tomados en cuenta para determinar la capacidad de veto de las cortes como las garantías de independencia concedidas a los jueces, las competencias asignadas, etc. ver: Tsebellis (George). *Jugadores con veto: cómo funcionan las instituciones políticas*, Editorial FCE, México, 2006, pp. 2-4, 290-293.

relacionadas con las aspiraciones ideológicas de funcionarios públicos. Esto es, los tribunales que formulan políticas podrían desarrollar políticas más o menos liberales, dependiendo de condiciones estructurales externas y de la composición interna de la judicatura... ”³⁴³. El giro ideológico del activismo puede ser más o menos progresista o más o menos conservador; sin embargo lo definitorio de que una corte ejerza un desempeño activista depende de la imposición de la visión judicial a contrapelo de los demás poderes³⁴⁴.

Esta posición es compartida por Curtis para quien la relación dicotómica entre activismo y autorrestricción judicial describe el comportamiento de los tribunales frente al *statu quo*. Apunta: “...el análisis de la tendencia política manifestada por los tribunales dependerá de aquellos valores confirmados o revertidos con la actuación judicial, por acción o inacción. El mero análisis de la predisposición de los tribunales a interferir en las decisiones del proceso político o a modificar sus propios precedentes resulta entonces insuficiente como instrumento de análisis ideológico...”³⁴⁵. Más claro, todavía, es Barak cuando arguye que es un error identificar juez activista con juez progresista o juez restringido con juez conservador. Estas categorías, concluye, son apropiadas para evaluar el resultado final de la actividad judicial³⁴⁶.

³⁴³Ferejohn (John). *Op. Cit.* p. 14.

³⁴⁴Es por esto que un tribunal constitucional puede ejercer una posición activista, pero su sola creación no la aseguraría. A mayor abundamiento: “...es importante subrayar que aun cuando la mayor parte de los estados constitucionales han conferido a la judicatura regular o a tribunales constitucionales especiales el control de la constitucionalidad de las leyes, el número de países con un sistema efectivo de control judicial de la constitución es significativamente menor...” Couso (Javier). “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”... p. 36. Holland recuerda que hay países donde, como Suecia, existe el control judicial de la ley, pero se ha utilizado en contadas ocasiones, ver: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* pp. 2-3. Bajo la misma perspectiva Galapon abordando los poderes del juez advierte: “...El activismo empieza cuando entre muchas soluciones posibles la elección del juez se ve animada por el deseo de acelerar el cambio social o, por el contrario, de frenarlo...” Galapon (Antoine). *El poder inédito de los jueces*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Op. Cit.* p. 369. También Couso apostilla, analizando el caso chileno, que el activismo judicial no siempre implica reconocimiento de nuevos derechos, que para que ello ocurra se requerirá de la confluencia de varios factores. En algunos países las cortes podrían ser activistas en la perpetuación de las diferencias sociales, ver: Couso (Javier). *The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was*, en: Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan) eds. *Op. Cit.* pp. 105-131.

³⁴⁵Courtis (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales...* p. 411.

³⁴⁶Hasta la década de 1930 la Corte de Estados Unidos ejerció un papel activista y conservador lo que la llevó a anular iniciativas gubernamentales que pretendían ampliar el ámbito de derechos individuales. En cambio, la Corte Warren de los años de 1970 fue más bien activista liberal. En ambos

C.3 Relación entre judicialización y activismo judicial: una propuesta

Establecidos los conceptos de judicialización de la política y activismo judicial, y las diferencias entre ellos, debe decirse que el primero podría actuar como ocasión del activismo judicial. En otras palabras, que asignadas unas ciertas funciones de control o utilizadas las cortes como espacio para discutir algunos temas, por ejemplo por grupos de la sociedad civil, los jueces asuman un perfil activista.

La distinción es necesaria y útil en tanto permite calificar con mayor exactitud cómo es el desempeño de un tribunal. Cabría preguntarse si el proceso de transformación del modelo de judicatura, abordado en el capítulo primero, lleva a que los jueces sólo hayan recibido mayores facultades de control o a que hayan asumido efectivamente un papel más decisivo frente a los otros poderes del estado y en la defensa de los derechos fundamentales.

Una corte puede ser ejemplo de una alta judicialización de la política y ser poco activista. También podría darse el supuesto de que haya poca judicialización de la política y alto activismo judicial o bien poca judicialización de la política y poco activismo. Finalmente que se esté en presencia de una alta judicialización de la política y de un alto activismo judicial.

Sobre la base de la relación que puede establecerse entre la judicialización de la política y el activismo judicial se propone a continuación una tipología que describe cuatro perfiles de juez, como resultado de relacionar ambos fenómenos. Desde luego es una forma de simplificar la realidad, lo cual la hace discutible. Sin embargo, resulta útil porque permite visualizar cómo los procesos de judicialización unidos a una actitud receptiva de los jueces potencian el impacto del poder judicial en un sistema político.

casos se tienen dos tribunales con importantes niveles de activismo, pero con posiciones ideológicas claramente opuestas entre sí, ver: Barak (Aharon). *Op. Cit.* p. 265. Uprimny define dos tipos de activismo desde una perspectiva ideológica: innovador –cuando se trata de reconocer derechos que nunca han sido concedidos a ciertos grupos- o preservacionista -cuando se protegen derechos que han sido reconocidos en otros precedentes y que se ven amenazados por algunas fuerzas políticas, ver: Uprimny (Rodrigo). *The enforcement of social rights by the Colombian Court: Cases and Debates*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 143-146.

Tabla 2: Judicialización de la política y activismo judicial: tipología de perfiles del juez

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA	ACTIVISMO	ALTO	BAJO
ALTO		Juez Custodio	Juez Delegado
BAJO		Juez Interventor	Juez Gestor

Elaboración propia.

Juez Custodio: juez que se asume como parte del poder político, sus preferencias compiten con las de los otros actores y utiliza los mecanismos de control que le han sido concedidos para hacerlas prevalecer. La combinación de una actitud activa de cara a los otros poderes y las competencias formalmente asignadas amplía la influencia de los criterios judiciales.

Como señalan Guarnieri y Pederzoli, “...en una democracia constitucional el juez en ciertos casos se opone, e incluso debe oponerse, a las orientaciones dominantes en las instituciones político-representativas. De hecho el papel del juez es garantizar los derechos de los ciudadanos...”³⁴⁷. Su preminencia política aumentará en razón del poder que posea para intervenir.

Juez Delegado: juez que ha recibido el encargo de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos en la toma de decisiones de los otros poderes. Se limita a confirmar que esto ocurra y en algunas ocasiones se opone a las decisiones o las revierte.

³⁴⁷Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* pp. 69-70.

Domingo al examinar los procesos de judicialización de la política advierte, según se dijo en los párrafos previos, que junto a los controles que pueden dejarse en manos de los jueces, tendientes a revisar los actos de los otros poderes, o al uso de la sede judicial como lugar para discutir temas con trascendencia política y social, es necesario una actitud proactiva de los jueces³⁴⁸. En este sentido, el juez delegado reproduce algunas de las nociones tradicionales sobre su papel como aplicador de normas, aunque las competencias recibidas facilitan que haya momentos en los que se oponga al camino trazado por los otros poderes.

Juez Interventor: juez que procura espacios para intervenir en la toma de decisiones de los otros actores políticos, aunque formalmente no le hayan sido otorgados. Su intervención, cuando logra hacerlo, cuestiona y revierte las decisiones de los otros poderes.

Se trata, por ejemplo de lo que ocurrió, en Estados Unidos durante el proceso de formación de la república. Los jueces de la Corte Suprema decidieron que les correspondía a ellos ejercer un control de constitucionalidad sobre las normas que emanaban del Congreso. Esta potestad no fue conferida por los otros poderes, sino que *motu proprio* se entendió que los jueces estaban llamados a ejercer ciertos controles para garantizar la supremacía de la constitución política y de los valores fundamentales³⁴⁹.

Juez Gestor: juez tradicional y pasivo; sometido a la voluntad de los otros poderes, se abstiene de intervenir en los asuntos resueltos en otros espacios políticos porque entiende que su función social consiste en ser un aplicador de la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo.

Se corresponde con la figura histórica del juez, que queda encorsetada en el rigor del sistema legal, de allí no puede apartarse. Existe rechazo, cuando no horror, a cualquier desplazamiento, por minúsculo que sea, al terreno de lo metalegal. El

³⁴⁸Domingo (Pilar). *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores...* p. 159.

³⁴⁹Ginsburg (Tom). *Op. Cit.* p.92.

juez es un burócrata más que limita su participación en el funcionamiento de la democracia a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del estado³⁵⁰.

Se puede resumir la propuesta anterior indicando que el protagonismo de los jueces, en especial el de aquellos que son herederos del derecho continental europeo, estará alentada por la creación de mecanismos de control, como la justicia constitucional, sobre los actos de los otros órganos del estado. Este aspecto, aunque no es suficiente, representa una novedad si se recuerda que históricamente la judicatura estuvo relegada a resolver disputas que no involucraban al resto de agentes políticos ni a aportar soluciones para los asuntos con relevancia social. Otros factores explicativos acerca del activismo judicial serán revisados en el apartado E.

D. Activismo judicial: un concepto radial

Bien recuerda Couso que cuando se estudia el activismo de las cortes hay una pregunta fundamental por hacer: ¿sobre qué bases se formulan estos juicios? Presumiblemente, prosigue el profesor chileno, las conclusiones nacen de los resultados de investigadores que se sumergen en los contextos legales y políticos estudiados. A partir de allí es posible evaluar el desempeño de los tribunales. Empero, existe un problema insoslayable que debe ser conjurado; con frecuencia quienes diagnostican el comportamiento activista o deferente de la judicatura no explicitan los criterios que fueron utilizados para estos diagnósticos³⁵¹. Por lo dicho, es necesario establecer cuáles son los indicadores que permitirán definir cuándo se está en presencia de activismo judicial³⁵². Tomando como base la definición sugerida

³⁵⁰Autel Barros (José Luis). *Op. Cit.* pp. 303-305, 315.

³⁵¹Couso (Javier). *Consolidación democrática...* p. 39.

³⁵²Es lo que desde el punto de vista metodológico se denomina operacionalización de los conceptos. Una regla básica de cualquier investigación, incluidas las de las ciencias sociales, consiste en proporcionar la definición de los conceptos básicos que se han de utilizar. Es el camino que se sigue para simplificar y entender la complejidad de la realidad. La definición de un concepto obliga a seleccionar el objeto que se está estudiando e implica decidir qué propiedades de éste se van a investigar. Hay diferentes tipos de conceptos; muchos de ellos, por ejemplo por ser conceptos teóricos o con un alto grado de abstracción, no son observables directamente. Por ello es necesario proceder a operacionalizarlos para su observación o para su medición. Medición quiere decir establecer criterios para su observación y clasificación de acuerdo con la presencia o ausencia de las

en los párrafos anteriores, y apoyados en los desarrollos doctrinarios de varios de los autores consultados, es posible establecer una serie de supuestos según los cuales calificar a una sentencia como activista.

Una de las propuestas más conocidas es la de Epp que entiende que hay activismo judicial cuando las cortes generan una revolución de derechos. Dice el autor: “... *the Court had, essentially, proclaimed itself the guardian of the individual rights of the ordinary citizen. In the process, the Court created or expanded a host of new constitutional rights, among them virtually of the rights now regarded as essential to the constitution...*”³⁵³. En otros trabajos se ha considerado también, a tono con Epp, que es activista la resolución que crea o expande derechos que no estén expresamente contenidos en una norma jurídica³⁵⁴.

Cannon es otro que hace una aportación importante que merece ser considerada³⁵⁵. Sugiere seis dimensiones para medir el activismo judicial.

1. *Carácter mayoritario*: se refiere al grado en el que las decisiones tomadas en el proceso democrático por los poderes representativos son respetadas por las cortes o, por el contrario, si se revocan judicialmente.

2. *Estabilidad interpretativa*: tiene que ver con los cambios jurisprudenciales; para Cannon a más estabilidad menos activismo.

3. *Fidelidad interpretativa*: esta dimensión procura descubrir si las disposiciones legales se interpretan en forma literal o en un sentido distinto al que señalaron sus autores; a menos fidelidad más activismo judicial.

4. *Distinción entre decisiones sustantivas sobre una política pública y decisiones sobre las reglas del procedimiento democrático*: significa que las cortes al ejercer el

propiedades que contenga cada concepto. Con el proceso de operacionalización se eligen uno o varios indicadores para cada variable. Es a través de los indicadores que se pueden observar y medir las variables, allí reside su trascendencia metodológica para cualquier investigación, ver: Anduiza Perea (Eva), Crespo Martínez (Ismael) y Méndez Lago (Mónica). *Metodología de la ciencia política*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2009, pp. 38-49.

³⁵³Epp (Charles). *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 2.

³⁵⁴En similar sentido se pronuncia: Waltman (Jerold). *Judicial activism in England*, en: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 43.

³⁵⁵Cannon (Bradley) citado por Barak (Aharon). *Op. Cit.* p. 268-269.

control de constitucionalidad pueden definir el contenido de una política pública o pueden limitarse sólo a controlar que el proceso democrático deliberativo se haya respetado. Habrá más activismo judicial en la medida que se imponga un criterio sustantivo, sobre criterios procesales, con relación a la decisión examinada.

5. *Especificidad de la política*: el grado de precisión con el que los jueces deciden una política pública, no dejando margen de discrecionalidad para que otros agentes políticos decidan. A mayor especificidad mayor activismo.

6. *Existencia de otros órganos competentes para decidir*: las cortes sustituyen la decisión de otros poderes.

Barak critica la propuesta de Cannon. Reconoce que es un intento valioso porque busca operacionalizar un concepto polisémico, pero cree que es demasiado complicado y repetitivo. En su opinión, las dimensiones primera –carácter mayoritario-, cuarta -distinción entre aspectos sustantivos y procedimentales-, quinta –especificidad de una política pública- y sexta –existencia de órganos gubernamentales alternativos- se refieren a lo mismo³⁵⁶.

Courtis, en la misma línea, plantea algunas debilidades a los criterios de Cannon. También estima que entre las dimensiones cuarta, quinta y sexta hay mucha similitud. Para él, en todas ellas el *quid* es preguntarse si las decisiones de los otros poderes se mantienen o se revocan. Luego asevera que hay dimensiones, como la cuarta, que son aplicables al contexto específico de Estados Unidos, pero que difícilmente podrían trasladarse a países como los latinoamericanos³⁵⁷.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires, tomando como base a Cannon, ajusta las dimensiones y crea cinco indicadores, que afirma, se adaptan mejor a otros contextos. Estos indicadores son:

1. *Confirmación o contestación de los actos de los otros poderes*: consiste en la contestación o confirmación de actos de los poderes electivos o representativos, pero también de otros poderes públicos. La cuestión reside en saber si un tribunal revoca o declara conforme a derecho un acto de otro poder.

³⁵⁶Ídem, p. 269.

³⁵⁷Courtis (Christian). *Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales...* pp. 62-64.

2. *Estabilidad interpretativa*: igual que en la propuesta de Cannon, con este indicador se califica una decisión como activista si una corte modifica pronunciamientos e interpretaciones anteriores.

3. *Fidelidad interpretativa*: consiste en que los tribunales tomen decisiones que no están claramente sustentadas en un referente normativo, o cuando la variación del significado literal de la norma aplicada resulta evidente.

4. *Si la decisión es sobre el contenido o más bien sobre el procedimiento*: Para Courtis la distinción entre contenido y procedimiento da cuenta de un comportamiento activista no sólo cuando se limita a las reglas del juego democrático. El autor incluye aquí el respeto prioritario a cualquier procedimiento legal – por ejemplo formas de procedimiento administrativo, formas sacramentales, ritos, normas sobre competencia, procedimientos sobre aprobación de normas, etc.-. En este orden, más activista sería un tribunal en la medida que sus decisiones se funden especialmente en aspectos sustantivos y no procedimentales.

5. *Apego a las vinculaciones procesales*: el último de los indicadores de Courtis, afirma él mismo, está pensado particularmente para el contexto latinoamericano y se refiere al grado de apego por parte de los tribunales a las normas procesales que los regulan. En su opinión, un elemento a través del cual se expresa el activismo de los jueces radica, justamente, en la flexibilización de las normas procesales. De este modo, se pasarían por alto las limitaciones o constricciones formales para poder entrar a conocer los casos que suscitan el interés de los jueces³⁵⁸.

Efectivamente se considera que los indicadores de Cannon son repetitivos – sobre todo, como ya se ha visto el primero, el cuarto, el quinto y el sexto-. El reajuste de Courtis, sin embargo, también adolece de algunas debilidades.

Si, de acuerdo a la definición dada, activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces -constitucionales- con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de

³⁵⁸Courtis (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales...* pp. 392-394.

esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales; corresponde, entonces, establecer cuáles indicadores, tomando como base el diseño de Courtis, ayudarían a determinar cuándo se está frente a una sentencia activista. A continuación se señalará cada uno de ellos.

D.1 Primer indicador: Contestación de los actos de los otros poderes

Se utilizará como primer indicador de activismo judicial el que Courtis y Canon llaman “contestación de los actos de los otros poderes del estado”. Con él lo que interesa especialmente es que los jueces revierten, más allá de las razones jurídicas que puedan esgrimirse, los actos de los otros poderes. La postura de la judicatura prevalece frente a las demás³⁵⁹. Este posicionamiento, de cara a los otros actores políticos, asegura Young, es probablemente la forma más simple de comprender el activismo judicial. El ejemplo típico sería la anulación de leyes y de otras disposiciones jurídicas mediante el control judicial de las normas³⁶⁰.

D.2 Segundo indicador: Reconocimiento o expansión de derechos

Al delimitar los alcances de las normas jurídicas, se indica en la definición de activismo judicial seguida en esta tesis, los jueces pueden establecer significados que no se encuentran en la literalidad de aquellas. En trabajos como los de Epp se asocia activismo judicial con el reconocimiento o la expansión de derechos que no aparecen en la textualidad de un precepto normativo. Por esta razón, se considera oportuno incluir el “reconocimiento o expansión de derechos” como segundo indicador.

³⁵⁹Para Baum “... the striking down of a law as unconstitutional is the most dramatic and decisive way in which a court can involve itself in the governing process. It is also a good indicator of activism...” ver: Baum (Lawrence). *Op. Cit.* p. 327.

³⁶⁰Young (Ernest). *Op. Cit.* pp. 1145-1146.

D.3 Tercer indicador: Uso de sentencias interpretativas

Courtis, como Cannon, propone la estabilidad interpretativa como ejemplo de auto restricción judicial, es decir cuando hay pocos cambios jurisprudenciales se tendrá un tribunal deferente a los otros órganos del estado; sin embargo, en *strictu sensu*, las variaciones en los pronunciamientos anteriores sólo revelarían niveles de activismo cuando conlleve delimitar los alcances de derechos u orientar políticas públicas. Una corte no debería ser considerada activista si, por ejemplo, un giro en la jurisprudencia entraña, más bien, alinearse a la voluntad del legislativo o del ejecutivo. En virtud de lo anterior, se prescindirá de la estabilidad interpretativa como indicador de activismo judicial.

La fidelidad interpretativa, en cambio, puede ser útil. Con todo, conviene hacer algunas precisiones. Para Cannon y Courtis esta dimensión hace referencia a que los jueces hagan o no lecturas literales de las normas o de los actos que se someten a su escrutinio. Empero, atendiendo a las particularidades de las normas constitucionales, que se caracterizan por expresar valores y principios generales, sería altamente dificultoso esperar que la constitución ofrezca un articulado libre de vaguedades o ambigüedades, con lo cual, al analizar este tipo de disposiciones de la constitución, se podría caer en el error de concluir que no hay fidelidad interpretativa, sin más, cada vez que el juez las analice. Desde esta perspectiva es necesario buscar otro instrumento que permita concretar, todavía más, la idea de los autores citados.

Por lo dicho, se estima que será más adecuado, en lugar de hablar de fidelidad interpretativa, hacerlo de utilización de sentencias interpretativas o moduladoras, como dimensión de activismo judicial.

La sentencia constitucional, como la de cualquiera otra cosa clase de proceso, es el acto por medio del cual se finaliza el proceso; en este caso de control de constitucionalidad. Las sentencias pueden ser estimatorias o desestimatorias, las primeras acogen la demanda y las segundas la rechazan³⁶¹. No obstante, esta división es muy simple, pues, en la práctica, los tribunales constitucionales, muchas

³⁶¹Olano García (Hernán Alejandro). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, número, 108, diciembre, Bogotá, 2004, p. 575.

veces, no sólo se han limitado a acoger o a rechazar un recurso de inconstitucionalidad. Surgen así las llamadas sentencias interpretativas³⁶².

Las sentencias interpretativas son aquellas en las que un tribunal constitucional modula los efectos de una disposición normativa examinada. Sobre las sentencias interpretativas la doctrina constitucional ha apuntado: “... tienen un carácter estrictamente declarativo, que ha de ser entendido, además, en términos estimatorios. En atención a lo primero, la sentencia se limitaría a realizar una interpretación conforme a la constitución del enunciado legal y a desechar una u otras por su incompatibilidad con ella. ..”³⁶³. Son sentencias en las que se estima la demanda, pero no se expulsa del ordenamiento jurídico la norma cuestionada, sino que, a partir de un proceso hermenéutico, el juez constitucional echa mano a una serie de recursos interpretativos para, mediante ciertos ajustes, conservar la disposición normativa.

De acuerdo a Espinosa-Saldaña este tipo de sentencias se divide en dos categorías: sentencia interpretativa propiamente dicha y sentencia interpretativa-manipulativa³⁶⁴. La sentencia interpretativa propiamente dicha implica que entre varias interpretaciones posibles el juez constitucional se decanta por una y el resto lo juzga como inconstitucional. La sentencia interpretativa-manipulativa supone que el juez encuentra que dentro de la norma hay un contenido inconstitucional y, para resolver, decide incluir o excluir partes del texto en cuanto a su contenido o en cuanto a sus efectos temporales. El principal argumento que se esgrime para justificar este tipo de sentencias es la seguridad jurídica³⁶⁵. Se afirma que con el propósito de no crear un vacío legislativo el tribunal prefiere no anular la norma si es

³⁶²Sobre la aplicación que los tribunales constitucionales de Alemania, España y Francia han hecho de las sentencias interpretativas puede consultarse: Martínez Caballero (Alejandro). “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, volumen 2, número 1, Bogotá, 2000, pp. 17-20.

³⁶³Rubio Llorente (Francisco) y Jiménez Campo (Javier). *Op. Cit.* p. 131.

³⁶⁴Espinosa-Saldaña Barrera (Eloy). “Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana”, *Estudios Constitucionales*, noviembre, volumen 4, número 002, Santiago de Chile, 2006, p. 209.

³⁶⁵Olano García (Hernán Alejandro). *Op. Cit.* p. 576.

que una vez “manipulada” o “interpretada” puede ser entendida como conforme a la constitución política³⁶⁶.

La doctrina, profundizando en el tema, ha subdividido las sentencias manipulativas en cuatro subclases. Se habla de sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas y sentencias exhortativas:

1. Sentencias reductoras: son aquellas en las cuales el juez constitucional considera que una parte del texto es inconstitucional. La inconstitucionalidad es subsanada recortando el contenido normativo que el tribunal califica como irregular³⁶⁷.

2. Sentencias aditivas: en estas sentencias, por el contrario, se afirma que hay una omisión legislativa que obliga a agregar un supuesto a la norma para así alcanzar su constitucionalidad. El juez no anula la disposición acusada, pero añade un contenido que, en su opinión, la hace constitucional³⁶⁸.

3. Sentencias sustitutivas: en estas, de manera simultánea, se declara parcialmente la inconstitucionalidad de una norma, o de un apartado de una norma y, para cubrir el vacío normativo, se incorpora una modificación que produce una alteración en la literalidad original de la disposición acusada³⁶⁹.

4. Sentencias exhortativas: se dan cuando el tribunal constitucional emite una serie de recomendaciones para que, en un plazo determinado, se expidan

³⁶⁶Aclara Sagües que, cuando se habla de sentencias manipulativas, no se utiliza el verbo “manipular” con una connotación peyorativa, sino entendido como maniobrar u operar, ver: Sagües (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, número 2, año 4, Universidad de Talca, Chile, 2006, p. 192.

³⁶⁷Espinosa-Saldaña Barrera (Eloy). *Op. Cit.* p. 209. Sin embargo, debe aclararse que en cuanto a la nomenclatura no existe unanimidad. Por ejemplo, Martínez habla en términos generales de sentencias moduladoras y realiza, a partir de los pronunciamientos de diferentes tribunales constitucionales, una clasificación: sentencias (sólo) manipulativas cuando el juez elimina palabras de una norma; sentencias aditivas cuando se recurre a los contenidos de raigambre constitucional para incluir supuestos no contemplados en una norma, pues se considera que la regulación es insuficiente, sentencias moduladoras temporales cuando los tribunales constitucionales modulan los efectos de sus sentencias en el tiempo, siendo que definen el momento en el que la sentencia surtirá efectos, dándoles efectos sólo retroactivos o sólo a futuro, etc. ver: Martínez Caballero (Alejandro). *Tipos de sentencias*, en: _____, *La jurisdicción constitucional de Colombia*, Escuela Judicial, Bogotá, 2001, pp. 163-181, 383-407. Aquí se seguirá la nomenclatura referida en el texto principal, lo relevante es que el juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de la norma, no se limita a estimar o desestimar la demanda, sino que impone su criterio estableciendo cuál es la condición necesaria para justificar la constitucionalidad.

³⁶⁸Olano García (Hernán Alejandro). *Op. Cit.* p. 580.

³⁶⁹López Daza (Germán Alfonso). *Op. Cit.* pp. 176-183.

normas, o se realicen reformas de acuerdo a los criterios que establece la propia corte³⁷⁰.

Posiblemente el rasgo decisivo de las sentencias interpretativas –propriadamente dicha y manipulativa- es que se supera la creencia de que el juez constitucional actúa, en una visión kelseniana –aunque debe decirse que Kelsen admitía la modulación temporal de las providencias de los tribunales constitucionales- como legislador negativo. Es decir, que se limita a expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales³⁷¹.

Este indicador es más exacto para medir el activismo porque no se busca saber sólo si el juez hace lecturas textuales o se ampara en otros criterios, como descubrir cuál fue la intencionalidad del constituyente, algo de por sí casi imposible de descifrar³⁷²; sino constatar que el juez, cuando ejerce el control de constitucionalidad, declara una interpretación válida imponiendo su razonamiento, en forma definitiva, lo que incluso podría llevarlo a suprimir o adicionar algunos contenidos al acto examinado³⁷³.

Para Olano, las sentencias interpretativas son la muestra más contundente de activismo judicial de parte de un tribunal constitucional. Con ellas manifiesta, el juez constitucional, que su papel no es simplemente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico³⁷⁴. Las sentencias interpretativas, escribe Sagües, son ejemplo del activismo judicial que “...transforma a un órgano represor, “legislador negativo”, en un cuasi legislador activo...”³⁷⁵. A mayor abundamiento, apostilla Espinosa-Saldaña, las sentencias interpretativas han sido vistas como un desafío y

³⁷⁰Sagües (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”... p. 193.

³⁷¹Schmitt (Carl) y Kelsen (Hans). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución...* p. 314. y Sánchez Sánchez (Abraham). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, Bogotá, 2005, pp. 260-272.

³⁷²Gargarella (Roberto). *Op. Cit.* pp. 26-27.

³⁷³Puede también consultarse sobre el tema Martín de la Vega (Augusto). *La sentencia constitucional en Italia*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 389-408, en este trabajo, el profesor Martín hace un amplio análisis sobre la sentencia de la Corte Costituzionale uno de los primeros tribunales constitucionales en hacer uso de las sentencias interpretativas.

³⁷⁴Olano García (Hernán Alejandro). *Op. Cit.* p. 579.

³⁷⁵Sagües (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”... p. 201.

una intromisión en los ámbitos tradicionalmente reservados a los otros brazos estatales³⁷⁶.

Con este indicador se logra una mayor precisión que con la fidelidad interpretativa que formulan Curtis y Cannon. Evidentemente un tribunal constitucional que utilice las sentencias interpretativas, en sus diversas modalidades, no estará haciendo, y por mucho, una interpretación literal de las normas. Se considera que las sentencias interpretativas ofrecen un mejor marco referencial para situar cuándo una corte se aleja de una aplicación textual. Por esta razón el tercer indicador de activismo judicial propuesto será uso de sentencias interpretativas.

D.4 Cuarto indicador: Definición de políticas públicas

El siguiente indicador, a través del cual una sentencia judicial será categorizada como activista, es la definición de una política pública por parte del juez³⁷⁷. Es necesario precisar de qué manera se entenderá en la investigación el concepto política pública.

En los sistemas democráticos, recuerda Ferraro, el estado, y en particular la administración pública, está dirigido por autoridades que tienen la intención de “hacer algo”. Este “hacer algo” en términos ideales sería cumplir el programa con el que se ha ganado un proceso electoral³⁷⁸. Normalmente se asocia política pública con las estrategias u acciones que implementan los gobiernos en su quehacer cotidiano para dar respuesta a una gran variedad de áreas, problemas y situaciones³⁷⁹. La administración pública, continúa Ferraro, se constituye en el instrumento principal de la política pública. El profesor de la Universidad de Salamanca la conceptualiza como “... cualquier cosa que un gobierno decide hacer o

³⁷⁶Espinosa-Saldaña Barrera (Eloy). *Op. Cit.* p. 10.

³⁷⁷Barak (Aharon). *Op. Cit.* p. 268-269.

³⁷⁸Ferraro (Agustín). *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2009, p. 107.

³⁷⁹Massé Narváez (Carlos) y Sandoval Forero (Eduardo). *Políticas públicas y desarrollo municipal*, Colegio Mexiquense, México, 1994, p. 52.

dejar de hacer...”³⁸⁰. A la par pueden encontrarse otras definiciones de política pública. Por ejemplo Muller y Surel la explican como el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública. Meny y Thoening indican que se trata de un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad³⁸¹.

Aquí se entenderá simplemente como el conjunto de acciones o programas que el estado procura ejecutar para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc. De esta forma, habrá definición de una política pública, por parte de un tribunal, cuando en sentencia se ordene a los otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los jueces, tendientes a cubrir algunas de las necesidades de los ámbitos citados.

El ciclo de las políticas públicas, siguiendo a Ferraro, estaría compuesto por cuatro etapas: formación de agenda, decisión de políticas, puesta en práctica y evaluación. En la formación de agenda muchos actores sociales pueden intervenir, no sólo los políticos profesionales. El autor pone como ejemplo al juez que sentencia que una prisión no cumple las condiciones mínimas para garantizar un trato digno a los privados de libertad y ordena que se implemente un programa de renovación y ampliación³⁸². Al no perder de vista que tradicionalmente el juez estuvo ajeno a participar de la determinación de las políticas públicas, pues se aceptó que ello correspondía a otros actores, este indicador permitirá también colegir que una sentencia es activista.

D.5 Quinto indicador: Decisión ultrapetita

Las últimas dos dimensiones propuestas por Courtis -decisión sobre el contenido o sobre el procedimiento y apego a las vinculaciones procesales-aparte

³⁸⁰Ferraro (Agustín). *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica...* p. 107.

³⁸¹Salazar Vargas (Carlos). *Las políticas públicas*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, p. 50.

³⁸²Ferraro (Agustín). *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica...* p. 110.

de, para usar sus propias palabras, tener una suerte de parentesco³⁸³, presentan, al menos si lo que se está revisando es la producción jurisprudencial de los tribunales constitucionales, un problema adicional. Como se anotó, las constituciones están compuestas en buena medida de valores y principios, al interpretar las normas a la luz del parámetro de legitimidad constitucional, sería muy frecuente encontrar referencia a aspectos sustantivos, a principios y valores, aunque esto no pueda reputarse como activismo *per se* según la definición que aquí se sigue. Por ello se excluirán los indicadores cuatro y cinco de la proposición de Courtis.

No obstante, si el objetivo es fijar la atención en la importancia que tiene para un juez ceñirse a las formas y ver en ellas límites infranqueables para pronunciarse sobre aquello que concite su interés, puede entenderse también que una sentencia es activista cuando dentro del proceso el juez no se restringe a las pretensiones de las partes, llegando, incluso, a gestionar pruebas o a decidir más allá de lo solicitado por los intervinientes³⁸⁴.

Hay claramente una forma de activismo judicial, apunta Pásara, cuando el juez resuelve más de lo que le ha sido planteado³⁸⁵. Es la vieja causal civilista de nulidad “*ultra petita*”, que aparece normalizada en ciertas decisiones de los tribunales. Al juez no sólo le importa aplicar la ley, sino, además, hacer justicia. Por eso debe interesarse en asuntos que sobrepasan los términos que le han sido sometidos a su conocimiento. En procesos de control de constitucionalidad, un ejemplo sería cuando una corte al resolver no se resigna a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuestionada, sino que extiende su declaratoria a otras, relacionadas, pero que no se encontraban dentro de las peticiones ni argumentaciones del recurrente.

En definitiva, los indicadores que se proponen para categorizar a una sentencia activista son los siguientes:

1. Contestación de los actos de los otros poderes.

³⁸³Courtis (Christian). *Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales...* p. 62.

³⁸⁴Parodi Remón (Carlos). *Op. Cit.* pp. 473-474.

³⁸⁵Pásara Pazos (Luis). “Estado de derecho y justicia en América Latina” p. 320.

2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.
3. Utilización de sentencias interpretativas.
4. Definición o redefinición de una política pública.
5. Decisión ultra petita

Resumiendo, respecto al protagonismo judicial, que apunta la literatura especializada, se encuentran dos fenómenos distintos, aunque no es infrecuente que se les de un tratamiento similar. Por un lado, está la judicialización de la política y por el otro, el activismo judicial. Se dirá que hay judicialización de la política si a un órgano judicial se le han dado prerrogativas de control sobre las decisiones de los otros poderes públicos o cuando las cortes son buscadas para dirimir conflictos que antes se resolvían en el ámbito de los otros órganos estatales. El activismo judicial es un tipo de comportamiento del juez.

La operacionalización del concepto activismo judicial puede sintetizarse diciendo que una decisión judicial es activista cuando contesta los actos de los poderes, reconoce o expande derechos, utiliza sentencias interpretativas para que prevalezca una forma de entender las normas, cuando define una política pública –o corrige u orienta la de algún órgano estatal- o si al resolver no se limita al criterio de las partes sino que, por contrario, toma decisiones.

Sin embargo, hay que aclarar que estas dimensiones no forman un núcleo, en su conjunto, de condiciones necesarias. Cada una por sí sola es suficiente para juzgar una sentencia como activista. Esto es así porque, al referir los indicadores un comportamiento de la judicatura, dirigido a imponerse sobre los otros poderes, sobre sus iniciativas y criterios, cada uno tiene la vocación de expresar el fenómeno.

Desde este punto de vista se estaría ante lo que Collier y Mahon denominan un concepto radial³⁸⁶. Los conceptos radiales, en oposición a los conceptos clásicos, no poseen un núcleo invariable y rígido de características indispensables. Para efectos de un análisis empírico podrían faltar una o más características que se incluyen en la definición paradigmática. En el planteamiento teórico del concepto

³⁸⁶Collier (David) and Mahon (James). "Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis", *American Political Science Review* 87/4, diciembre, 1993, pp. 845-855.

activismo judicial se trenzan cinco elementos –contestación de los actos de los otros poderes, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas, utilización de sentencias interpretativas y definición, redefinición de una política pública o decisión ultrapetita-.

No obstante, al realizar una revisión empírica, uno o algunos de ellos podrían no estar presentes lo cual, de ningún modo, sería obstáculo para considerar que haya activismo judicial³⁸⁷. A manera de ejemplo, una sentencia sería activista si define una política pública aunque no anule una decisión del poder ejecutivo. O bien, si en una resolución un tribunal indica que la única interpretación constitucionalmente válida de un precepto normativo es la que él dispone, excluyendo cualquiera otra, esa sentencia también deberá calificarse como activista, aunque al tiempo no se reconozcan nuevos derechos o se conceda más de lo solicitado por un demandante.

E. Activismo judicial y factores explicativos

La función judicial se concibe como el conjunto de expectativas, valores y actitudes acerca de cómo se comportan los jueces³⁸⁸. Según lo visto en los apartados precedentes el activismo judicial expresa una forma particular de comportamiento de la judicatura. Ahora bien, resulta oportuno, llegados a este punto, indagar sobre cuáles podrían ser las causas del activismo judicial. La incidencia de la justicia en el aparato político del estado depende de una serie de

³⁸⁷Un ejemplo para ilustrar al concepto radial es una tarta de cumpleaños la cual se reconoce como tal aunque le falte una rebanada. Concepto clásico sería democracia. De acuerdo a Dahl la democracia debe poseer ocho condiciones -libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y finalmente instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación-. Si faltase una de esas condiciones no podría ya hablarse de democracia, cada condición es imprescindible que esté presente, ver: Dahl (Robert) *Op. Cit.* p.15. Un concepto radial, en cambio, es *accountability* horizontal que supone la existencia de un deber de dar información, justificar ciertos actos y/o recibir sanciones en caso de conductas impropias. Con sólo que se de uno de esos tres supuestos se podría hablar de formas de rendición de cuentas, ver: Schedler (Andreas), Diamond (Larry) y Plattner (Marc). *Conceptualizing Accountability, "The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999, pp. 13–28.

³⁸⁸Bobbio (Norberto) y Matteucci (Nicola). *Op. Cit.* pp. 1514-1522.

variables³⁸⁹. Los factores explicativos del activismo judicial, ha dicho la doctrina, obligan a considerar elementos, tanto del sistema judicial, como del sistema político³⁹⁰.

E.1 Sistema político

Siguiendo a Tate y Vallinder³⁹¹, puede decirse que las condiciones facilitadoras de la expansión judicial son seis: que haya democracia, que se acepte la división de poderes como principio estatal, la existencia de una política de derechos, la organización de grupos de la sociedad civil, la delegación de temas conflictivos a los jueces, el uso de las cortes por parte de la oposición y el desprestigio de otras instituciones públicas. A continuación se examinará cada una con mayor detalle.

Democracia: aunque precisamente se critica la intervención judicial por quebrantar los principios democráticos de la mayoría y la representación popular, los autores consideran improbable que el empoderamiento de los jueces pudiese granjearse en un sistema dictatorial o autoritario. Es necesario que exista una estructura democrática que permita la inclusión de diferentes voces en el ejercicio del poder³⁹².

Separación de poderes: dada la existencia de un régimen democrático se requiere también como condición constitucional la separación de poderes. La separación de poderes y la independencia de los jueces facilitan que se coloquen en una posición desde la cual influir en la toma de las decisiones políticas. Esta condición no es suficiente, porque no puede perderse de vista que tradicionalmente

³⁸⁹Guarnieri (Carlo) and Pederzoli (Patricia). *The power of judges: a comparative study of courts and democracy...* pp. 76-78.

³⁹⁰En este trabajo se utilizarán los conceptos de sistema político y sistema judicial de Bobbio y Matteucci. Sistema político: se refiere a cualquier conjunto de instituciones, de grupos y de procesos políticos caracterizados por un cierto grado de interdependencia recíproca. Sistema Judicial: es un complejo de estructuras, procedimientos y roles mediante el cual el sistema político –del cual es un subsistema- satisface una necesidad –dilucidar controversias- sobre la base de la aplicación de normas reconocidas por la sociedad-, Bobbio (Norberto) y Matteucci (Nicola). *Op. Cit.* pp. 1514-1528.

³⁹¹Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* pp. 28-32, 506.

³⁹²Nohlen utiliza el término estado de derecho y prevalencia de un orden constitucional en vez de democracia. Con ambas visiones lo se busca establecer es que el empoderamiento judicial se puede dar sólo en un régimen donde se acepten las reglas democráticas y se privilegie como eje del funcionamiento público el principio del *rule of law*, en: Nohlen (Dieter). *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y consolidación democrática*, Suprema Corte de la Nación, México, 2007, p. 25.

los jueces, en la perspectiva clásica de Montesquieu, según se expuso en el capítulo primero, fueron situados en una posición limitada a aplicar mecánicamente las normas jurídicas. La división de poderes facilita, pero no basta para la expansión del poder judicial³⁹³.

Como apunta Dalla Via, un modelo de control en manos de la judicatura se legitima en la medida en que se ha creado y consolidado un sistema de división de poderes. Los jueces ejercen determinadas funciones en un marco de competencias asignadas a cada órgano estatal³⁹⁴.

Política de derechos: contar con una carta de derechos fundamentales. Esta condición facilita aunque no es suficiente para que se de el activismo judicial. Igualmente Cappelletti³⁹⁵ advierte que la proclamación de un catálogo de derechos fundamentales elevados al nivel del derecho constitucional y a veces vinculados por legislación internacional favorece el activismo judicial³⁹⁶.

Inevitablemente, una corte investida de la tarea de interpretar la constitución se encuentra en el dilema de dar significado a los valores que ella recoge –una tarea *per se* altamente creativa- o ignorar el núcleo central de los textos constitucionales que incluyen un catálogo de derechos fundamentales que deben ser protegidos frente al poder público. Pareciera, además, casi forzoso que en los países en los que se ha creado alguna forma de justicia constitucional termine prevaleciendo la primera alternativa, no obstante existan límites a las actuaciones del poder judicial³⁹⁷.

³⁹³Shapiro (Martin) and Stone Sweet (Alec). *Op. Cit.* pp. 148-149.

³⁹⁴Dalla Via (Alberto). *Op. Cit.* p. 64.

³⁹⁵Cappelletti (Mauro). *The judicial process in comparative perspective*, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 186.

³⁹⁶Ferreres apostilla que entre más vaga y cubierta de principios filosóficos sea una constitución más habrá que decir y más tendrán que interpretar los jueces, ver: Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial...* Holland pone como ejemplo el caso canadiense donde, asegura, luego de aprobada en 1982 la Charter of Rights and Freedoms la Corte Suprema dio un giro, y paso de tener una postura muy pasiva a una postura muy activa, ver: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 8.

³⁹⁷Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori...* p. 51, 57-59. Dice el autor que las normas constitucionales “...sono normalmente redatti in forma più breve, più sintetica e allusiva delle leggi ordinarie, e i loro precetti sono spesso formulati in termini di valore: libertà, dignità, uguaglianza, democrazia, giustizia...” Ídem, p. 57. La actividad creativa del juez se potenciaría si se considera que, a diferencia por ejemplo de Estados Unidos, las constituciones políticas actuales aunque conservan la proclamación de

Grupos organizados que hagan uso de las cortes: los procesos judiciales se vuelven una alternativa efectiva a la que ciertos grupos han recurrido para lograr el reconocimiento de derechos o intereses no reconocidos a través de otros canales. Incluso de derechos que apenas aparecen conectados expresamente con los contenidos del texto constitucional³⁹⁸.

Utilización de las cortes por parte de la oposición: tomando como ejemplo el caso francés –en el que el *Conseil Constitutionnel* conoce de previo los cuestionamientos de constitucionalidad de los proyectos de ley- al autor estima que el activismo judicial también se potencia cuando en los parlamentos los partidos de oposición, recurren ante los tribunales, aquellos proyectos en los que están en desacuerdo y sobre todo en los que es posible no obtener la mayoría legislativa para rechazarlo³⁹⁹.

Una idea similar es defendida por Ferejohn para quien una causa es lo que él llama la creciente fragmentación del poder político, más propia, además, de sistemas presidencialistas⁴⁰⁰. Su planteamiento consiste en que los tribunales tendrán una mayor posibilidad de acción cuando las ramas políticas estén divididas para tomar decisiones con efectividad. En esos supuestos la formulación de políticas se desplazará hacia instituciones que puedan resolverlas efectivamente⁴⁰¹.

Delegación en las cortes de decisiones polémicas: a veces, dice el autor, ciertas decisiones –como el aborto, reformas en la educación o la salud- que generan conflictividad social son evadidas por los poderes ejecutivo y legislativo

principios generales han regulado más ámbitos e incluido amplias gamas de derechos, ver: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo). *Desafíos y retos del canon neconstitucional*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *Op. Cit.* pp. 11-12.

³⁹⁸Un trabajo sobre las implicaciones que la movilización de diversos grupos organizados han tenido en las cortes latinoamericanas en: Domingo (Pilar). *Novel Appropriations of the Law in the Pursuit of Political and Social Change in Latin America*, en: Couso (Javier), Huneeus (Alexandra) y Sieder (Rachel), eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 268-269.

³⁹⁹En igual sentido: Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* p. 6.

⁴⁰⁰Ferejohn (John). *Op. Cit.* p. 29.

⁴⁰¹Landau estima que aparte de la fragmentariedad, la existencia de sistemas de partidos políticos pocos institucionalizados ofrecen también pocas posibilidades de que los congresos se conviertan en espacios para el debate y la articulación de las demandas ciudadanas, lo cual favorecería la actuación en la toma de decisiones del poder judicial, ver: Landau (David). *Op. Cit.* p. 330.

para que sean tomadas por las cortes y evitar así los costes políticos que pueden generar⁴⁰².

Percepción negativa de otras instituciones mayoritarias y percepción positiva de las cortes⁴⁰³. Para América Latina, es difícil aceptar este planteamiento considerando que históricamente los sistemas de justicia han compartido con los otros poderes una baja popularidad. Los ciudadanos, en general, expresan también poca confianza en las instituciones judiciales⁴⁰⁴.

A mayor abundamiento, en el Latinobarómetro del año 2010 el poder judicial fue la institución en la que menos se confió en la región. Las personas entrevistadas dijeron sentir mayor confianza en el poder legislativo o, principalmente, en el poder ejecutivo que en los tribunales. La tendencia, niveles de confianza que oscilan entre el 25 y el 30 por ciento, se mantiene casi invariable, según este estudio, desde los últimos 20 años⁴⁰⁵.

Para Sieder y otros, en el caso latinoamericano más que una percepción positiva de las cortes, que claramente no existe, lo que se podría aceptar es que hay una fuerte cultura legalista que estimulada por modificaciones, sobre todo en los canales de acceso a los procesos judiciales, hace que la relación costo-beneficio de acudir a los tribunales pueda ser vista como ventajosa⁴⁰⁶. Sobre la importancia de los medios de acceder a los jueces y a los procesos se ahondará más adelante.

⁴⁰²Tal como se muestra en el gráfico 1 estos tres últimos factores –grupos organizados acuden a las cortes, la oposición o los partidos políticos buscan en los jueces un mecanismo para bloquear las decisiones mayoritarias y delegación de decisiones políticas a los tribunales- corresponderían al concepto de judicialización de la política. Lo anterior confirma la posición defendida de que la judicialización de la política puede actuar como una variable independiente del activismo judicial.

⁴⁰³Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 10.

⁴⁰⁴Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* p. 7. De Sousa Santos y García Villegas consideran que la expansión del poder judicial obedece a fallas en elementos de la democracia y del estado de bienestar, por esto se ha ido dando un desplazamiento de funciones y competencias de las ramas legislativa y ejecutiva a la judicial. Para De Sousa y García, en todo ello hay algo de paradójico: “...el hecho mismo de que se haya dado tal desplazamiento es, por sí mismo, extraordinario e intrigante. Después de todo, el sistema judicial es parte del Estado y, como tal, debería ser considerado como parte del problema y no como parte de la solución...” De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 186. De la misma manera, como se comentó en el capítulo primero, Rubio Llorente apunta que los tribunales constitucionales son parte de democracias débiles y quebradizas, ver: Rubio Llorente. *Seis tesis sobre jurisdicción constitucional...*

⁴⁰⁵En: www.asepsa.org/latinobarometro/LATBD_INFORME%20LATINOBAROMETRO%202010.pdf consulta realizada 10 de febrero de 2012.

⁴⁰⁶Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* pp. 11-16.

El sistema político, para retomar el planteamiento de Guarnieri y Pederzoli, puede influir en cuanto los otros actores intenten recortar competencias de la judicatura y tengan capacidad para hacerlo “... *la administración de justicia mantiene continuamente relaciones con el sistema político y la propia sociedad y cuanto más importancia política llega a tener tanto más se convertirá en objeto de presión política. Los intereses se verán impulsados a aprovechar todos los instrumentos a su alcance y, en primer lugar, a recorrer los canales institucionales –o sea la posibilidad de influir sobre la justicia o sobre la magistratura- que les ofrece el sistema institucional...*”⁴⁰⁷. Los autores recuerdan algo repetido varias veces a lo largo de esta tesis. Aunque en Europa continental, y en los países herederos de su cultura jurídica, se propugnó el principio de separación de poderes hubo una clara prevalencia del legislativo. Bajo esta perspectiva es posible que en un determinado momento se intente controlar al poder judicial a través del recorte de competencias. Lo medular es saber si los otros actores del sistema político pueden ponerse de acuerdo para lograrlo.

También influye el sistema político al diseñar un tribunal y especialmente cuando se le asignan sus funciones. Recuerda Sagües, hablando de los tribunales constitucionales, que éstos no se crean así mismos. Son los partidos políticos los que en el seno de una asamblea legislativa, u otros actores políticos con poder reglamentario, trazan los rasgos definitorios de una corte constitucional en términos competenciales. Para el autor, el diseño normativo establecido desde el sistema político, es decisivo para que la judicatura se comporte en una determinada línea⁴⁰⁸.

Se ha dicho que el activismo estará influenciado, también, según se esté en presencia de una democracia mayoritaria o de una democracia consensual⁴⁰⁹. En el

⁴⁰⁷Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 142.

⁴⁰⁸Sagües (Néstor). *Reflexiones sobre las variables de éxito y de fracaso de un tribunal constitucional*, Escuela Judicial, Colombia, 2001, pp.55-56.

⁴⁰⁹Sobre los conceptos de democracia consensual y democracia mayoritaria puede decirse que la primera tiene las siguientes características: división del poder ejecutivo en gabinetes de coalición, equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo, sistemas multipartidistas, representación proporcional, bicameralismo fuerte, rigidez constitucional y revisión judicial. De otro lado la democracia mayoritaria se definiría por: concentración del ejecutivo en un solo partido, sistema bipartidista, sistemas electorales mayoritarios, flexibilidad constitucional y ausencia de revisión judicial. Sin embargo debe recordarse que estas clasificaciones posiblemente respondan a otro momento histórico. Cuando autores como Liphart utilizaron esta categorización la democracia estaba fuertemente vinculada a lo que entonces se denominaba democracias consociativas, que eran

primer caso como las decisiones las toman las mayorías y los poderes ejecutivos son fuertes y eficaces la judicatura será mucho más discreta -hay excepciones, por ejemplo Holanda, un caso de democracia consensual en el que los jueces han tenido poco peso en las decisiones políticas⁴¹⁰.

E.2 Sistema judicial

Otros autores, como los profesores italianos Guarnieri y Pederzoli, afirman que el nivel de implicación de los jueces en asuntos de orden político responde también a causas propias del mismo sistema judicial⁴¹¹. Para empezar, las garantías de independencia judicial, se ha escrito, son condición necesaria, pero no suficiente para que los jueces intervengan políticamente y ejerzan un rol más activo de cara a los otros poderes del estado⁴¹². Para Vásquez “... el poder judicial se concibe así como contrapeso (...) en una instancia facilitadora de la rendiciones de cuentas horizontal, una garantía del derecho frente a la política y una función de equilibrio entre los poderes del estado...”⁴¹³. Para que ello sea posible la independencia judicial se convierte en condición básica.

Dentro de los elementos de la variable sistema judicial otro que ha de considerarse es el origen de los jueces. Resulta esencial evaluar quiénes administran la justicia, es decir los jueces. Esto incluye profundizar en formación, mecanismos de

aquellas democracias que tenían representación proporcional y se regían por consensos dado que poseían grupos étnicos muy distintos en el territorio. No obstante, hay casos en los que esas democracias han mostrado tendencia a las crisis políticas porque las diferencias pueden ser profundamente difíciles de solucionar. Un buen ejemplo que demuestra lo anterior es Bélgica. Además resulta dudoso que esta clasificación pueda extrapolarse a otros contextos distintos a Europa. Al respecto pueden consultarse: Liphart (Arend). *Op. Cit.* pp. 22-32, 43-52 y Morlino (Leonardo). *Democracia y democratizaciones*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009, pp. 14-28.

⁴¹⁰Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 141.

⁴¹¹Guarnieri (Carlo) and Pederzoli (Patricia). *The power of judges...* pp. 78-182.

⁴¹²Así se pronuncian: Ferejohn (John), Rosenbluth (Frances) y Shipan (Charles). *Comparative Judicial Politics*, en: Boix (Charles) y Stokes (Susan) eds. *The Oxford Handbook of comparative politics*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 727-752; Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 72; Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 8; Epp (Charles). *Op. Cit.* p. 2 y Gloppen (Siri). *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework...* pp. 46-54.

⁴¹³Vásquez (Rodolfo). *Op. Cit.* p. 386.

reclutamiento y garantías de estabilidad⁴¹⁴. Guarnieri y Pederzoli definen además tres dimensiones: estructura, acceso y poderes del juez. En la estructura incluyen dos indicadores: la esfera de decisión otorgada al juez, entre más incisiva y protagónica más será su relevancia política, y la fragmentariedad institucional, la cual significa que entre más divididos funcionalmente estén los tribunales más se esteriliza políticamente la justicia.

Respecto a la segunda dimensión, acceso, Guarnieri y Pederzoli recuerdan que como, a diferencia de otros funcionarios, los jueces no pueden delegar justicia, deben resolver todos los asuntos que se presentan a su conocimiento “... por esta razón el recurso al juez se considera como un importante instrumento de participación en el proceso político...”⁴¹⁵. El acceso se vincula a dos indicadores: cultura jurídica, la relación entre el derecho y los ciudadanos, y oferta de justicia que significa alternativas dadas a las partes en litigio y costes y recursos disponibles para activar la maquinaria judicial⁴¹⁶.

En cuanto a los poderes del juez habría que empezar por determinar cuál es la posición del juez dentro del proceso⁴¹⁷. Si el abordaje se centra en el juez

⁴¹⁴Como se vio en el capítulo primero, las relaciones que se establecen con los otros actores políticos varían en función de los caminos de acceso. La diferencia, se afirmó, entre los jueces de la familia del *common law* y el *civil law* también puede considerarse un factor explicativo de un mayor o menor activismo judicial, ver: Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 8. Sin embargo, como apunta Helmke, las diferencias hoy son mucho más porosas porque los cambios de los que se hizo una amplia exposición en ese capítulo han supuesto un alejamiento de aquella clásica división. A los jueces de tradiciones distintas a la anglosajona se les fueron encomendando nuevas tareas y, aunque como se dijo allí mismo, no sería correcto extrapolar estos cambios a la magistratura en general, sí, sin lugar a controversias, a la aparición dentro de la judicatura de jueces como los constitucionales con funciones hasta hace poco desconocidas. Afirma la autora citada, refiriéndose al caso latinoamericano: “... At the same time, however, it may be that the cultural differences between the ideal-typical civil law judge and the common law judge are overdrawn. The legal systems of late twentieth- and early twenty-first-century Latin America should be viewed as hybrids, sharing features of both the civil law and common law systems. Many Latin American justices enjoy – at least on paper – formal institutional guarantees identical to their U.S. counterparts. And most Latin American high courts have long established the power of judicial review...” Helmke (Gretchen). *Courts under Constraints: judges, generals and presidents in Argentina*, Cambridge University, Cambridge, 2005, p.31.

⁴¹⁵Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 72.

⁴¹⁶Guarnieri (Carlo) and Pederzoli (Patricia). *The power of judges* pp. 98-106, señalan, por ejemplo, que esto fue lo que sucedió en Estados Unidos en la década de los sesenta, época que, como se ha mencionado anteriormente, se distingue por el reconocimiento de derechos civiles a grupos históricamente vulnerables. En parte, ello se relaciona con la desarticulación de ciertas barreras de acceso, ver: Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 76-94.

⁴¹⁷Ídem, pp. 104-113. Esto se puede ver con mucha claridad, por ejemplo, al presentar los típicos sistemas procesales inquisitorial y acusatorio. Aunque se trate de unos modelos aplicables a otros

constitucional, Guarnieri y Pederzoli advierten que resulta esencial conocer qué otras funciones, aparte del solo control de constitucionalidad de la ley, les ha sido encomendadas. Para estos autores también influye si el modelo es concentrado o difuso.

En su criterio, los jueces, globalmente considerados, pierden protagonismo en el primero porque –como es usual en los países de tradición europeo-continental afirman- se fragmenta el ejercicio del poder⁴¹⁸, aunque reconocen que la existencia o no del control *a priori* y del control abstracto potenciaría un rol más fuerte del juez⁴¹⁹: “...así pues, los jueces continentales participan en el control de constitucionalidad de manera comparativamente limitada respecto a los americanos, al ser tal función sustancialmente monopolizada por los tribunales *ad hoc*...”⁴²⁰. Guarnieri y Pederzoli, pese a reconocer la importancia de valorar los tipos de control de constitucionalidad, llevarían razón si la pregunta es quiénes tienen más protagonismo, al menos históricamente, los jueces del *civil law* o sus pares del *common law*. La cuestión varía si lo que se busca responder es qué tipo de jurisdicción constitucional exhibe mayor protagonismo.

A diferencia de los profesores italianos, Ferreres hace un análisis del diseño de los tribunales constitucionales del modelo europeo en el que concluye, que tenderán a ser más protagónicos que los tribunales del modelo difuso⁴²¹. Sustenta su conclusión en varias características que poseen los tribunales concentrados⁴²².

procesos lo interesante es que se evidencia que en el diseño institucional de un proceso judicial caben distintas alternativas de donde situar al juez. Mientras en el primero la figura del juez se exalta en el segundo sobresale la posición de las partes. Sobre el tema puede consultarse: Solórzano Garavito (Carlos). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, pp. 41-58.

⁴¹⁸Para Holland, en esta misma dirección “... *this bifurcation of responsibility between the ordinary and administrative tribunals tends to deprive the judges presiding over criminal and civil trials of opportunities to exercise judicial review over the vast bulk of governmental decision-making...*” Holland (Kenneth). *Op. Cit.* p. 8.

⁴¹⁹Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* pp. 119-121.

⁴²⁰Ídem, p. 122.

⁴²¹Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial...* Lo mismo en: Alivitazos (Nicos). *Judges and veto players*, en: Döring (Herbert) edr. *Parliaments and majority rule in Western Europe*, Saint Martin Press, 1995, pp. 571-578.

⁴²²Estas características fueron expuestas en el capítulo primero apartado C.2. En síntesis ellas son: dificultad de aplicar la evitación de los asuntos constitucionales, ausencia de casuismo minimalista,

Todo lo anotado conduce al profesor de la Universidad Pompeu Fabra a defender una serie de conclusiones muy interesantes. Para él las características de los tribunales constitucionales hacen que sean activistas y poco deferentes con el legislador. Si un órgano se crea exclusivamente para controlar la constitucionalidad de la ley asumir una actitud en exceso pasiva, o complaciente con el legislador, le resta autoridad⁴²³. Necesita verse como un actor influyente y decisivo⁴²⁴. La visibilidad de un tribunal constitucional es comparativamente más alta⁴²⁵. De Sousa Santos y García Villegas acuerpan el planteamiento de Ferreres, y dan un paso más, al asegurar que el protagonismo judicial del que se viene hablando, cada vez con más frecuencia, en distintos países se debe primordialmente a la actividad de las cortes constitucionales⁴²⁶.

Una posición similar es defendida por Linares. Analizando el tema de la legitimidad democrática de los modelos de justicia constitucional la objeción democrática, dice el profesor argentino, es mayor para los sistemas de control concentrado porque su capacidad de judicializar la política aumenta. Su argumento

dificultad de evitar argumentos constitucionales recurriendo a argumentos de mera legalidad y dificultad de evitar cuestiones de inconstitucionalidad.

⁴²³Bouzat (Gabriel). *El control constitucional: un estudio comparado*, en: _____, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad...* pp. 70-73.

⁴²⁴Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial...*

⁴²⁵La alta visibilidad que poseen, según Ferreres, obedece a varias razones: al ser un único tribunal el que declara la invalidez de una ley la atención, de los partidos políticos y de la opinión pública, se centra en él. El tribunal del modelo concentrado se dedica, al menos en principio, a cuestiones abstractas, mientras tanto, en los modelos difusos muchas veces no es así. El tribunal constitucional adquiere un mayor grado de expectación, su exposición como órgano especializado en un tema de enormes implicaciones políticas y sociales aumenta. Como hay órganos, públicos al igual que el tribunal constitucional, legitimados para recurrir, el interés de los medios de comunicación aumenta y la exposición del tribunal constitucional también. La visibilidad es peligrosa, acaba el autor afirmando que los tribunales entre menos visibles más apoyo reciben. Si bien la visibilidad implica riesgos –como la “invisibilidad”– el impacto que ella genere en la población dependerá de factores más complejos –espacios deliberativos a lo interno del tribunal, valoración académica de las sentencias, calidad del servicio, atención a los usuarios, etc. en: Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial...* La aserción del profesor Ferreres es simplista. Partir de que a menor visibilidad hay mayor apoyo implica, no podría ser de modo distinto, un menosprecio a la vinculación de los ciudadanos con las instituciones y una visión deformada y elitista de la democracia, en la que unos actúan y otros no se involucran ni requieren ser tomados en cuenta. La idea en el fondo es que el poder no se ejerce en representación realmente de nadie. La visibilidad, en cualquier institución democrática, es esencial. No necesariamente por las particulares características de los tribunales constitucionales y la forma en como la visibilidad se manifiesta en ellos, más sí como expresión de la transparencia, elemento crucial de cualquier democracia.

⁴²⁶De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 189.

es el siguiente: mientras en un modelo de justicia constitucional difuso las leyes llegan al tribunal supremo luego de agotar todas las etapas procesales y recursivas ordinarias, lo que hace que pueda pasar mucho tiempo desde que una ley se apruebe antes de ser discutida su constitucionalidad en sede judicial; en el modelo de justicia constitucional concentrado, en cambio, el control al ser abstracto puede ejercerse casi de inmediato. Esta diferencia hace que la posibilidad de judicialización de leyes contemporáneas se dispare en los sistemas de justicia constitucional concentrados⁴²⁷.

Para cerrar la enumeración de los factores explicativos reseñados por la literatura hay que mencionar las condiciones personales del juez. Para que las cortes respondan y asuman una actitud activista frente a ciertas circunstancias, podrían influir, aparte de los aspectos institucionales, políticos o legales, otros elementos vinculados a la personalidad del juzgador⁴²⁸. Para Gloppen dentro de estos elementos pueden considerarse el origen socioeconómico, el tipo de formación profesional recibida y la sensibilidad para abordar ciertos temas⁴²⁹. No puede olvidarse, recuerda Posner, que los jueces responden a intereses, aspiraciones y deseos como cualquier otra persona con lo cual estos rasgos personales también podrán influir en el desempeño jurisdiccional⁴³⁰.

F. Expansión judicial: ¿buena o mala?

Habiéndose descrito en qué consiste la expansión del poder judicial las preguntas que surgen son ¿cómo debe ser valorado un involucramiento más activo de la judicatura en la toma de decisiones del estado? Es necesario, con vista en un fenómeno que se ha dado en distintas latitudes, evaluar si esto genera ventajas, o no, en el funcionamiento de las democracias donde se ha estado produciendo.

⁴²⁷Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial...* p. 157.

⁴²⁸Domingo (Pilar). *El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México...* p. 32.

⁴²⁹Gloppen (Siri). *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework...* p. 51.

⁴³⁰Posner (Richard). *Op. Cit.* p. 22. Sobre análisis del comportamiento judicial desde diferentes visiones de la psicología puede verse en: Baum (Lawrence). *The puzzle of judicial behavior*, University of Michigan Press, Estados Unidos, 2005, pp. 131-150.

El abordaje adquiere mayor importancia si se recuerda que en muchos países, incluyendo, según algunos autores citados en este capítulo, a varios latinoamericanos, la aproximación a los poderes judiciales por su mayor relevancia se comenzó a dar luego de que se atravesara por procesos de democratización. Recuerda Herrero que “...el florecimiento de procesos democráticos concitó la atención de los académicos, que comenzaron a interesarse por los distintos actores involucrados tanto en los periodos transicionales como en las etapas de consolidación de los nuevos sistemas de gobierno...”⁴³¹. En otras palabras, que el desempeño judicial, y en especial lo tocante a los temas de la judicialización de la política y del activismo judicial, han de examinarse a la luz del impacto que esto, que supone una transformación en el modelo tradicional del juez, ha generado en las democracias. Esto lleva al análisis de lo que han hecho los jueces.

Simplificando al máximo es oportuno, llegados a este punto de la investigación, preguntar: ¿es buena o mala la expansión judicial en los términos esbozados en los capítulos primero y segundo?

Para De Sousa Santos y García Villegas la expansión judicial no es intrínsecamente buena o mala, para ellos debe ser analizada en función de sus “...méritos sustantivos...”⁴³². Incluso señalan casos que atestiguan que momentos de activismo se destacaron por su conservadurismo desde el punto de vista político –Estados Unidos y el conflicto con Roosevelt, Alemania y los dobles criterios con los que se juzgaba en la República de Weimar la violencia según proviniera de la extrema derecha o de la extrema izquierda o Chile y la oposición de la Corte Suprema a las políticas socialdemócratas del gobierno de Allende-⁴³³.

Tate y Vallinder concluyen su trabajo sobre la expansión judicial inquiriendo si ella es “good thing” y si no lo fuera qué se puede hacer y cuáles son las alternativas. Podría decirse que se está frente a una paradoja. Cuando las cortes evitan la tiranía de las mayorías o protegen a grupos desaventajados o los derechos fundamentales hay, en general, una cierta unanimidad, respecto a la importancia y a la conveniencia

⁴³¹Herrero (Alvaro). *La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino*, Revista Política, vol. 49, n° 1, Chile, 2011, p. 74.

⁴³²De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 199.

⁴³³Ídem.

que se actúe así; sin embargo el problema de hasta tanto dónde debilita la regla democrática se mantiene sin solución, y entonces aquí aparecen los reparos⁴³⁴.

En efecto, no todos los estudiosos sobre democracia revelan entusiasmo en relación al fortalecimiento del protagonismo judicial. Cuando se cuestiona la incursión de los jueces en ciertos temas que antes atañían a los poderes representativos o cuando se sugiere que con algunas intervenciones el poder judicial invade terrenos que corresponden a los otros, en su favor, se esgrimen varias críticas. La primera, y más grande de ellas, sobre la que ya se ha insistido, es la del origen no popular de la magistratura.

Para Gargarella y otros, el problema reside en una equivocada concepción de democracia; por eso, como se dijo al iniciar este capítulo, proponen una visión de democracia deliberativa en la que los jueces promuevan una actitud dialógica con los otros poderes del estado⁴³⁵. Teniendo como respaldo lo expresado en este capítulo es importante aceptar que las democracias contemporáneas presentan una relación cada vez más estrecha entre magistratura y otros órganos políticos. El principal riesgo que anotan los profesores Guarnieri y Pederzoli es que “...la judicialización tiende a suprimir la decisión política, aparentemente a favor del derecho...”⁴³⁶. Lo anterior significa que con la judicialización se puede erosionar la responsabilidad política que ya no la tendrían las autoridades elegidas “...the judicialization of politics means giving more power to those who cannot easily be replaced...”⁴³⁷.

No puede, en todo caso, pasarse por alto que “...in democracies, answer are not so easy to come by. Judicialization does not result from an organized conspiracy – indeed, it does not result from any single factor is easily controlled-...”⁴³⁸. Hay que reconocer que en una democracia constitucional no hay una solución óptima⁴³⁹. Lo crucial aquí es que por un lado, la protección de las garantías de independencia e

⁴³⁴Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 527.

⁴³⁵Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 261-262.

⁴³⁶Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* p. 169.

⁴³⁷Guarnieri (Carlo) and Pederzoli (Patrizia). *The power of judges...* p. 187.

⁴³⁸Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn). *Op. Cit.* p. 527.

⁴³⁹Guarnieri (Carlo). *Op. Cit.* p. 44.

imparcialidad judiciales debe reforzarse en una democracia, aún más cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

De otro lado, debe procurarse la protección de las instituciones representativas, no como un objetivo que se agota en sí mismo, sino por las responsabilidades que estas indefectiblemente poseen, junto a la judicatura, en el desempeño de una democracia. La tensión entre la creatividad judicial y el debilitamiento de los poderes representativos es un peligro permanente en la búsqueda del punto medio⁴⁴⁰. La relación entre jueces y ambiente político en esta nueva dinámica a la que se asiste es compleja.

Para Couso la introducción de procesos de expansión judicial -cuando la judicatura se convierte en una arena política más de disputas- “...introduce incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan al poder judicial...”⁴⁴¹. Por ello, estima inexcusable que existan las condiciones que aseguren la independencia judicial. De lo contrario, afirma, podría estarse frente al aprieto de que “...en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia...”⁴⁴².

Lo anterior no impide tampoco que se establezcan límites a la acción judicial. Ni mucho menos sobredimensionar las posibilidades y los alcances de la magistratura. De cualquier modo, como adelanta Pásara, no puede perderse de vista que ni la inacción ni la ineptitud de legisladores y gobiernos pueden ser remediadas por jueces activistas⁴⁴³. Hay, además, debilidades propias del sistema judicial que obligan a renunciar a la idea de que sólo allí se podrán encontrar las soluciones para las demandas ciudadanas. Igual que se advirtieron las ventajas que ofrece el aparato de justicia para admitir su involucramiento en la resolución de asuntos públicos, también pueden encontrarse desventajas⁴⁴⁴.

Cappelletti apunta varias que podrían denominarse estructurales: para el ciudadano es difícil conocer todo el derecho judicial, pues este no se codifica ni es

⁴⁴⁰Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* p. 138.

⁴⁴¹Couso (Javier). *Consolidación democrática...* pp. 45-46.

⁴⁴²Ídem, p. 46.

⁴⁴³Pásara Pazos (Luis). “Estado de derecho y justicia en América Latina”... p. 320.

⁴⁴⁴Ver acápite A.2.

de fácil acceso, los jueces no tienen todos los elementos para conocer qué es lo que se necesita y cuáles son los costes políticos, sociales, económicos de una decisión, además, agrega, los jueces y los abogados han demostrado ser un gremio excesivamente conservador⁴⁴⁵. Es decir, por más que se obtengan resultados positivos las estructuras judiciales no pueden dar respuesta a todo, pues existen cotos internos, de por sí, que limitan su radio de acción. Los jueces no son suficientes para que una democracia sea exitosa.

El estudio de las relaciones entre instituciones judiciales, política y transformación social, avanza Gargarella, Domingo y Roux, está aún en etapas preliminares, pero es oportuno tener claro que el aporte de las cortes es limitado. Resultados más visibles serán factibles en la medida que junto al poder judicial estén involucrados –aparte de estructuras de pesos y contrapesos liberadas de prejuicios y asfixiantes ropajes teóricos- los otros poderes del estado⁴⁴⁶.

Con Guarnieri y Pederzoli puede decirse que el fortalecimiento del poder judicial es un aspecto positivo por el mayor blindaje que reciben las garantías y los derechos de las personas tutelados en textos normativos. Empero, como apostillan los profesores de la Universidad de Bologna, también es verdad que su expansión debe gestarse sin que ello conduzca a un desequilibrio del sistema político, asegurando las dos bases de una democracia constitucional “...*garantizar los derechos de los ciudadanos, y por lo tanto limitar cada poder político, y asegurar la soberanía popular...*”⁴⁴⁷.

Posiblemente lo mejor sea aceptar que no se encontrará una medida definitiva que zanje el tema. Posiblemente también convenga admitir que las relaciones entre los actores políticos son dinámicas con lo cual resulta imperativo examinar cada caso nacional, en su momento, en concreto. Aspirar a respuestas únicas que resuelvan teóricamente acontecimientos que se desarrollan en una realidad

⁴⁴⁵Cappelletti (Mauro). *Giudici legislatori?*... pp. 72-82.

⁴⁴⁶Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Op. Cit.* pp. 272-274.

⁴⁴⁷Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patricia). *Los jueces y la política...* p. 27.

compleja y multifacética por una amplia gama de variables se convierte en una ingenuidad⁴⁴⁸.

Regresando a De Sousa y García, se debe concluir que la judicialización de la política o el activismo judicial, no son en sí mismos buenos o malos. Oportunas son, en este línea, las palabras de Vásquez cuando plantea que el debate acerca de cómo se deben establecer las relaciones entre justicia y otros agentes políticos, “... se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento vs. una visión apocalíptica de la jurisdicción; o el parlamento convertido en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos vs. el ideal de juez imparcial e incorrupto...”⁴⁴⁹. El examen requiere de una profunda verificación empírica para poder arribar, como apunta Couso, a un pronunciamiento tajante acerca del impacto de la expansión del poder de los jueces en la democracia, o mejor aún, en democracias concretas⁴⁵⁰.

Los jueces –y desde los luego los jueces constitucionales- son actores políticos y es a partir de esta premisa que debe construirse el marco que permita, tanto describir de una forma completa lo que sucede en un contexto específico, como explicar, del mismo modo, las consecuencias que de él se derivan. Hay que estudiarlo en muchas dimensiones y yendo más allá de las norma jurídicas.

No es difícil encontrar, en suma, argumentos que justifiquen o ataquen la expansión judicial, con Bachof hay que decir que “...los juicios al respecto comprenden desde una adhesión entusiasta hasta una repulsa violenta...”⁴⁵¹. Por eso a la pregunta es ¿buena o mala? la respuesta ha de ser, depende⁴⁵². Caer en la tentación de buscar conclusiones generales, pero abstractas, es perfectamente posible; sin embargo, al obviar el marco fáctico que se pretende describir, el resultado carecerá de un componente imprescindible para calificar con mayor exactitud la cuestión. Dicho por Cappelletti: “... *The mighty problem (...) cannot be solved by means of purely speculative, abstract solutions valid for any place and time.*”

⁴⁴⁸Rogowski (Ralf) y Gawron (Thomas). *Constitutional Courts in comparison*, Berghahn Books, New York, p. 2002, p. 14.

⁴⁴⁹Vásquez (Rodolfo). *Op. Cit.* p. 388.

⁴⁵⁰Couso (Javier). *Consolidación democrática.* p. 46.

⁴⁵¹Bachof (Otto). *Jueces y Constitución...* p. 27.

⁴⁵²Baum (Lawrence). *American Courts...* p. 331.

*Indeed there are not such universal solutions; and surely a page of realistic comparative analysis can be more worthy than many books of such abstract speculations...*⁴⁵³.

G. Corte Constitucional de Colombia y Sala Constitucional de Costa Rica: protagonismo judicial latinoamericano

Cuando se estudia el funcionamiento de la justicia en América Latina con muchísima frecuencia se encuentran autores que, con un robusto sustento empírico, relatan las debilidades, las falencias y la inoperancia que, en general, puede endilgársele a los aparatos judiciales de la región⁴⁵⁴.

Del mismo modo, en su relación con la política, es un lugar común topar con afirmaciones en el sentido de que es necesario profundizar en casos concretos a fin de que se puedan determinar con precisión los alcances de la expansión del poder judicial en las últimas décadas, aunque, al menos preliminarmente, podrían calificarse como dispares entre los distintos países⁴⁵⁵.

En lo que existe consenso es en que en aquel proceso dos cortes han despuntado, convirtiéndose en referente de que algo ha ido cambiando en la implicación de la judicatura en la solución de diferentes temas. Son la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica. En el capítulo cuarto se hará un estudio exhaustivo de estos tribunales en cuanto a su estructura y competencias en materia de control de constitucionalidad. De paso se presentará una síntesis de las valoraciones que se han hecho sobre el impacto que han tenido. Sin embargo, se estima conveniente, al hilo de los conceptos desarrollados, hacer

⁴⁵³Cappelletti (Mauro). *The judicial process...* p. 206.

⁴⁵⁴Sieder (Rachel). “Renegociando la ley y el orden: reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *Revista América Latina Hoy*, volumen 35, Salamanca, 2003, pp. 61-86; Skaar (Elin). “Un análisis de las reformas judiciales de Argentina, Chile y Uruguay”, *Revista América Latina Hoy*, volumen 34, Salamanca, 2003, pp. 147-186; Correa (Jorge). *Op. Cit.* p. 259 y Pásara (Luis). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina...* pp.515-516.

⁴⁵⁵Helmke (Gretchen) y Ríos-Figueroa (Julio). *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 1-27; Couso (Javier), Huneus (Alexandra) y Sieder (Rachel). *Op. Cit.* pp. 3-25 y Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). *Op. Cit.* pp.9-10.

una breve introducción acerca de cómo estos tribunales han sido citados reiteradamente como ejemplos regionales de expansión judicial.

Herdegen asevera que ambos han exhibido desde su creación un perfil tan alto que no es posible encontrar un protagonismo judicial similar, pues se trata de dos casos sin precedentes en América Latina⁴⁵⁶. Para Ferraro, que desarrolla una dura crítica a la justicia constitucional de la región, la cual califica de deficiente y dependiente del poder, llegando a asegurar que su contribución a la consolidación democrática ha sido exigua, reconoce que ha habido excepciones, como la Corte Constitucional de Colombia que califica como un “buen tribunal constitucional”⁴⁵⁷. Carbonell va más allá y considera que su jurisprudencia, no sólo es “buena” sino que es la mejor de entre cualquier otro país latinoamericano⁴⁵⁸.

Wilson se pregunta por las causas que expliquen que estos dos tribunales situados dentro de una tradición jurídica y de una región caracterizadas por más de un siglo de inactividad judicial y de cortes indiferentes a los mandatos constitucionales de protección de derechos y de control sobre el ejercicio del poder del estado, hayan dado un giro de tan grandes dimensiones⁴⁵⁹. Para el autor la centralidad en la vida social y política que tienen la Sala y la Corte Constitucionales obliga a que se pueda hablar, siguiendo el planteamiento de Epp, de una revolución de derechos fraguada en este espacio judicial⁴⁶⁰. Ansolabehere opina que se está frente a dos tribunales paradigmáticos⁴⁶¹.

De su parte, Quesada refiere que la cámara colombiana se distingue por su “... alto grado de activismo...”⁴⁶² y la costarricense por ser “... una de las más activas

⁴⁵⁶Herdegen (Matthias). *Op. Cit.* pp. 66-67.

⁴⁵⁷Ferraro (Agustín). *El censor de la democracia: Problemas de legitimidad en la justicia constitucional en América Latina...* pp. 235-237.

⁴⁵⁸Carbonell (Miguel). *Teoría del neoconstitucionalismo...* p. 11. En otra obra Carbonell indica que la Sala Constitucional de Costa Rica ha demostrado “... la pertinencia de los jueces constitucionales...” ver: Carbonell (Miguel). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis...* p. 156.

⁴⁵⁹Wilson (Bruce). “Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Cost Rica and Colombia”, *Journal of Politics in Latin America*, 1, 2, GIGA, pp. 60-61.

⁴⁶⁰Ver apartado D.

⁴⁶¹Ansolabehere (Karina). *More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico*, en: Couso (Javier), Huneeus (Alexandra) y Sieder (Rachel) eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 80.

⁴⁶²Quesada Alpizar (Tomás). *Op. Cit* pp. 156-157.

e influyentes de América Latina...”⁴⁶³. Landau comenta que la corte sudamericana llegó a convertirse en una de las más poderosas y creativas del mundo⁴⁶⁴. En un sentido similar, Rodríguez menciona que la sala centroamericana tiene poderes que no se igualarían casi a los de ningún otro tribunal constitucional⁴⁶⁵.

Couso se muestra escéptico respecto de un mayor empoderamiento judicial en países con democracias, como las latinoamericanas, que revelan aún debilidades institucionales significativas. Para él, el problema principal reside en esperar resultados de aparatos de justicia que han estado, con demasiada frecuencia, a merced de los vaivenes políticos. No obstante, cuando particulariza algunas experiencias, subraya que “...existen unos pocos casos exitosos, como los de Colombia y Costa Rica, en que los órganos de control constitucional han exhibido niveles importantes de activismo, sin haber sido luego intervenidos por el poder político...”⁴⁶⁶.

De cara a los ciudadanos, Boscán destaca que, en la tendencia creciente de utilizar a la magistratura como arena de combate donde se debaten temas importantes para ciertos grupos, los tribunales citados muestran una actividad notable. Se respalda en datos sobre el número de asuntos que conocen. El autor indica que en el caso de Costa Rica mientras en 1989 se tramitaron poco menos de 400 expedientes en el año 2001, la cifra subió a cerca de 13 000.

En Colombia, en tanto, en el año 1992 se registraron alrededor de 70 sumarios y esa cantidad se elevó a casi 400 en 2001⁴⁶⁷. A tono con Boscán arguye Domingo, para ella el nacimiento de la Sala y de la Corte significó la creación de un espacio de presión social para que las personas obligaran al estado a cumplir con sus compromisos y a respetar los derechos contenidos en los textos constitucionales⁴⁶⁸.

⁴⁶³Ídem.

⁴⁶⁴Landau (David). *Op. Cit.* p. 343.

⁴⁶⁵Rodríguez (Juan Carlos). *Entre curules y estrados: la consulta preceptiva de reforma constitucional en Costa Rica*, Editorial Investigaciones Jurídica SA, San José, 2002, p. 15.

⁴⁶⁶Couso (Javier). *Consolidación democrática...* p. 77.

⁴⁶⁷Boscán Carrasquero (Gullermo). *Op. Cit.* p. 77. En los capítulos cuarto y quinto se verá que esa tendencia creciente se ha mantenido con posterioridad.

⁴⁶⁸Domingo (Pilar). *Novel Appropriations of the Law in the Pursuit of Political and Social Change in Latin America...* p. 272.

Llega a asegurar que estas cortes son los ejemplos más radicales de judicialización de la política en la región⁴⁶⁹.

En definitiva, tribunales buenos, activistas, paradigmáticos, influyentes, revolucionarios, radicales y poderosos. Estos son parte de los adjetivos que se han colocado sobre la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica. Tomando en consideración las precisiones conceptuales establecidas en los apartados previos interesa, en adelante, profundizar en estas cámaras con el propósito de definir cuáles son realmente las notas distintivas que pueden atribuirse a su desempeño institucional. En los capítulos siguientes el trabajo se abocará a una descripción minuciosa de los tribunales, en lo tocante sobre todo al control de constitucionalidad, y a un análisis de la jurisprudencia producida de acuerdo con los criterios metodológicos que serán expuestos allí.

Conclusión

En el segundo capítulo se ha profundizado en los conceptos medulares sobre los que descansa esta investigación. Se continúa así el camino del primer capítulo en el que se introdujo el proceso de transformación en el que en las últimas décadas se ha visto inmersa la judicatura en distintas partes del mundo. En este capítulo se hicieron las precisiones conceptuales que se han estimado más relevantes en función de aquella modificación sobre el perfil de los jueces.

Tomando como punto de partida un trabajo de Owen Fiss fueron descritas las consecuencias que se generan de una participación más activa de los jueces en el entramado democrático. El juez estructural, para echar mano de la terminología del profesor norteamericano, brinda la imagen de un actor que trasciende el espacio aislado y distante en el que el poder judicial fue colocado por muchísimo tiempo. El juez estructural se involucra transversalmente en la sociedad y recurre a distintos mecanismos para impactarla. Pero esta implicación ha debido sortear cuestionamientos, principalmente en el orden teórico, para los que la doctrina aún no logra ponerse de acuerdo. Se ha acusado a la magistratura de un déficit

⁴⁶⁹Domingo (Pilar). *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores*, en: *Los actores de la justicia latinoamericana...* p. 159.

democrático que obligaría a constreñirla o, en última instancia, a devolverla al lugar donde ha estado parapetada por siglos, al menos aquella que comparte la tradición europea continental. Pero al mismo tiempo se han reconocido las ventajas que ofrece proteger los derechos fundamentales y limitar un ejercicio abusivo del poder. El dilema continúa sin una solución unánime y no se ha intentado, tampoco, resolverlo en esta investigación.

Lo que sí se ha buscado es hacer una propuesta conceptual que se deriva del mayor protagonismo de las cortes. Aunque el poder judicial estadounidense suele mencionarse como el ejemplo más conocido e incluso paradigmático de una fuerte presencia de los jueces en la vida social y política, el caso norteamericano responde a causas particulares difícilmente extrapolables a otras regiones. Insistir en este punto no es cosa baladí, porque plantea la necesidad de que se diseñen propuestas teóricas alternativas que puedan ajustarse a otros contextos.

Por esta razón se ha creído pertinente, sobre la base de los desarrollos teóricos consultados, determinar los rasgos definitorios de los dos principales conceptos que se han ido instalando en las ciencias sociales con la expansión judicial: judicialización de la política y activismo judicial. Se dijo que estos, pese a integrar un mismo fenómeno, el crecimiento del protagonismo de los jueces, poseen sendas características que los diferencian. Cada uno expresa atributos particulares que ayudan a describir con mayor precisión el comportamiento de los jueces. En este último aspecto se afina la relevancia de establecer la distinción que se ha hecho en las páginas precedentes.

En el acápite final se hizo una breve reflexión acerca de los tribunales que ocuparán el estudio en el resto de la investigación. La Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica han sido citadas reiteradamente como un ejemplo de que en América Latina la expansión de los jueces también es un proceso que ha estado presente. En los restantes capítulos se ahondará en ellas y se utilizarán las nociones analíticas propuestas a fin de clarificar cuál ha sido el aporte de ambas cámaras y dónde descansa su importancia.

Capítulo III: Contexto de los tribunales constitucionales examinados

“...En las buenas conciencias de Europa, y a veces también en las malas, han irrumpido desde entonces con más ímpetus que nunca las noticias fantasmales de la América Latina, esa patria inmensa de hombres alucinados y mujeres históricas, cuya terquedad sin fin se confunde con la leyenda. No hemos tenido un instante de sosiego...”

(Gabriel García Márquez, Discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982).

El activismo de la justicia constitucional, se anotaba en el capítulo precedente, ha sido un concepto vinculado muy especialmente al desempeño de los tribunales estadounidenses. Luego, se fue generando un mayor interés por relacionarlo con el trabajo de algunas cortes europeas. Pero, el abordaje del activismo de la justicia constitucional en relación con otros países, como los latinoamericanos, ha sido bastante menor.

El establecimiento de tribunales constitucionales en América Latina, a partir de la década de 1970 y 1980, coincide con el auge que ellos tuvieron en la Europa de la postguerra y, más importante aún, si se quiere como causa endógena, con el advenimiento de una serie de sucesos políticos ocurridos durante ese periodo. Se decía en el capítulo primero que, de acuerdo a Sieder, Schjolden y Anguell, el afianzamiento de la justicia constitucional latinoamericana se dio en cuatro escenarios distintos. Primero, en países en transición de regímenes autoritarios a democráticos –Brasil, Chile, Perú y México-. Segundo, en países en democracia que fueron golpeados por profundos conflictos políticos o sociales –Venezuela o Colombia-. Tercero, en países con momentos constitucionales fuertes –Colombia, Brasil y Argentina-. Finalmente, en países que hicieron algunas innovaciones constitucionales –México y Costa Rica⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan). Op. Cit. pp. 9 -10.

Es muy poco lo que se ha estudiado en cuanto no sólo el impacto que han tenido los tribunales constitucionales –el tema, en cualquier caso, más significativo- en latitudes distintas a Europa y Estados Unidos, sino simplemente a la forma en la que éstos han sido organizados. Conviene entonces, dentro de esta perspectiva, ir ajustando el estudio a una revisión que permita un acercamiento a cómo han funcionado otros tribunales constitucionales distintos a los europeos o a la Corte Suprema estadounidense⁴⁷¹.

A partir de este tercer capítulo se profundizará en los aspectos esenciales de los dos tribunales constitucionales analizados en esta tesis: la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia, cuando ejercen el control constitucional de las normas. El estudio obliga a describir tanto su diseño institucional –aspecto reservado al capítulo cuarto- como el producto jurídico que han ofrecido a lo largo de sus poco más de veinte años de existencia –esto será desarrollado en el capítulo quinto-.

Como fue repetido varias veces en el capítulo anterior, un estudio sobre instituciones jurídicas debe tomar en cuenta también las particularidades en las que aquellas se desarrollan⁴⁷². Siendo que cualquier institución actúa en un contexto específico, se propone describir brevemente las cuestiones contextuales que se han estimado más relevantes para comprender de qué forma la Sala Constitucional y la Corte Constitucional se han insertado en sus respectivos países.

Para entender el funcionamiento de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica, es preciso esbozar los principales rasgos distintivos de los entornos en los que estos dos tribunales se encuentran. Así, en el tercer capítulo se enhebrarán algunos aspectos que contribuyan a establecer una mayor comprensión acerca del contexto histórico y político y del modelo de judicatura imperante en ambos países. Si el activismo judicial atiende a un tipo de relación entre los jueces de cara a la ciudadanía y a los otros brazos del estado resulta imperativo considerar esos elementos al menos, como se hará aquí, someramente.

⁴⁷¹Landau (David). *Op. Cit.* pp. 319-377.

⁴⁷²Ver apartado B. del capítulo segundo.

Es evidente que no sería posible hacer un estudio exhaustivo sobre los países, el cual, de cualquier modo, superaría con creces los objetivos de la investigación. Sólo se hará referencia a lo que se considera más significativo a fin de alcanzar un mejor entendimiento sobre el tejido político y judicial en el que se han engrazado las cortes constitucionales examinadas.

Colombia y Costa Rica tienen tribunales constitucionales similares, en su estructura, a los tribunales constitucionales del modelo concentrado⁴⁷³. Sin embargo, la realidad de estos países no se corresponde con la de los europeos. Este factor no puede ser desdeñado. Es preciso no perder de vista que muchos de los conceptos políticos y jurídicos que se utilizan en América Latina –como soberanía, estado de derecho, *rule of law*, etc.- son un producto europeo; muy distinto al de las antiguas colonias ibéricas. Lo que hoy se denomina estado moderno es fruto de una forma de organización específica que logró consolidarse en Europa sobre la base de un sustrato social, también, propio⁴⁷⁴.

En el siglo XVI el estado se impuso a otras fuerzas sociales emergentes - señores feudales y gamonales que también pugaban por detentar el poder-. Entre los siglos XVII y XVIII la burguesía impone una democratización al estado. Por último, entre finales del siglo XIX y principios del XX se busca mediante el reconocimiento de algunos derechos fundamentales alcanzar una cierta igualdad material entre las distintas clases sociales. Pero, insístase una vez más, esta fue la historia de Europa, no la de América Latina⁴⁷⁵.

En el caso de los estados latinoamericanos muchos factores condicionaron que el desarrollo siguiera el mismo esquema⁴⁷⁶. Desde funcionarios que utilizaron el poder para satisfacer intereses personales o corporativos hasta luchas militares internas, imposiciones y control formal de potencias externas y partidos políticos

⁴⁷³Ver capítulo cuarto sobre la justicia constitucional de ambos países.

⁴⁷⁴García Villegas (Mauricio). *Jueces sin Estado*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008, pp. 19-20.

⁴⁷⁵Tilly (Charles). *Coerción, capital y los Estados europeos: 990-1990*, Alianza Universidad, Madrid, p. 286.

⁴⁷⁶Para Weber el estado es un instituto político de actividad continuada, cuando su cuadro administrativo mantiene con éxito el monopolio legítimo de la fuerza para el mantenimiento del orden vigente, ver: Weber (Max). *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 43-45.

convertidos en bloques étnicos y redes clientelares. Una abultada y variada gama de causas con fuerza explicativa.

Garzón Valdés afirma que América Latina posee el desafortunado carácter de ser un continente paradójico desde el punto de vista institucional. A pesar de haber nacido a la vida independiente amparada en las más sólidas tradiciones europeas del siglo XVII y XVIII; los países de la región se convirtieron pronto en laboratorios fecundos para la falsación de las teorías sobre democracia. Lo que empujó, termina el iusfilósofo argentino, a que politólogos y sociólogos se vieran obligados a recurrir a toda clase de conceptos alternativos –democracia *sui generis*, democracia delegativa, democracias imperfectas, etc.- para describir el peculiar destino de estas sociedades⁴⁷⁷. Sobre dos de estas sociedades, en suma, se hará una revisión general a continuación.

A. Contextualización de Colombia

Colombia es un estado republicano unitario dividido en 32 departamentos. Su territorio tiene una extensión de 1 141748 Km². En el año 2009 la población era de 45644023 habitantes. Existen cuatro grupos étnicos. Hay un 96% de alfabetización. La pobreza alcanzó en el año 2010 a un 31% de la población⁴⁷⁸. Se ubica en el puesto 77 del índice de desarrollo humano⁴⁷⁹.

A.1 Contexto histórico y político

En Colombia la debilidad institucional y la obtención de resultados muy dispares hacen que el arraigo del estado de derecho pueda ser calificado aún como parcial⁴⁸⁰. Desde una visión rousseauiana⁴⁸¹ podría afirmarse que en este país suramericano el cumplimiento del contrato social ha sido relativo. Hay funciones

⁴⁷⁷Garzón Valdés (Ernesto). *Derecho y democracia en América Latina*, en: Carbonell (Miguel) y Vásquez (Rodolfo) eds. *El Estado de Derecho: dilemas para América Latina*, Editorial Palestra, Lima, 2009, pp. 146-147.

⁴⁷⁸En: www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=sxarqTMWtRI%3D&tabid=110 consulta realizada el 19 de agosto de 2011.

⁴⁷⁹En: www.ceja.cl/reporte/2008-2009/pdf4/Colombia_08-09.pdf consulta realizada el 19 de julio de 2011.

⁴⁸⁰Méndez (Juan), O' Donnell (Guillermo) y Sérgio Pinheiro (Paulo). *Op. Cit.* 357 p.

⁴⁸¹Rousseau (Jean Jacques). *Contrato Social*, Edición Austral, Madrid, 1990, p. 48.

que el estado sigue cumpliendo, desde las que la mayoría de ciudadanos lo ven como la única fuente legítima de poder. Sin embargo, “... *la vida social e institucional en Colombia aparece como una especie de archipiélago en el cual espacios hiper contractualizados conviven con espacios descontractualizados...*”⁴⁸². Si se entiende que el estado de derecho se diferencia de otras formas de organización –como el estado absolutista- por el reforzamiento de la vigencia efectiva de la ley, a la cual se someten gobernantes y gobernados a través de las formas democráticas habría que decir, con De Sousa y García, que el colombiano es un estado camaleónico. Estado camaleónico porque los agentes estatales cambian de libreto según se presenten diversas condiciones⁴⁸³, con lo cual el principio de legalidad o sometimiento a la ley pareciera desdibujarse.

La historia de Colombia, en cuanto a la formación del estado, dista mucho de la de sus pares europeos. Si bien existen elementos afines, por ejemplo formalidades jurídicas y políticas parecidas –elecciones periódicas, pronunciamientos judiciales, proceso de formación de leyes, organización normativa, etc.- el funcionamiento no podría decirse que es el mismo⁴⁸⁴. Tampoco hubo un proceso similar al estadounidense, más allá de las reservas que podrían esgrimirse sobre los norteamericanos, largo y paulatino, que permitiera que la sociedad se fuera decantando por un modelo de derechos y valores entronizados en el entramado estatal⁴⁸⁵.

Colombia es un país en el que el estado ha padecido una incapacidad notoria para controlar su territorio. En la historia reciente, producto de la violencia y los conflictos armados, la debilidad institucional en la periferia del territorio ha evidenciado distintas manifestaciones de la falta del control estatal de la que se habla⁴⁸⁶.

⁴⁸²De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 36.

⁴⁸³Ídem, p. 44.

⁴⁸⁴García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 26.

⁴⁸⁵Castaño Zuluaga (Luis Ociel). *El constitucionalismo colombiano en sus orígenes*, Editorial Panibérica Ltda, Colombia, 2008, p. 14.

⁴⁸⁶Ídem, p. 36.

Hay un momento, a mediados del siglo XX, que reviste una significación especial, es la llamada época de “La Violencia”. Antes de esa fecha, los líderes de los movimientos independentistas intentaron construir la nación siguiendo los postulados liberales de las democracias burguesas europeas, pero carecían del sustrato fáctico e ideológico de aquellas. En los primeros años de independencia se buscó impulsar “...formas liberales y democráticas de gobierno heredadas de la tradición europea, pero manteniendo muchos de los principios elitistas y autoritarios de la monarquía...”⁴⁸⁷. El sometimiento a una voluntad se conservó, sólo cambió la figura de quien logró imponerla. Ya no sería el rey de España, sino las oligarquías.

Después de la independencia -1819- las luchas internas por hacerse con el poder, las guerras civiles, las prácticas desleales en materia electoral, la desigualdad social, entre otros factores, condujeron a la definición de un estado jurídicamente incapaz y de una sociedad fragmentada⁴⁸⁸. La situación de los primeros años como estado independiente comienza a dar muestras de una reversión, en términos comparativos, en la década de 1880 cuando se sientan las bases para la consolidación de un estado nacional⁴⁸⁹. Por ejemplo, en la primera mitad del siglo XX desde el punto de vista político, a diferencia de la mayoría de países, Colombia no sólo no experimentó largos periodos de dictaduras militares durante su vida como república independiente sino que, además, se distinguió por poseer una democracia electoral con permanentes y regulares procesos electorales⁴⁹⁰.

Durante el siglo XX hubo un consolidado sistema bipartidista. La continuidad política tuvo a la par una nada despreciable firmeza económica, debido a causas como el auge cafetalero. Si bien la tasa de crecimiento nunca fue especialmente elevada, tampoco las épocas de recesión han solido ser muy fuertes, ni los

⁴⁸⁷Gómez Mejía (Santiago). *Partidos políticos, construcción nacional y conflicto armado en Colombia*, Institut de ciències polítiques i socials, Barcelona, 2006, p. 14.

⁴⁸⁸Ídem, p. 20.

⁴⁸⁹Loguado Duca (Arturo Claudio). “La formación del Estado y la nación en Colombia”, *Memoria y sociedad*, volumen 6, número 11, abril, Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pp. 108-109.

⁴⁹⁰Deas (Malcom). “Algunas notas sobre la historia del caciquismo en Colombia”, *Revista de Occidente*, número 127, Madrid, 1973, pp.118-140.

conocidos fenómenos hiperinflacionarios, tan comunes en otras latitudes, tocaron a la economía colombiana⁴⁹¹.

No obstante, la estabilidad política y económica no derivaron en una mayor democratización de la sociedad colombiana, sino que se propició un desarrollo excluyente, en donde el control de los grupos de la oligarquía más poderosa se estableció con una enorme contundencia. La estabilidad fue favorecida no tanto por la solidez institucional como por la existencia de coincidencias entre las élites políticas y los grupos económicos dominantes⁴⁹².

Si algo ha hecho que Colombia acapare la atención mundial ha sido el clima de violencia y los recurrentes conflictos armados⁴⁹³. Aunque al principio del periodo conocido como del Frente Nacional, que va de 1958 a 1986, en el que los dos grandes partidos decidieron repartirse el poder, mediante la alternancia milimétrica de los puestos, se contribuyó a disminuir por un tiempo la violencia generada en 1948, hubo que pagar por ello un “alto precio”⁴⁹⁴. Algunas de las consecuencias que apuntan los autores son: disminuyó la participación electoral, se enquistó una fuerte mecánica clientelar y se favoreció la idea de un estado policial que hizo del estado de excepción –con la consiguiente flexibilización de muchos derechos fundamentales- la regla⁴⁹⁵. Este reparto garantizó por décadas el control de una determinada parcela estatal. Al finalizar el Frente Nacional⁴⁹⁶ el resultado fue un

⁴⁹¹Gómez Mejía (Santiago). *Op. Cit.* p. 7.

⁴⁹²Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, en: www.cejamerica.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/644 consulta realizada el 19 de julio de 2011.

⁴⁹³Colombia registra numerosos y constantes enfrentamientos armados internos. Entre 1948 y 1950, fueron asesinadas unas 110.000 personas, lo que equivale a más del 1 % de la población de entonces. Ídem.

⁴⁹⁴El período de La Violencia se caracterizó por el enfrentamiento entre las dos principales agrupaciones políticas, que se acusaban mutuamente de malos manejos económicos y de actos de corrupción, lo que desembocó en homicidios, agresiones y terrorismo. Se considera que el asesinato del candidato liberal Jorge Eliécer Gaitán en 1948, fue el detonante del conflicto. Los partidos alcanzan un acuerdo, diez años después, con el que inicia la época del Frente Nacional, ver: Gómez Mejía (Santiago). *Op. Cit.* p. 30.

⁴⁹⁵De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 57.

⁴⁹⁶Durante décadas el bipartidismo mantuvo una hegemonía que excluía a las otras fuerzas políticas. En la actualidad aunque se ha intentado una mayor inclusión siguen habiendo dificultades para integrar a otros sectores dentro del espectro político partidista colombiano. Sin embargo, lo cierto es que entre 1991 y 2002 ha habido un crecimiento paulatino y significativo de otros partidos políticos tanto en el Senado como en la Cámara. Así, para ese período había 38 organizaciones reconocidas, a

estado ineficaz que convivía con el narcotráfico, incrustado en los partidos políticos⁴⁹⁷.

Los distintos movimientos guerrilleros, que a comienzos de los años setenta habían conocido también un reflujo, incrementaron considerablemente su presencia bélica y territorial en los años ochenta y noventa. Esto se agravó, a su vez, con el surgimiento de grupos paramilitares los cuales, apoyados por algunos sectores del ejército, de terratenientes y narcotraficantes, se asentaron en importantes zonas del territorio colombiano⁴⁹⁸.

A pesar de que en los últimos años la tasa de homicidios colombiana por cada cien mil habitantes, uno de los mecanismos de medición de la violencia aceptados internacionalmente, se ha reducido, los números continúan siendo elevados. Para el año 2010 la cifra se sitúa, en promedio, en 38,40 homicidios por año⁴⁹⁹. Los datos son alarmantes, si se toma en cuenta que pueden llegar a ser más elevados que los de países considerados muy violentos como Sri Lanka⁵⁰⁰.

Otro aspecto que debe ser tomado en cuenta es el vinculado a los cambios en el contexto internacional. Los procesos de reestructuración y globalización condujeron a una modificación del modelo económico de desarrollo. Hubo una mayor apertura del mercado y la aplicación de políticas de corte neoliberal. La implantación de este tipo de políticas a finales de la década de 1980 frustró los intentos de consolidar una democracia incluyente. La ironía de todo este proceso es que la acentuación de una sociedad desigual, separada por enormes brechas sociales, se realiza dentro del marco de la democracia liberal⁵⁰¹.

nivel nacional, en el Senado y 35 en la Cámara, ver: Giraldo (Fernando). *Sistema de partidos políticos en Colombia*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2003, pp. 184-192.

⁴⁹⁷Mejía (Santiago). *Op. Cit.* p. 35.

⁴⁹⁸De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 57.

⁴⁹⁹Uprimny (Rodrigo), Rodríguez Garavito (César) y García Villegas (Mauricio). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2007, pp. 269. La cifra pasó, según datos de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 63, 80 en 2001 a 38,40 en 2010, ver: www.oas.org/dsp/Observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicator=17 consulta realizada el 1 de mayo de 2012.

⁵⁰⁰Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo...*

⁵⁰¹Mejía Quintana (Oscar). *¿Estado y cultura mafiosa en Colombia?*, Universidad Nacional, Bogotá, 2010, p. 207.

Esta apretada síntesis de la realidad colombiana, en especial, en los últimos sesenta años lleva a una conclusión. Todos los factores enumerados han contribuido a una creciente inestabilidad. Colombia se ha visto inmersa desde los años ochenta del siglo XX en una aguda crisis de gobernabilidad, turbulencia e incertidumbre⁵⁰². Frente a este panorama se recurrieron a estrategias de distinta naturaleza a fin de dar respuesta a los desafíos que se fueron suscitando. Por ejemplo, como ya se dijo, se apostó por la instauración de medidas de control autoritario del orden público, a través de concesiones a los militares y a la policía, unido a la aprobación de fuertes limitaciones a los derechos constitucionales⁵⁰³.

Pero también hubo sucesivos intentos de abrir procesos de paz y varias amnistías. Una muestra de lo que se dice fue el inicio, en 1990, de un proceso constituyente que culminó con la redacción de un nuevo texto constitucional, cuyo objetivo era la refundación del endeble orden político colombiano⁵⁰⁴. La asamblea nacional constituyente incluyó la participación de grupos provenientes de distintos sectores -miembros de los partidos tradicionales, guerrilleros desmovilizados, representantes de grupos sociales, minorías religiosas, etc.-. El resultado fue una extensa constitución política⁵⁰⁵ que estableció significativas⁵⁰⁶ innovaciones institucionales entre las que se incluye la creación de un tribunal constitucional.

⁵⁰²Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo...*

⁵⁰³Gómez Mejía (Santiago). *Op. Cit.* p. 32.

⁵⁰⁴Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo...*

⁵⁰⁵Uprimny (Rodrigo), Rodríguez Garavito (César) y García Villegas (Mauricio). *¿Justicia para todos?...* p. 203. La constitución de 1991 la conforman 380 artículos y se divide en cuatro partes: el preámbulo, una dogmática que incluye una profusa lista de derechos, principios fundamentales y mecanismos de protección, una preceptiva en la que se estructuran a los poderes públicas y por último, una parte sobre los medios de reforma constitucional. Sobre el diseño de esta carta política véase también: De Antonio Gómez (Alberto). *Pedagogía constitucional: un análisis jurídico de la constitución de 1991*, Editorial Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2001, p.15. Conscientes o no, lo cierto es que los constituyentes de 1991 redactaron una constitución que supuso importantes cambios en relación a la carta anterior de 1886: "...La constitución tuvo como perspectiva fundamental la búsqueda del control de los factores reales de poder al igual que el fortalecimiento de la democracia: se promovieron mecanismos de participación ciudadana, se crearon nuevos principios y derechos y se introdujeron nuevas instituciones para garantizarlos..." ver: Fajardo Sánchez (Luis Alfonso). *Utopía y jurisprudencia constitucional*, Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010, pp. 111-118. Hay un dato muy ilustrativo sobre el alcance que tuvo en la constitución de 1991 el reconocimiento de nuevos derechos. Mientras en el texto de 1886 había 36 artículos sobre derechos y garantías, la carta política actual tiene más de 100, ver: Giraldo Ángel (Jaime), Orozco (Iván) y Uprimny (Rodrigo). *Justicia y Sistema Político*, Universidad Nacional, Bogotá. 1997 p. 100.

A.2 Contexto judicial

Sería ocioso insistir en lo crucial de la función judicial en las democracias contemporáneas. Supone la limitación del poder y la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de cara al estado⁵⁰⁷. Esta visión del sistema de justicia varía de un lugar a otro. La construcción teórica se estrella, no pocas veces, con el resultado empírico⁵⁰⁸.

En el caso colombiano el aparato judicial se inserta en una sociedad con las características hilvanadas en el apartado anterior, lo que implica la consolidación de un modelo de justicia determinado, en buena medida, por aquellas. Colombia, como se afirmó, fue construyendo un estado a partir de la confrontación de ciertos intereses en marcos institucionales controlados por una estructura bipartidista, en un proceso que dio lugar a una sociedad altamente fragmentada, con profundas desigualdades sociales en la que el entramado estatal no llegaba de la misma forma a todas las regiones.

En ese escenario, el lugar asignado a la judicatura para la solución de los grandes problemas de la sociedad fue marginal⁵⁰⁹. Desde los comienzos de la historia republicana, Colombia abrazó la doctrina liberal burguesa europea de la división de poderes. Así se estableció normativamente desde las primigenias constituciones políticas⁵¹⁰. Sin embargo, “...lo que se consagraba efectivamente era la dependencia del poder judicial respecto del ejecutivo, pues se atribuían competencias judiciales al gobernador político que decidía en primera instancia todos los asuntos...”⁵¹¹. En posteriores cartas constitucionales o en sus reformas -1830, 1832, 1843, 1858, 1863, 1886- se basculó, entre mecanismos de elección que

⁵⁰⁶Vallejo Mejía (Jaime). *Reflexiones críticas sobre la constitución de 1991*, en: _____, *La constitución por construir: balance de una década de cambio institucional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2001, p. 15.

⁵⁰⁷Sáchica (Luis Carlos) y Vidal Perdomo (Jaime). *Aproximación crítica a la constitución de 1991*, Editorial Cámara de Comercio, Bogotá, 1991, p. 99.

⁵⁰⁸Pásara (Luis). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina...* pp. 515-516.

⁵⁰⁹De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 215.

⁵¹⁰Pombo (Manuel Antonio) y Guerra (José Joaquín). *Constituciones de Colombia*, Editorial Banco Popular, Bogotá, 1986, pp. 232 ss.

⁵¹¹Estrada (Alexis Julio). *Las Ramas Ejecutiva y Judicial en la Constitución colombiana de 1991*, Universidad Externado, Bogotá, 2003, p. 163.

garantizaran una mayor independencia y otros que tendían a disminuirla a través de una clara intervención de los otros poderes del estado⁵¹².

Situados en la mitad del siglo XX el poder judicial seguía siendo un poder influenciado, especialmente por el poder ejecutivo, y con poca relevancia social. Más aún, visos de cambios que propugnaban una renovación de la estructura judicial fueron impulsados por sectores empresariales que veían como condición necesaria para el éxito económico la existencia de una judicatura estable e independiente que cumpliera con unas condiciones y, a su vez, generara seguridad jurídica para la inversión⁵¹³.

A finales de la década de 1950, con la formación del Frente Nacional, se gestionaron algunas modificaciones al poder judicial que fueron incluidas en un plebiscito celebrado en 1957. Tal vez lo más destacable sea que se logró una autonomía orgánica, pero con una clara subordinación económica hacia el poder ejecutivo. Las modificaciones condujeron a asegurar “... la institucionalización de una selecta oligarquía judicial adscrita a los partidos Liberal y Conservador que eliminaba la posibilidad de una burocracia profesional vinculada a una carrera judicial basada en méritos y saber calificado...”⁵¹⁴. La crisis de la administración de justicia fue reconocida por todos los sectores⁵¹⁵.

En efecto, no puede dejar de sorprender que la crisis, que años después se hiciera inocultable, por la que atravesaba la rama judicial fue favorecida por el hecho de que en ella se mezcló una autonomía e independencia orgánicas, casi absolutas, con una dependencia, también casi total, hacia el ejecutivo a nivel financiero. El poder judicial era orgánicamente independiente, pues, desde el plebiscito de 1957, los miembros de las altas corporaciones eran elegidos por la misma entidad. De igual manera, los magistrados del Consejo de Estado –responsable de los procesos contencioso-administrativos- y de la Corte Suprema designaban a los jueces

⁵¹²Ídem, p. 167.

⁵¹³De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 236.

⁵¹⁴Ídem, p. 256.

⁵¹⁵Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo...*

inferiores⁵¹⁶. Las fallas en el funcionamiento del sistema judicial colombiano eran de sobra conocidas. Uprimny las agrupa en tres dimensiones⁵¹⁷. Primero, congestión impunidad y morosidad, un sistema judicial ineficiente, incapaz de resolver los conflictos, lo que se hacía más evidente cuando se trataba de asuntos de un mayor grado de complejidad. Segundo, la dependencia económica del poder ejecutivo⁵¹⁸. Tercero, el recurso constante al estado de excepción y la permanente injerencia del poder ejecutivo en materia legislativa hicieron que el poder judicial tuviera que someterse a incesantes modificaciones de las disposiciones normativas⁵¹⁹. Esta situación hizo que la justicia ordinaria perdiera importancia y se desvaneciera como fuente para resolver los conflictos cotidianos. Un aparato esclerótico, cuya contribución a solucionar los problemas de un estado de por sí precario y de una población con carencias importantes parecía, por decir poco, bastante limitada⁵²⁰.

Hay otras dos dificultades, ligadas a este último aspecto. Por un lado, el corporativismo que la estructura judicial fue generando. Se ha dicho: *“...el mecanismo de la cooptación y la auto integración del aparato judicial, vigente desde el plebiscito de 1957 hasta la Constitución de 1991, puede haber generado la formación de*

⁵¹⁶De acuerdo a Uprimny, Rodríguez y García debe mencionarse algo que en su opinión resulta especialmente extravagante. Los profesores colombianos resaltan que la autonomía orgánica de la que disfrutó el poder judicial no fue fruto de reivindicaciones internas de la estructura judicial o de presiones ejercidas por movimientos de la sociedad civil propugnando la protección del estado de derecho, ni siquiera resultado de algún proyecto particular proveniente de los partidos políticos sino que fue obra de la Junta Militar de 1957. Los autores relatan la situación vivida del siguiente modo: *“...Había entonces una considerable influencia de los órganos políticos en la conformación de los tribunales. Los acuerdos entre los partidos para la consulta plebiscitaria no previeron nada en relación con el poder judicial, pero la Junta Militar propuso que se añadiera al texto un artículo que consagraba que los magistrados de la Corte Suprema eran vitalicios y de nombramiento por la misma entidad (cooptación). Según los militares, esa modificación era necesaria para que la Corte fuera independiente de los poderes ejecutivo y legislativo y, en particular, de una clase política que por intereses de partido había conducido al país a una violencia de barbarie...”* ver: Ídem.

⁵¹⁷Uprimny (Rodrigo), Rodríguez Garavito (César) y García Villegas (Mauricio). *¿Justicia para todos?...* pp. 279-281.

⁵¹⁸ *“...No es pues extraño que esa rama judicial orgánicamente independiente estuviese subordinada presupuestal y administrativamente al Fondo Rotatorio de Justicia adscrito al poder ejecutivo, pues la independencia judicial fue en gran medida producto de una fortuita conjunción de factores históricos. Así, en la práctica, el manejo cotidiano y los niveles de remuneración estaban fuertemente condicionados por las decisiones gubernamentales, de suerte que hasta la administración Gaviria no se dotó presupuestalmente en buena forma al aparato judicial...”* Uprimny (Rodrigo), Rodríguez (César), García Villegas (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo...*

⁵¹⁹Colombia desde 1949 hasta 1991 vivió 32 años bajo formas de estado de sitio, ver: De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* pp. 277.

⁵²⁰Sáchica (Luis Carlos) y Vidal Perdomo (Jaime). *Op. Cit.* pp. 99-100.

una elite judicial con visos aristocráticos (...) de esa manera, la rama judicial colombiana no estaba influida en su conformación directamente por los poderes políticos (...) sin embargo, el sistema de cooptación (...) generó un perjudicial clientelismo al interior de la propia rama judicial, pues los magistrados de las altas corporaciones controlaban el nombramiento de los miembros de los tribunales (...) el mecanismo de nombramientos impedía la llegada a la rama judicial de aquellos que se distanciaban críticamente de las posturas de las altas cortes...”⁵²¹. Por otro lado, los efectos de la violencia y el narcotráfico que azotaron a la sociedad colombiana tuvieron también repercusiones en el ámbito judicial. Entre 1979 y 1991 se registraron cerca de 300 homicidios de empleados judiciales⁵²².

Durante las administraciones de los presidentes López Michelsen -1974 a 1978- y Turbay -1978 a 1982- se empezaron a plantear una serie de propuestas de reforma institucional que incluía al poder judicial⁵²³. Sin embargo, no tuvieron éxito. Durante los periodos presidenciales de Barco y Gaviria -1986 a 1990 y 1990 a 1994 respectivamente- fueron implementados cambios significativos a nivel procesal y de gestión administrativa. Los cambios se aceleraron con la asamblea nacional constituyente que daría como resultado la constitución de 1991⁵²⁴.

En cuanto a los órganos que integran actualmente la llamada rama judicial de Colombia la reforma plasmada en la constitución de 1991 dispuso la creación de una serie de jurisdicciones con el fin de que pudieran atenderse “...los diferentes

⁵²¹Giraldo Ángel (Jaime), Orozco (Iván) y Uprimny (Rodrigo). *Op. Cit.* p. 80.

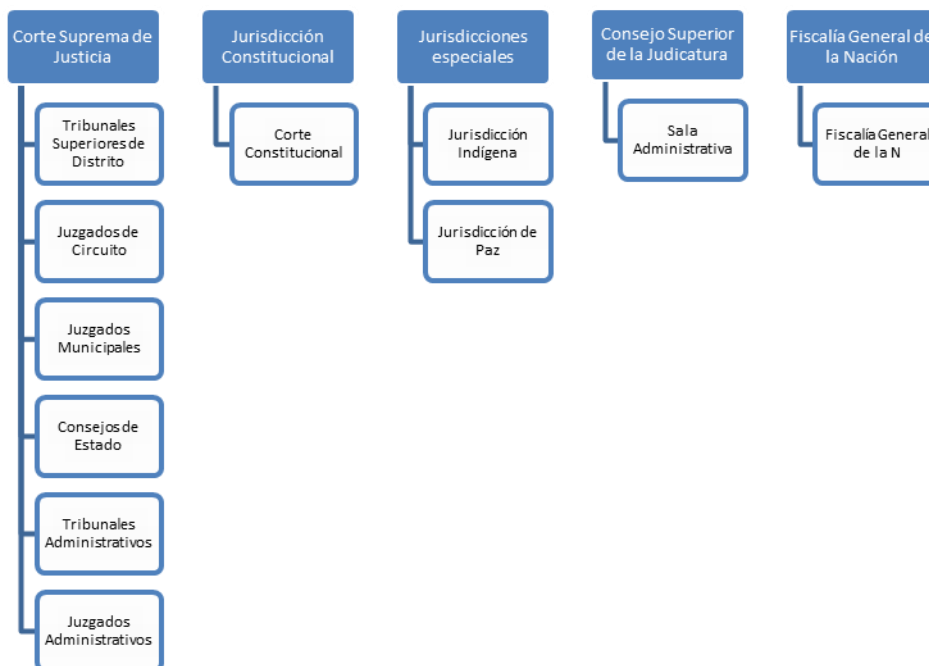
⁵²²Bonilla Pardo (Guido). *Justicia para la justicia: violencia contra jueces y abogados en Colombia*, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Andina de Juristas de Colombia, Bogotá, 1992, p. 53.

⁵²³En 1987 se hizo un estudio de opinión en el que mayoritariamente se hablaba de una crisis de legitimidad de la justicia colombiana. Según los ciudadanos entrevistados el sistema judicial no estaba contribuyendo en el desarrollo de una democracia pluralista y además se ponía en cuestión la efectividad del poder judicial para dar solución a los problemas que podrían plantearse, ver: Vélez (Eduardo), Gómez de León (Patricia) y Giraldo (Jaime). *Jueces y justicia en Colombia*, Instituto Ser de Investigaciones, Bogotá, 1987, p. 46.

⁵²⁴De Sousa Santos (Boaventura) y García Villegas (Mauricio). *Op. Cit.* p. 272. El proceso de reforma de la justicia colombiana implicó la introducción de novedades importantes en diferentes niveles. En el ámbito penal se incorporó la Fiscalía General de la Nación, los jueces sin rostro y mecanismos de negociación de las penas. En relación a la organización administrativa se creó el Consejo de la Judicatura y se aumentó el gasto en el rubro judicial. Finalmente, se erigieron instituciones para fortalecer los sistemas de control del estado como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional, ver: Ídem, p. 87.

requerimientos y necesidades legales de la sociedad...”⁵²⁵. La estructura a partir del último texto constitucional es la siguiente:

Tabla 3: Rama Judicial de Colombia



Elaboración propia.

La valoración de los resultados del contexto judicial colombiano, presenta diferentes tonalidades. El proceso “...no ha tenido efectos homogéneos, pues en algunos aspectos se ven resultados notables para una mayor democratización (...) mientras que en otros campos la situación no sólo no ha mejorado sino que incluso se constatan evoluciones muy cuestionables...”⁵²⁶. Todavía hoy se continúan

⁵²⁵ Guevara Puentes (Gladys) y Granados Sarmiento (Ricardo). *Estructura y cultura organizacional de la Rama Judicial*, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 26. Las particularidades del poder judicial colombiano no han estado exentas de críticas; se ha indicado que la constitución de 1991 “... terminó asignándola (la función jurisdiccional) a distintos entes diferentes del poder judicial, rompiendo así el principio de división de poderes que tanto se preconiza, como necesidad para obtener el equilibrio estatal...” ver: Quiroga Cubillos (Héctor Enrique). *El concepto de jurisdicciones en la constitución de 1991: sus imprecisiones*, en: _____, *La constitución por construir: balance de una década de cambio institucional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2001, p. 191.

⁵²⁶ Giraldo Ángel (Jaime), Orozco (Iván) y Uprimny (Rodrigo). *Op. Cit.* p. 111.

proponiendo ajustes⁵²⁷. A modo de resumen, debe subrayarse que ha sido en un contexto de insatisfacción, ineficacia, precariedad institucional y arengas contra el funcionamiento del aparato de justicia, provenientes de diferentes sectores, que cristalizó el nacimiento de la Corte Constitucional. Su inserción en la sociedad colombiana, luego de varios intentos de actualización de la rama judicial, ha implicado un largo proceso de repensar la justicia⁵²⁸.

B. Contextualización de Costa Rica

Costa Rica es un estado unitario dividido en 7 provincias. Su territorio tiene una extensión de 51100 Km². Para el año 2009 la población era de 4195914 habitantes. La población indígena es de cerca del 2%. Hay un 96 % de alfabetización y el país se ubica en el puesto 48 del índice de desarrollo humano. El porcentaje de pobreza es de un 19.2% de la población total⁵²⁹.

B.1 Contexto histórico y político

La siguiente cita fue tomada del periódico panameño La Prensa, en fecha 30 de octubre de 2004: “...La democracia de Costa Rica ha dado una lección en defensa de la ley. También la ha dado en defensa del honor nacional, expresión espiritual de los valores morales de un pueblo y solo presente en las naciones con identidad de su ser. Por eso la democracia del vecino país tiene su grandeza, y (...) es digna del aplauso de la comunidad internacional...”⁵³⁰. La misma es un reflejo sencillo, pero claro, de que respecto a Costa Rica se ha ido extendiendo la idea de que es una democracia madura, sólida y paradigmática en América Latina.

⁵²⁷El último proyecto de reforma, luego de muchos meses de negociación, sin que se llegara a un acuerdo entre el poder ejecutivo y el poder judicial, fue presentado al Congreso el 3 de agosto de 2011, ver: www.elheraldo.co/pol-tica/abc-de-la-reforma-constitucional-a-la-justicia-32177 consulta realizada el 4 de agosto de 2011 y www.semana.com/nacion/cortes-desacuerdo-reforma-justicia/161732-3.aspx consulta realiza el 4 de agosto de 2011.

⁵²⁸Fuentes Hernández (Alfredo). *La reforma en Colombia: tendencias recientes 1991-2003*, en: Pásara (Luis) edr. *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina...* pp. 18-190.

⁵²⁹En: www.cejamericas.org/reporte/2008-2009 consulta realizada el 19 de julio de 2011.

⁵³⁰En: www.mensual.prensa.com/mensual/contenido/2004/10/30/hoy/opinion/5_884.html consulta realizada 21 de junio de 2011.

De acuerdo con O' Donnell las democracias tienen cuatro características esenciales: elecciones limpias e institucionalizadas, apuesta incluyente y universalista, un sistema legal que promulga y respalda derechos y libertades y finalmente, un sistema legal que excluye la posibilidad de *legibus solutus*. La diferencia, dice el autor, con las democracias de los países originarios es que en estos se consolidó un sistema legal fuerte que garantiza una serie de derechos, mientras en muchas de las nuevas de democracias de *iure* y de *facto* esto no ha ocurrido así y el trabajo fue a la inversa, primero se alcanzaron ciertos derechos políticos y se constituyó un sistema electoral y después un sistema legal protector de derechos⁵³¹.

En muchas, continuando con O' Donnell, de las actuales democracias perviven dos problemas angustiantes, “...uno es simple, pero trágico, el de millones de individuos cuyo desarrollo físico e intelectual es cruelmente atrofiado por la desnutrición y la enfermedad propias de la extrema pobreza (...) el otro es el problema de vivir bajo el temor constante a la violencia...”⁵³². Desde esta perspectiva, la mayoría de países de América Latina exhiben democracias políticas o poliarquías débiles. Una de las excepciones, dice el profesor argentino, es Costa Rica –junto a Uruguay-⁵³³. En efecto, Costa Rica se ha caracterizado por disfrutar de instituciones más fuertes y consolidadas, en comparación con los países latinoamericanos. En 1989, de forma simbólica, se celebró en San José el centenario de la democracia costarricense⁵³⁴.

Sin embargo en lo que hay consenso, porque también existen mitos sobre la democracia de este pequeño país centroamericano⁵³⁵, es en que un momento crucial de la historia contemporánea de Costa Rica se da en 1948 cuando surgió una

⁵³¹O' Donnell (Guillermo). *Disonancias: Críticas democráticas a la democracia...* pp. 73-79.

⁵³²Ídem, p. 79.

⁵³³Ídem, pp. 83-90.

⁵³⁴El 7 de noviembre de 1889, luego de un levantamiento popular, el gobierno, que se negaba a aceptar los resultados de las elecciones, debió reconocer que el candidato electo por la mayoría era José Joaquín Rodríguez y entregar finalmente el poder, ver: Román Jacobo (Gustavo). “Democracia Electoral e Inclusión Social”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, número 3, 2007, San José, p. 7.

⁵³⁵Un interesante artículo sobre la evolución de la sociedad costarricense de la socióloga Monserrat Sagot en: www.nacion.com/2011-09-02/Opinion/la-marcha-de-las-putas-y-la-costa-rica-que-ya-no-es.aspx consulta realizada el 24 de octubre de 2011.

guerra civil, originada en “...la exclusión de una parcela muy importante de la clase política nacional predominante en la década de 1940...”⁵³⁶, que redefinió el sistema político del país, conformándose un modelo bipartidista, representado por el Partido Liberación Nacional y la oposición –la cual se fue agrupando bajo diferentes nombres y coaliciones-, lo que obligó a constantes acuerdos entre las fuerzas políticas, potenciando a la vez una serie de instituciones de carácter social que favorecieron la consolidación de una importante clase media⁵³⁷.

Antes de la guerra civil de 1948 el país compartió muchas de las características de sus vecinos “...hasta bien avanzado el siglo XX, la mayoría de los presidentes lograron el poder por las vías de hecho o en elecciones empañadas por el fraude y la violencia (...) entre 1824 y 1949, sólo un 16% (u ocho de cuarenta y ocho) de todos los presidentes llegó al poder por medio de elecciones competitivas y limpias...”⁵³⁸. Sólo entre 1882 y 1938, documenta Lehoucq, se registraron veintiuna insurrecciones, casi una cada dos años⁵³⁹.

Durante el periodo colonial, Costa Rica estuvo aislada de los centros de poder. Con la independencia -1821-, que llegó sin que nadie la buscara, la nueva república entró en una época de caos en el desarrollo de instituciones que tuvieran un mínimo de operatividad. Después de 1871 triunfan una serie de políticas liberales y se traza el camino que seguiría el país hasta mediados del siglo XX⁵⁴⁰.

En 1948, con la lucha fratricida, inicia un nuevo periodo. En 1949, luego de la convocatoria a una asamblea nacional constituyente, se redacta una constitución política que se mantiene vigente al día de hoy, siendo una de las más longevas de América Latina.

La efectividad del régimen se suma a otros factores que permiten explicar las particularidades de la sociedad costarricense. Alcántara enumera los siguientes:

⁵³⁶Alcántara Sáez (Manuel). *Sistemas políticos de América Latina*, Volumen II, Editorial Tecnos, 2008, Madrid, p. 85.

⁵³⁷Cerdas Cruz (Rodolfo). *El desencanto democrático: crisis de partidos y transición democrática en Centroamérica*, Editorial REI, San José, 1993, p. 93.

⁵³⁸Lehoucq (Fabrice). *Institutos democráticos y conflictos políticos en Costa Rica*, Editorial Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, 1998, p. 28.

⁵³⁹Ídem, pp. 37-38.

⁵⁴⁰Alcántara Sáez (Manuel). *Op. Cit.* pp. 88-91.

continuidad de una misma élite política, significativa homogeneidad étnica y cultural de la población, promoción de medidas jurídicas que garantizaron la educación obligatoria y la seguridad social, ausencia de una tradición colonial fuerte, desarrollo de las actividades cafetaleras como principal motor económico y la decisión de suprimir el ejército como institución en 1949. Todo esto contribuyó a que se fraguara el estado sobre los principios del estado social de derecho⁵⁴¹.

Este clima de relativa estabilidad política y social, empero, dio muestras de desgaste a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado. Acontecimientos relevantes acaecieron durante este periodo de reajuste: la aplicación de políticas económicas de corte neoliberal, algunos casos de corrupción, la aparente relación del narcotráfico con algunos políticos, etc.⁵⁴² pusieron en entredicho la solidez de los indicadores sociales y políticos del modelo de Costa Rica.

La desigualdad en la distribución del ingreso se ha profundizado y la pobreza también ha aumentado en los últimos años; ronda el 20% de la población total. De acuerdo con el programa Estado de la Nación, una iniciativa que analiza anualmente la realidad nacional y que se encuentra auspiciada por las universidades públicas del país, “... esta creciente desigualdad se origina en la economía real y está asociada a la distancia cada vez mayor entre el desempeño de la “vieja” y la “nueva” economía, así como a la constante ampliación de la brecha en las oportunidades a las que tiene acceso la tercera parte de la fuerza laboral que está calificada, en relación con las dos terceras partes que no lo están...”⁵⁴³.

En el plano político, después de 1990 se comienza a resquebrajar el sólido sistema bipartidista que tenía el país. Las elecciones de 2002 evidenciaron la transformación del espectro político costarricense. En las posteriores integraciones del poder legislativo la atomización de los partidos sería una nota distintiva⁵⁴⁴. Para

⁵⁴¹Ídem, pp. 85-86.

⁵⁴²Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y consolidación democrática*, Suprema Corte de la Nación, México, 2007, p. 324.

⁵⁴³En: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/016/1-cap%201-sinopsis.pdf consulta realizada 19 de setiembre de 2011.

⁵⁴⁴Alcántara Sáez (Manuel). *Op. Cit.* pp. 100-101.

el programa Estado de la Nación, “... *la fluidez, fragmentación y debilidad del sistema de partidos ha llevado a la hegemonía electoral de una agrupación...*”⁵⁴⁵ el histórico Partido Liberación Nacional.

Una de las principales preocupaciones hoy día es el aumento de la criminalidad y la violencia. Costa Rica continúa mostrando índices de delincuencia sensiblemente menores que las de sus vecinos. No obstante, en comparación con sus propias cifras, ha habido un incremento. En la actualidad el número de homicidios por cada 100000 habitantes es de 11, hace menos de una década la tasa era poco más de la mitad⁵⁴⁶.

En resumen, ha sido un ambiente político y social estable y con importantes equilibrios, diferenciándose notoriamente de los países de la región. Todo esto se ha traducido tanto en la estabilidad de sus instituciones como en mejores condiciones de vida. Empero, la efectividad hoy se pone en cuestión. En estos momentos algunos problemas, que nunca desaparecieron del todo aunque sí fueron atenuados –como la pobreza, la desigualdad o la delincuencia-, empiezan a agudizarse y a generar preguntas acerca de si el exitoso modelo implementado en 1949 atraviesa una crisis que debe llevar a un replanteamiento de las estrategias costarricenses para no retroceder y continuar atendiendo las necesidades para las que, que como en cualquier país latinoamericano, más allá de las diferencias puntuales, todavía no han llegado soluciones definitivas.

B.2 Contexto judicial

Durante el proceso independista -1821- Costa Rica acogió la teoría de la división de poderes como forma de organización. En 1824 se expide un decreto en el que se habla ya de tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. A la cabeza de la estructura

⁵⁴⁵En: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/016/1-cap%201-sinopsis.pdf consulta realizada el 19 de setiembre de 2011.

⁵⁴⁶En: www.oas.org/dsp/Observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicator=17 consulta realizada el 20 de octubre de 2011. Un estudio sobre criminalidad en Centroamérica concluye que las cifras de homicidios por cada cien mil habitantes oscilan entre los 11 y los 80, siendo Costa Rica el país con el nivel más bajo y Honduras el más alto, lo que hace de la región una zona especialmente violenta. También destaca la diferencia que hay entre Costa Rica y los otros países del área, en: www.economist.com/node/18558254 consulta realizada el 26 de agosto de 2011.

judicial estaría una Corte Suprema de Justicia cuya elección se haría mediante voto popular. En 1825 se incluye constitucionalmente la noción de un poder judicial ejercido por la Corte Superior de Justicia compuesta por tres magistrados; a ellos se sumaban los tribunales y juzgados establecidos mediante ley⁵⁴⁷.

Pese a esto durante casi 20 años se siguieron aplicando las leyes coloniales. No fue sino hasta 1841 cuando se emite un primer código general y hasta 1851 cuando se promulga la primera Ley Orgánica del Poder Judicial. En 1871, después de un golpe de estado, se convoca a una nueva asamblea nacional constituyente y se incluyen algunas modificaciones atinentes a la judicatura. A partir de entonces los magistrados serían elegidos por el Congreso Nacional. Hasta ese momento existía una clara dependencia del poder judicial hacia los otros poderes, especialmente el ejecutivo. En 1887 se emite una nueva normativa en la que se incluyeron los principios de autonomía e independencia judiciales, los cuales se consolidaron en posteriores reformas -1937 y 1940-⁵⁴⁸.

Como se indicó en el acápite precedente, un momento crucial en la historia costarricense inicia en 1948. La guerra civil de aquel año generó una serie de cambios en la sociedad que redefinieron el rumbo del país. El 8 de mayo de 1948 se deja sin efecto la carta magna de 1871 y se convoca a una asamblea nacional constituyente que finaliza con la expedición de una nueva constitución política⁵⁴⁹.

Dentro de la carta magna se incluyeron elementos referidos a la estructura del poder judicial. Por ejemplo, se estableció en los artículos 9, 153 y 154 un orden autónomo, en lo financiero y lo funcional, e independiente de los otros poderes. La autonomía queda evidenciada en las facultades de auto-organización y nombramiento del personal, sin la posible intervención de los otros poderes del estado. Es por ello, que los constituyentes procuraron rodear al poder judicial y a sus magistrados de garantías para su independencia, entre ellas, se dispuso ampliar el período de nombramiento de cuatro a ocho años, a cuyo término podían ser

⁵⁴⁷Sáenz Carbonell (Jorge Francisco). *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorama, San José, 2006, pp. 15-29.

⁵⁴⁸En: www.poder-judicial.go.cr/generalidadespj/historia.html consulta realizada el 21 de septiembre de 2011.

⁵⁴⁹Mora Mora (Luis Paulino). *Historia del poder judicial en la segunda mitad del siglo XX*, Editorial UNED, San José, p. 7.

reelectos por periodos iguales lo que, como se explicará más adelante –porque se aplica a los magistrados constitucionales y a los de la jurisdicción ordinaria- supone también un procedimiento para conjurar la intervención política dentro del poder judicial. En la actualidad el poder judicial costarricense se encuentra integrado tanto por órganos jurisdiccionales como por otros de distinta naturaleza, denominados auxiliares de justicia. La siguiente tabla sintetiza esta estructura:

Tabla 4: Poder Judicial de Costa Rica

Corte Suprema de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Salas de Casación • Sala Constitucional • Tribunales Superiores según materia • Juzgados de primera instancia según materia
Órganos auxiliares de justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Fiscalía General de la República • Defensoría Pública • Poder Judicial
Órgano administrativo	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo Superior

Elaboración propia.

A diferencia del caso colombiano, en Costa Rica, posiblemente por la estabilidad que ha tenido el país desde los hechos acaecidos en 1948, el poder judicial disfrutó también de una importante estabilidad que permitió que la población le confiriera altos niveles de confianza⁵⁵⁰. Esto no significa que no haya críticas al funcionamiento de la justicia costarricense. Más aún, en los últimos tiempos se han venido dando muestras de que la confianza empieza a sufrir erosiones, pues existe, según algunas mediciones de opinión, mayor insatisfacción de los ciudadanos⁵⁵¹. Desde hace varios años se viene afirmando, entre otras cosas, que *“... la dilación en los procesos, la onerosidad, la formalidad y complejidad de los trámites, la ausencia de controles internos efectivos son tan solo algunos de los*

⁵⁵⁰Lösing (Norbet). *La jurisdiccionalidad constitucionalidad en Latinoamérica...* p. 113.

⁵⁵¹En una encuesta de 2011, un 49% de los encuestados expresó desconfianza en el funcionamiento de las instituciones judiciales, ver: www.nacion.com/2011-05-15/EIPais/ consulta realizada 19 de junio de 2011.

problemas que padece (...) la administración de justicia...”⁵⁵². Pese a algunos esfuerzos promovidos, que podrían calificarse de positivos, en transparencia o acceso a las instancias judiciales, quedan tareas pendientes dentro del sistema jurisdiccional costarricense⁵⁵³.

El último enfoque que se estima necesario examinar es el del perfil del juez que históricamente se fue forjando. A tono con el modelo de justicia heredado de la época colonial, la judicatura en Costa Rica no fue especialmente activa, ni protagonista en la escena nacional. Bebió de las fuentes napoleónicas que configuraron, según lo desarrollado en el primer capítulo, jueces encerrados en sus despachos, aislados del resto y desestimulando la creatividad judicial. Su contribución se centró en resolver litigios privados y de poca monta, procurando no inmiscuirse en los asuntos que involucraban a otros actores políticos⁵⁵⁴.

Esto, desde luego, anuncia otro dato, particularmente valioso con vista en la investigación, cómo se moldearon las relaciones entre el poder judicial con los otros poderes del estado, las cuales pueden calificarse de afablemente distantes, no hubo escaramuzas ni diferencias importantes entre ellos⁵⁵⁵. Pese a que poco a poco, con el tiempo, se fueron introduciendo, legal y constitucionalmente, medidas que contribuyeron a asegurar la independencia y autonomía judiciales, también es verdad que, como sugiere Gutiérrez, se favorecieron, dentro y fuera de la propia

⁵⁵²Carazo Zeledón (Rodrigo). *La justicia como garante de los derechos humanos en Costa Rica: la visión de la Defensoría de los Habitantes de la República*, en: Zaffaroni (Eugenio) edr. *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, ILANUD, San José, 1996, p. 130.

⁵⁵³En un estudio del programa Estado de la Nación, analizando el funcionamiento del poder judicial, se concluyó que ha habido “...progresos en la independencia (...) y apertura del poder judicial al escrutinio público, mediante iniciativas como la puesta en funcionamiento de la Contraloría de Servicios, el nombramiento en propiedad de casi una cuarta parte de los jueces, la oferta de información y servicios “en línea” (página web) y la continuación del proceso de modernización institucional. (...)En cambio, en el tema de justicia pronta no se registraron avances semejantes...” ver: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/009/docs/infogcap5.pdf consulta realizada el 28 de septiembre de 2011. Resultados similares, en particular en congestión y mora judicial, se encuentran en el informe del año 2010: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/016/1-cap%201-sinopsis.pdf.

⁵⁵⁴Mora Mora (Luis Paulino). *Op. Cit.* p. 75.

⁵⁵⁵Castillo González (Francisco). *La posición del juez en Costa Rica*, en: Zaffaroni (Eugenio) edr. *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez...* p. 127.

estructura de justicia, formas que crearon límites intraspasables para los jueces frente al resto de órganos políticos⁵⁵⁶.

Al hilo de lo anterior, no deja de ser significativo que la creación de la Sala Constitucional sea catalogada como la principal reforma al sector justicia ejecutada desde la vigencia de la actual constitución política⁵⁵⁷. Significativo porque, será tratado más adelante, es precisamente en la Sala Constitucional que los dos últimos puntos descritos –perfil del juez y vinculación con los otros poderes públicos- han conocido un quiebre con el pasado⁵⁵⁸.

En conclusión, el poder judicial costarricense ha seguido derroteros de estabilidad institucional. No se reportan crisis que cuestionen seriamente, en términos de legitimidad –como sí ocurrió en Colombia- el accionar de este poder de la república. Presenta otros problemas, también graves pero, encadenados, más bien, a la eficacia del sistema en cuanto, por ejemplo, acceso, congestión o duración de los procesos. El juez costarricense reprodujo el modelo del que históricamente es tributario, continental-europeo, caracterizándose por no haber sido un actor trascendental en el concurso de los debates más importantes de la sociedad.

C. Colombia y Costa Rica: El contexto desde una visión comparada

Los casos de estudio de esta tesis comparten el ser dos tribunales constitucionales considerados por la doctrina como ejemplos de justicia

⁵⁵⁶Un buen ejemplo de ello fue la discusión planteada en 1937 sobre la necesidad de modificar el sistema de control de constitucionalidad vigente hasta entonces en Costa Rica. Se trataba de un modelo difuso, poco operativo y poco funcional. La intención, como en efecto sucedió, era pasar a un modelo concentrado. Durante los debates se puso en evidencia uno de los propósitos principales que perseguía la reforma: impedir que los jueces pudieran ejercer controles sobre los otros poderes. En este sentido, lo mejor que podían hacer el poder legislativo y el poder ejecutivo para blindarse del visor judicial era darle a un órgano específico, la Corte Suprema, el control de constitucionalidad de las normas, y fijar, al mismo tiempo, fuertes requisitos para que una inconstitucionalidad pudiera declararse, ver: Gutiérrez (Carlos José). *Evolución de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en: _____ . Seminario sobre justicia constitucional: III aniversario de la creación de la Sala Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 1993, p. 194.

⁵⁵⁷Piza Escalante (Rodolfo). *Justicia Constitucional y derecho constitucional*, en: _____ . Seminario sobre justicia constitucional: III aniversario de la creación de la Sala Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 1993, p. 13.

⁵⁵⁸Hernández Valle (Rubén). *Op. Cit.* p. 325.

constitucional exitosa⁵⁵⁹. Empero, la lectura de los apartados anteriores evidencia que contextualmente estos órganos se insertaron en sociedades con características diversas, esto es, no basta con decir que son dos tribunales latinoamericanos.

En la siguiente tabla se extraerán las diferencias que se estiman más notables en relación a los escenarios político y judicial de Colombia y Costa Rica. No se busca elaborar una presentación cronológica, sino aprovechar los insumos recogidos en los acápites precedentes para obtener una perspectiva más completa de dos órganos que, pese a las disparidades contextuales que exhiben, han recibido valoraciones similares.

Tabla 5: Contextos político y judicial

Colombia		Costa Rica	
Contexto Político y social	Contexto Judicial	Contexto Político y social	Contexto Judicial
A finales del siglo XIX el estado tuvo relativa estabilidad política; no se conocen periodos de largas dictaduras aunque casi desde la independencia hubo conflictos, marcada desigualdad y luchas internas.	Papel marginal en la participación sobre el debate de los temas de la sociedad.	Durante el siglo XIX y parte del XX el país vive procesos de inestabilidad.	Papel marginal en la participación sobre el debate de los temas de la sociedad.
A mediados del siglo XX -1958- inicia el periodo conocido como del Frente Nacional, un acuerdo entre los dos principales partidos para alternarse en el poder.	Independencia orgánica de los otros poderes del estado – a partir de la segunda mitad del siglo XX- pero fuerte dependencia financiera.	Con la revolución de 1948 inicia un nuevo periodo. Se expide una constitución política en la que se proscribe el ejército y se crean una serie de instituciones que fortalecen un modelo de estado social.	Después de 1948 se fortalecen las garantías de independencia y autonomía judiciales.
El estado ha sido caracterizado como precario, muchas	Cuestionamientos al funcionamiento de la justicia –	Ausencia de conflictos, homogeneidad	El poder judicial exhibió importantes niveles de confianza

⁵⁵⁹Ver apartado final del capítulo segundo.

CAPÍTULO III: EL CONTEXTO

zonas escaparon del accionar estatal.	morosidad, corrupción, impunidad- y constantes iniciativas de reformas.	étnica de la población y fortalecimiento de las clases medias.	ciudadana. Sin embargo en los últimos años se señalan debilidades –congestión, duración de los procesos, etc.- Disminuye el apoyo popular a la gestión judicial.
Sociedad altamente desigual y fragmentada. Fuerte clima de violencia y conflictos armados.	Durante el proceso constituyente del año 1991 se introdujeron varias reformas al sector justicia, entre ellas se crea la Corte Constitucional.	Una serie de acontecimientos comienzan a cuestionar la eficacia del modelo seguido por el país a finales de la década de 1980.	A finales de la década de 1980 se introdujeron reformas a la constitución política y se crea la Sala Constitucional.
Fuerte sistema bipardista hasta 1991.		Fuerte sistema bipartidista hasta 2002.	
A finales de la década de 1980 se da una profunda crisis institucional que conduce a la conformación de una asamblea nacional constituyente.		En los últimos años el país exhibe retrocesos. Se agudizan las desigualdades y aumenta la violencia y la inseguridad.	

Elaboración propia.

Conclusión

En este tercer capítulo se ha hecho una revisión general sobre el contexto político y judicial de las sociedades en las cuales se introdujeron los tribunales constitucionales examinados. No sería aconsejable, como se ha puesto de relieve en el capítulo segundo, evaluar el desempeño de una institución sin atender las particularidades contextuales. Se hicieron algunos trazos generales acerca de los aspectos que se han considerado más representativos de Colombia y Costa Rica.

La principal conclusión que puede deducirse son las ostensibles diferencias que han orientado el devenir de ambos países. Si el análisis se ubica temporalmente

en la segunda mitad del siglo XX, aquellas se amplían, aunque este momento supuso para los dos países un punto de inflexión. Mientras en el caso costarricense se logró consolidar un estado con instituciones fuertes, en Colombia el rasgo más sobresaliente ha sido la precariedad estatal y la dificultad para encontrar soluciones a muy variados dilemas sociales.

Muchos de los problemas de Colombia no representaron, ni por asomo, una preocupación para Costa Rica. La violencia, las luchas armadas, la inoperancia de las instituciones estuvieron ausentes de la agenda costarricense, ello sin desmedro de las constantes advertencias que se hacen, en especial en los últimos veinte años, respecto al desmejoramiento de la calidad de vida de la población y al debilitamiento institucional de ciertos actores políticos.

En el campo judicial, para acabar, si bien pueden apuntarse diferencias significativas en cuanto al funcionamiento de la judicatura -una mayor fortaleza de la estructura judicial costarricense-; es posible encontrar dos elementos comunes de relevancia. En primer lugar, que tradicionalmente el juez tuvo un discreto desenvolvimiento, su relación con los otros poderes del estado se construyó sobre la premisa de una estricta visión del principio de separación de poderes, entendido como el respeto casi absoluto a los límites competenciales asignados a cada cual. En segundo lugar, que el nacimiento de la justicia constitucional, cuando menos su versión actual, es fruto de procesos de crisis social e institucional. La ubicación histórica y la descripción de estos tribunales será objeto de análisis del capítulo cuarto.

Capítulo IV: La justicia constitucional de Colombia y de Costa Rica

“...No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes (...) inquebrantables de los dioses”

(Sófocles, Antígona en Tragedias, p. 265).

El origen de la justicia constitucional suele vincularse, por el posterior impacto que esta tuvo en Occidente, a los modelos surgidos en Estados Unidos y en Europa entre los siglos XIX y XX⁵⁶⁰. Sin embargo, poco se ha escrito sobre los aportes que en otras regiones, como América Latina, se ha dado a esta jurisdicción⁵⁶¹. Desde los primeros años de vida independiente, debe decirse, el control de las leyes y la noción acerca de la prevalencia normativa de la constitución política latió en la región. Pero fue avanzado el siglo XX cuando la justicia constitucional se extendió a casi todos los países latinoamericanos⁵⁶².

Aunque los actuales tribunales constitucionales de América Latina pueden ser caracterizados por su heterogeneidad y por las diferencias, tanto funcionales como de diseño institucional, que los separan –como para pretender que haya un modelo de justicia constitucional latinoamericano-, existe un elemento cardinal que los acerca tanto entre ellos como al modelo europeo de control de constitucionalidad: la existencia de órganos especializados creados para controlar la validez constitucional de las normas⁵⁶³. *Prima facie* podría decirse que en la mayoría de los casos se trata de sistemas mixtos que combinan elementos del control difuso como

⁵⁶⁰Gascón Abellán (Marina). “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 14, número 41, mayo-agosto, 1994, pp. 63-68.

⁵⁶¹Una confrontación entre el desarrollo de la justicia constitucional en América Latina y en Europa puede encontrarse en: Ferrer Mac-Gregor (Eduardo). *Derecho procesal constitucional: origen científico (1928-1956)*, Editorial Marcial Pons, México, 2008, 142p.

⁵⁶²Ver el apartado C.1 del capítulo primero en el que se hace una referencia a la evolución histórica de la justicia constitucional.

⁵⁶³Ferreres (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley...*

del control concentrado e incluso suman otras competencias, distintas sólo al control jurisdiccional de la ley⁵⁶⁴.

Esta similitud no obstante, dadas las –evidentes- diferencias contextuales que podrían señalarse entre América Latina y Europa, no es suficiente para decir que, cuando se habla de tribunales constitucionales, se está haciendo referencia al mismo fenómeno institucional. Orientar el análisis de una justicia constitucional mundializada, como la llama Aragón Reyes, es decir, que se ha extendido a muchos países alrededor del planeta⁵⁶⁵, únicamente a las viejas categorías –control difuso versus control concentrado, control abstracto versus control concreto o control preventivo versus control sucesivo, etc.⁵⁶⁶- pareciera una alternativa algo estrecha⁵⁶⁷. No puede soslayarse, en primer lugar, que aquellas clasificaciones desembarcaron en la dicotomía planteada por los modelos norteamericano y europeo -de tradición continental-⁵⁶⁸. De allí que sea necesario profundizar en qué hacen otros sistemas de justicia constitucional.

En lo que se refiere a los casos estudiados, la noción acerca de la supremacía del texto constitucional y la necesidad de establecer mecanismos de control que garantizaran el arreglo de las normas inferiores con la constitución política irrumpieron en Colombia y Costa Rica casi al mismo tiempo que en otras regiones del mundo⁵⁶⁹. Sobre la evolución histórica, el diseño institucional y las valoraciones que ha hecho la doctrina acerca de la justicia constitucional de estos dos países versará el cuarto capítulo.

⁵⁶⁴Lösing (Norbert). *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica...* p. 35.

⁵⁶⁵Aragón Reyes (Manuel). *Op. Cit.* pp. 248.

⁵⁶⁶Sospedra Navas (Francisco José). *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Editorial Civitas, Pamplona, 2011, pp. 28-30.

⁵⁶⁷Contundente es, bajo esta línea de pensamiento, un artículo del profesor italiano Lucio Pegoraro en el que argumenta acerca del reduccionismo que supone limitar el estudio de la justicia constitucional a estas conocidas clasificaciones “...construidas en laboratorio...” y proponiendo nuevas categorías a partir de otras dimensiones, ver: Pegoraro (Lucio). “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 4, julio-diciembre, 2004 pp. 131-159. Sobre el tema puede consultarse en el apartado C.1 del primer capítulo la propuesta de Rubio Llorente y Jiménez Campo.

⁵⁶⁸Fernández Segado (Francisco). *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 210-216.

⁵⁶⁹Lösing (Norbert). *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica...* pp.35-43.

A. Antecedentes históricos

Aunque en Colombia, la Corte Constitucional es fruto, se decía, del proceso constituyente de 1991, con diferencias relevantes respecto al modelo vigente hasta ese momento, la justicia constitucional tiene su origen en la constitución política de 1843⁵⁷⁰. El sistema que rigió antes de los cambios introducidos en 1991, si bien fue afinándose con los años, se consolida con la constitución de 1886⁵⁷¹; es allí donde se sientan las bases de la jurisdicción constitucional colombiana.

El mencionado parámetro de legitimidad constitucional, del año 1843, otorgó a la Corte Suprema de Justicia la potestad de definir sobre la constitucionalidad de actos legislativos objetados por el poder ejecutivo. Posteriormente, se concedió tanto a las autoridades del ejecutivo, como a los propios ciudadanos, la posibilidad de cuestionar ante la Corte leyes y decretos. En 1910, con una reforma constitucional, se concedió plena competencia a la Corte para controlar la constitucionalidad de las leyes que fueran cuestionadas por los ciudadanos⁵⁷².

En 1945 la revisión de los decretos quedó en manos del Consejo de Estado, salvo los que fueran ejercidos de forma extraordinaria o bajo estado de sitio, los cuales permanecían bajo la competencia de la Corte Suprema⁵⁷³. En 1968 se creó una Sala Constitucional, dentro de la Corte Suprema, cuya función consistía en

⁵⁷⁰En realidad se dice que fue en la constitución de Cundinamarca de 1811 cuando se estableció una especie de control de constitucionalidad, bastante incipiente, a cargo de un órgano de naturaleza judicial. Sin embargo, esta constitución era de carácter sub-nacional y tuvo una corta vida –que apenas llegó al año-. Durante la vigencia de la constitución de 1843 se expidió la ley orgánica de la administración y régimen municipal que permitía que los ciudadanos incoaran ante la Corte Suprema de Justicia acciones contra los actos de ciertas autoridades que contravinieran el tenor de la constitución. Empero, se estima, que fue en el texto fundamental de 1886 cuando se estableció definitivamente un sistema de jurisdicción constitucional, en: Estrada (Alexei Julio). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la constitución colombiana 1991*, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2003, pp. 243-244.

⁵⁷¹Olano García (Hernán Alejandro). *Constitucionalismo histórico: historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp. 198-203.

⁵⁷²Cortés Nieto (Johanna Pilar). *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control de constitucionalidad como mecanismo de protección de derechos humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009, pp. 85-86.

⁵⁷³Estrada (Alexei Julio). *Op. Cit.* pp. 243-244.

preparar proyectos de sentencia sobre las demandas de constitucionalidad que deberían ser votadas, en definitiva, por la Corte Suprema de Justicia⁵⁷⁴.

En el caso de Costa Rica, la primera noción de la jurisdicción constitucional lleva hasta la Ley Orgánica de Tribunales dictada en 1888; en ella se diseñó un sistema judicial de control de naturaleza difusa. Señalaba, la normativa de cita, que los jueces debían abstenerse de aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que violaran el texto de la constitución. No obstante, en 1915, la Sala de Casación, que en ese momento era el máximo órgano judicial, recortó esa facultad. Consideró que el control constitucional sólo podía ser ejercido por el Congreso de la república⁵⁷⁵.

En 1937, todo mediante reformas legales que no constitucionales, se eliminó el vigente y, hasta entonces, poco funcional modelo difuso y se optó por un sistema concentrado. Se le dio a la Corte Plena –es decir, a la reunión de los magistrados integrantes de las distintas Salas de Casación- la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos u otras resoluciones gubernativas. La anulación de una norma requería una votación no menor de las dos terceras partes del total de los jueces. Esta nueva forma de ejercer la jurisdicción constitucional se integró a la constitución política de 1949⁵⁷⁶.

Mediante la ley número 7128 del 18 de agosto de 1989 se modificaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la constitución política. Con la reforma se creó una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia para conocer y declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público.

Con una tradición distinta, en la que el control constitucional estaba reservado a la Corte Suprema de Justicia, la creación de la Corte Constitucional representó, en Colombia, la incursión de un nuevo actor dentro de un proceso de cambio constitucional. Su nacimiento estuvo precedido por debate entre quienes veían en ella una erosión a la influencia del poder judicial y quienes, por el contrario,

⁵⁷⁴Sánchez Sánchez (Abraham). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, Bogotá, 2005, p. 77.

⁵⁷⁵Lösing (Norbert). *La Sala Constitucional de Costa Rica: ejemplo de una exitosa jurisdicción constitucional en Latinoamérica...* p. 219.

⁵⁷⁶En: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/historia.htm consulta realizada el 9 de agosto de 2011.

abogaban por una revitalización de la jurisdicción de cara a la realidad social y política del país⁵⁷⁷.

La producción de la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad había sido muy modesta. Antes de 1991 el promedio de sentencias de constitucionalidad llegaba con dificultad a cincuenta por año⁵⁷⁸. Con la Corte Constitucional se introdujo una jurisdicción específica dedicada a la protección de los derechos que la carta política recoge⁵⁷⁹.

Desde la perspectiva de los modelos de justicia constitucional, el caso colombiano puede calificarse como un sistema mixto⁵⁸⁰. Con la introducción de la acción de tutela y la competencia asignada a todos los jueces de la república de proteger en primera instancia, mediante esa vía, los derechos fundamentales, la judicatura en pleno entró a formar parte de la justicia constitucional colombiana⁵⁸¹.

Otro elemento para considerar que esta jurisdicción exhibe elementos de control difuso y control concentrado es que la constitucionalidad de los decretos ejecutivos, menos los de excepción y emergencia, es revisada por el Consejo de Estado. Pese a esa repartición funcional, hay un predominio de la Corte Constitucional y sus fallos⁵⁸². El resto de actos y normas sujetos a control son resorte exclusivo de la Corte⁵⁸³.

Como se señaló, en Costa Rica el desempeño del poder judicial, en el ejercicio del control de constitucionalidad fue tímido. La temprana aparición del control judicial de las normas no se tradujo en un ejercicio continuo y sostenido de éste por parte de la magistratura. Desde un principio, observa Castillo –en 1888 con la

⁵⁷⁷Uprimny (Rodrigo), Rodríguez Garavito (César) y García Villegas (Mauricio). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia...* p. 299, también ver: Samín Restrepo (Ricardo). *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá, 2006, p. 66.

⁵⁷⁸Cepeda Espinosa (Manuel José). *Derecho Constitucional Jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Editorial Legis, Bogotá, 2001, p. 3.

⁵⁷⁹Cortés Nieto (Johanna Pilar). *Op. Cit.* p. 105.

⁵⁸⁰Fajardo Sánchez (Luis Alfonso). *Op. Cit.* p. 126.

⁵⁸¹En el apartado C.2 del presente capítulo se hará una breve descripción del procedimiento de tutela.

⁵⁸²Herrera Llanos (Wilson). *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Uninorte, Barranquilla, 2004, p. 73.

⁵⁸³Henao Hidrón (Javier). *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 99.

aprobación de una ley de tribunales-, la judicatura ejerció la facultad de anular leyes inconstitucionales con cautela y deferencia al legislador⁵⁸⁴.

La reforma de 1937, que creaba un modelo de control de constitucionalidad concentrado a cargo de la Corte Suprema, tuvo un impacto mínimo⁵⁸⁵. Se establecieron reglas que restringían la posibilidad de obtener una sentencia favorable y que hicieron de la jurisdicción constitucional una sede judicial con escasa producción y un acceso muy limitado⁵⁸⁶. El procedimiento, escribe Gutiérrez, estuvo diseñado para dificultar que las inconstitucionalidades pudieran ordenarse; los requisitos de acceso eran tantos y tan difíciles de superar, como aceptada institucionalmente la jurisprudencia deferente a la voluntad legislativa, que el recurso de inconstitucionalidad se convirtió en “...la forma procesal de lograr que una norma obviamente inconstitucional fuera declarada constitucionalmente legítima...”⁵⁸⁷.

Si en Colombia el número de sentencias de constitucionalidad, antes de la creación de la Corte, fue de unas cincuenta al año, en Costa Rica el rendimiento jurisprudencial fue mucho más exiguo. Durante los cuarenta años que la Corte Suprema conoció de las acciones –recursos- de inconstitucionalidad, una vez que entró en vigencia la constitución de 1949, únicamente se tramitaron trescientas y de ellas sólo siete fueron declaradas a lugar⁵⁸⁸.

Con un proyecto de ley, promovido por el poder ejecutivo en 1986, inicia una nueva fase para la justicia constitucional costarricense. El proyecto original pretendía sólo la promulgación de una ley que ampliara las potestades de la Corte

⁵⁸⁴Castillo Víquez (Fernando). *El control de constitucionalidad en Costa Rica*, en: www.pgr.go.cr/revista/rev_publicacion.aspx?nRevista=7&nPar3=6&nPar5=0&strPar2=P consulta realizada el 15 de octubre de 2011.

⁵⁸⁵Sin embargo, a partir de 1961, la revisión de actos de la administración pública que no fueran normativos debían ser conocidos por los jueces contencioso-administrativos, ver: Hernández Valle (Rubén). *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*, Editorial Juricentro, San José, 1978, pp. 85-86.

⁵⁸⁶Por ejemplo, se exigieron mayorías reforzadas –dos tercios del total- para lograr la declaratoria de inconstitucionalidad; además la Corte Suprema acogió el principio de presunción de constitucionalidad y declinó pronunciarse sobre incompatibilidades con tratados internacionales por considerar que los mismos eran cuestiones de mera legalidad, ver: Castillo Víquez (Fernando). *El control de constitucionalidad en Costa Rica...*

⁵⁸⁷Gutiérrez (Carlos José). *Op. Cit.* p. 201.

⁵⁸⁸Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica...* p. 323.

Suprema, la cual continuaría ejerciendo el control de constitucionalidad. Las discusiones posteriores dentro del Congreso dieron paso a la creación de un órgano especializado en 1989, la Sala Constitucional, y a la reforma de la carta magna⁵⁸⁹.

La nueva Sala se convertía, así, en un tribunal de constitucionalidad concentrado con facultades de control concreto y abstracto; además los procedimientos de protección de derechos fundamentales, que antes eran competencia de distintos órganos, quedarían, en adelante, bajo el alero del nuevo tribunal constitucional⁵⁹⁰. Si bien han existido algunos puntos encontrados sobre su naturaleza, ha prevalecido la tesis de que en Costa Rica rige un modelo de justicia constitucional concentrado⁵⁹¹.

Con este marco histórico de referencia corresponde situar ahora la investigación a partir de 1989 y 1991, los años en que nacen la Sala Constitucional costarricense y la Corte Constitucional colombiana, respectivamente. A continuación se describirá de qué manera los tribunales constitucionales estudiados han sido organizados. Se hará una exposición de su estructura, competencias, procedimientos de selección de los magistrados, trámites de los procesos sobre los que resuelven –haciendo especial hincapié en los de control de constitucionalidad- y efectos de las sentencias que profieren.

La Sala Constitucional pertenece al poder judicial y forma, junto a otras tres Salas de Casación, la Corte Plena⁵⁹². La Corte Constitucional, a la par de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, integra la rama judicial. Sin embargo,

⁵⁸⁹Castillo Víquez (Fernando). *El control de constitucionalidad en Costa Rica...*

⁵⁹⁰Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica...* pp. 320-323.

⁵⁹¹Ello es así porque de acuerdo a la normativa interna del poder judicial costarricense los jueces no deben aplicar las leyes o reglamentos que contravengan el texto de la constitución. Esto hizo pensar que los jueces –como en un modelo de control difuso- podrían desaplicar algunas normas. Sin embargo, al ser la Sala Constitucional el único órgano autorizado expresamente para expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, la cuestión ha sido zanjada reconociendo en la Sala, al contrario de la tesis indicada, un modelo altamente concentrado, sobre el tema ver: Lösing (Norbert). *La Sala Constitucional de Costa Rica...* pp. 220-222 y Solano Carrera (Luis Fernando). “Aplicación directa de la constitución”, *Revista Judicial*, número 61, abril, 1995, Poder Judicial, San José, Costa Rica, pp. 35-71.

⁵⁹²Por esta razón en el argot popular la Sala Constitucional se conoce como Sala Cuarta, cada una de las Salas de Casación se corresponde con una numeración ordinal. En *strictu sensu* a la Sala Constitucional no se le debería incluir en esta secuencia, pues no es un tribunal de casación. Sin embargo, a fuerza de costumbre, lo cotidiano es referirse ella como Sala Cuarta (IV).

ambas instancias gozan de independencia organizativa y no dependen para su funcionamiento de ningún otro órgano tanto administrativa como jurisdiccionalmente.

B. El nombramiento de los magistrados

La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados escogidos por el Senado de ternas provenientes de la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El periodo para el ejercicio del cargo es de ocho años, sin posibilidad de reelección⁵⁹³. A la Sala Constitucional la forman siete magistrados elegidos por la Asamblea Legislativa con posibilidad de reelección indefinida⁵⁹⁴. Aunque en ambos tribunales la elección recae sobre un órgano representativo, en el caso colombiano la participación de los distintos órganos del estado es mayor, dado que los otros poderes públicos presentan sendas ternas ante el Senado.

Para la doctrina, el sistema de elección de los magistrados de las altas cortes que siguen ambos países, llamado cooperativo, plantea un diálogo entre los

⁵⁹³Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 239. El numeral 240 establece que: “...No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado...”. Además el ordinal 254 del mismo parámetro de legitimidad establece que: “...El Gobierno no podrá conferir empleo a los Magistrados de la Corte Constitucional durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro...”. Es una norma novedosa como mecanismo para asegurar la independencia de los integrantes de la Alta Cámara, ver: _____, *Régimen procedimental de los jueces ante la Corte Constitucional*, Editorial Leyes, Bogotá, 2001, p.8. Los requisitos para ser magistrado son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser abogado, no tener condena judicial a pena privativa de la libertad -salvo por delitos políticos o culposos- haber desempeñado durante diez años cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público, en su defecto, haber ejercido, dice la norma, con buen crédito, por el mismo periodo, la profesión de abogado, o la docencia universitaria, en: Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 232.

⁵⁹⁴Ley 7135 de 11 de octubre de 1989 –en adelante Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica-, artículo 4. Los requisitos para ser magistrado son los siguientes: ser costarricense por nacimiento, o por naturalización, con domicilio en el país no menor de diez años, ser ciudadano en ejercicio, pertenecer al estado seglar, ser mayor de treinta y cinco años, poseer el título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años salvo que se trate de funcionarios judiciales caso en el cual bastarán cinco años, en: Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 159. Merece la pena comentar que de acuerdo a Linares el método particular de reelección indefinida en Costa Rica es, paradójicamente lo mismo que se busca con la no reelección en Colombia, un mecanismo efectivo para garantizar la independencia de los magistrados. Para la elección de un magistrado se requiere de mayoría calificada -38 de 57 diputados-; sin embargo cuando se trate de una reelección operará automáticamente, salvo que por votación una mayoría calificada -38 de 57 diputados- acuerden lo contrario, en: Linares (Sebastián). *La ilegitimidad del control judicial...* pp. 259-278.

partidos políticos y los órganos políticos. Se busca, por un lado, que los seleccionados respondan no sólo a lealtades partidarias, sino también a una serie de virtudes y aptitudes que los hagan idóneos para ocupar el cargo. Este mecanismo, en palabras de Linares, favorece la rendición de cuentas, por cuanto quien selecciona es un órgano con legitimidad democrática, y también la independencia judicial –sobre todo cuando los electores son muchos-.

La cuestión adquiere otros matices dependiendo de si se trata, en el caso del sistema cooperativo, de un sistema de única instancia o de doble instancia. En el primero, las ventajas señaladas se aminoran si es un congreso con una mayoría clara para un partido político o si se exigen mayorías no calificadas. Pero es más ventajoso, por otro lado, dada la existencia de una asamblea legislativa muy fragmentada, aunque también este caso podría implicar un riesgo de que el asunto se paralice. Otro elemento a considerar es que cuando se trata de mayorías reforzadas, es mejor realizar las elecciones individualmente y no en grupos porque esto podría provocar que los nombramientos se hagan mediante cuotas. Ello desembocaría en cortes tremendamente divididas y partidistas.

En igual sentido conviene, de acuerdo a este autor, que los mandatos sean extensos porque esto disminuye las posibilidades de una lealtad partidaria y que, no haya reelección o que, de haberla, se sigan modelos que garanticen fuertemente la independencia de los jueces. Los sistemas de doble instancia –como el de Colombia- pueden analizarse considerando qué órganos participan en la elección, qué peso tiene cada cual y por último si el órgano que elige está controlado por el partido que también controla al órgano que nombra⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵Linares (Sebastián). *La ilegitimidad del control judicial...* pp.254-273. El autor reconoce que ningún mecanismo de elección es infalible y a todos se les pueden observar debilidades. Se pueden enumerar varias formas posibles de selección: a) selección por concurso, b) selección por elección popular, c) selección política que pueden ser cooperativos o representativos. Los cooperativos pueden ser de una sola instancia o de doble instancia según se requiera de dos etapas, una de nominación y otra de ratificación a cargo de órganos distintos. Como se decía, se pueden señalar falencias para cada uno de los sistemas. Contra el primero, que exhibe un serio problema de rendición cuentas. El juez seleccionado sólo por concurso no tiene ninguna legitimidad democrática. Además la pregunta clásica ¿quién selecciona a los seleccionadores? Y, por otro lado, ¿qué criterios de escogencia deben seguirse? Respecto al sistema de elección de popular, aunque resuelve la cuestión de la legitimidad democrática, genera otros efectos, también nocivos. Los jueces se convertirían en órganos deliberativos y políticos, igual que los legisladores, con lo cual habría que

C. Competencias de control de constitucionalidad de las normas

De acuerdo con el parámetro de legitimidad constitucional de Colombia a la Corte Constitucional: “...se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”⁵⁹⁶. Por su parte la constitución política de Costa Rica establece: “...corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones...”⁵⁹⁷. Dentro de este marco se le confiere a cada cámara una amplia variedad de competencias.

En relación al control de constitucionalidad, la Corte colombiana ha recibido el encargo de examinar las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes, contra las reformas a la constitución o contra los decretos con fuerza de ley emitidos por el poder ejecutivo⁵⁹⁸ y las objeciones presidenciales a proyectos de ley discutidos en el Congreso. De oficio le corresponde examinar los proyectos de leyes

definir ahora, quién es más político y deliberativo para poder ejercer la autoridad final y esto sólo provocaría problemas en el sistema político y en la eficacia de los gobiernos. Respecto a los sistemas representativos, aunque la idea es incluir miembros de diferentes poderes del estado –e incluso de entidades no políticas como organizaciones sociales por ejemplo Facultades de Derecho, Colegios de Abogados, Sindicatos, etc.-, el problema nace porque por un lado se generan lealtades muy fuertes hacia los órganos a los que se representa, con lo cual el grado de independencia judicial presenta un claro peligro. Además, al incluirse órganos no políticos, el tema de cuál es la ideología del elegido se vuelve un punto difícil de tratar, esto sin olvidar que carecerían de toda legitimidad democrática y por tanto la rendición de cuentas se ve seriamente afectada.

⁵⁹⁶Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 241.

⁵⁹⁷Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 10.

⁵⁹⁸Los decretos con fuerza de ley son autorizados por el poder legislativo para ser proferidos por el presidente de la república: “... Corresponde al Congreso: 10) Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara...”Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 150 numeral 10. “...El Gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo de acuerdo con las metas anuales del balance primario del sector público no financiero y con participación activa de las autoridades de planeación y de las entidades territoriales y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación. Oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo (...)...” Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 341.

estatutarias, la convocatoria a referenda, la expedición de decretos de emergencia del poder ejecutivo⁵⁹⁹, así como la aprobación de tratados internacionales.

La Sala costarricense, por su parte, conoce de las acciones de inconstitucionalidad presentadas contra leyes, reformas constitucionales⁶⁰⁰, decretos del poder ejecutivo y cualquiera otra norma administrativa, de las consultas de constitucionalidad que realice un juez y de las consultas de constitucionalidad que realicen los legisladores. De oficio deberá pronunciarse sobre proyectos de reforma constitucional, reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la aprobación de tratados internacionales⁶⁰¹. Los dos tribunales ejercen funciones de control *a priori* y *a posteriori*⁶⁰².

⁵⁹⁹Se establece: “...El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad...” Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 212. También: “...En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República...” Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 213. Finalmente: “...Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos...” Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 215.

⁶⁰⁰En el caso de reformas constitucionales, sólo por vicios en el procedimiento, ver: Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 73.

⁶⁰¹Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 2.

⁶⁰²El control preventivo o *a priori* busca evitar que un proyecto de ley inconstitucional ingrese al ordenamiento jurídico. Este tipo de control nace y se institucionaliza en Francia; otros países, como España, lo eliminaron de sus jurisdicciones constitucionales. Lo interesante es que en Francia se ejerce sólo sobre leyes orgánicas y algunos reglamentos y, una vez ejercido el control *a priori*, se elimina la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la norma revisada. Diferente es en Colombia y Costa Rica donde la discusión de la regularidad constitucional puede volverse a promover aunque haya habido pronunciamiento a través del control *a priori*, ver: Reyes Blanco (Sergio). *El control de constitucionalidad: su evolución en España y Colombia*, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Colombia, 2004, pp. 27-28.

C.1 La demanda y la acción de inconstitucionalidad

La legislación colombiana utiliza la expresión demandas de inconstitucionalidad, mientras la costarricense, acciones de inconstitucionalidad. Hay otros ordenamientos jurídicos, como el de España, en los que la nomenclatura empleada es recurso de inconstitucionalidad⁶⁰³. Superadas las diferencias nominales y las precisiones teóricas que pudieran esbozarse, lo importante es que en los casos bajo estudio, más allá de la terminología “...se configura (...) un proceso sui generis absolutamente atípico (...) se articula como un auténtico proceso, es decir como un sistema de satisfacción jurisdiccional de pretensiones...”⁶⁰⁴. Esto es, se está en presencia de un proceso cuyo objetivo es, siguiendo una serie de requisitos y cumplimentada una serie de formas, un pronunciamiento jurisdiccional sobre la validez, al confrontarse con el texto de la constitución, de ciertas normas jurídicas que se estiman irregulares⁶⁰⁵.

En cuanto a Colombia, admitida la demanda, o recibida la prueba cuando fuera necesario, se dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación para que se apersona al proceso⁶⁰⁶. Además se comunicará, por disposición constitucional, al presidente de la república o al presidente del Congreso, según de donde provengan las normas demandadas⁶⁰⁷ para que se manifiesten. La comunicación podrá ampliarse a otras entidades que hubiesen tenido participación en la elaboración de las disposiciones normativas cuestionadas o cuyo criterio la Corte crea necesario recibir. También, si se estima conveniente se puede convocar una audiencia oral⁶⁰⁸.

En el auto que admita la demanda se ordenará la publicación de las normas acusadas para que quien tenga interés incorpore al expediente principal sus consideraciones acerca del proceso de constitucionalidad⁶⁰⁹. Las decisiones se

⁶⁰³Constitución Española de 1978, artículo 161.

⁶⁰⁴García Martínez (María Asunción). *El recurso de inconstitucionalidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1992, pp. 12-13.

⁶⁰⁵Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 241.

⁶⁰⁶Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 7. La Procuraduría General de la Nación es una institución con rango constitucional que actúa, entre otras funciones, como asesor legal del estado en los procesos judiciales o administrativos, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 277.

⁶⁰⁷Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 244.

⁶⁰⁸Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 11.

⁶⁰⁹Henao Hidrón (Javier). *Op. Cit.* p. 103.

tomarán por mayoría absoluta⁶¹⁰. La demanda puede plantearse en cualquier momento cuando se trate de vicios de fondo, pero si es por aspectos procedimentales hay un plazo fatal. Los demandantes en ese supuesto cuentan con un año, desde la promulgación de la norma confundida, para incoar la demanda⁶¹¹.

En el proceso de control de constitucionalidad costarricense, admitida la acción se dará un plazo para que se pronuncie la Procuraduría General de la República⁶¹². Simultáneamente se hará una publicación a fin de que en los procesos –judiciales o administrativos-, en los que la norma demandada se esté aplicando, no se dicte resolución final hasta tanto la Sala no se pronuncie⁶¹³. La publicación faculta también a que cualquiera con un interés legítimo se apersona al proceso como coadyuvante, ofreciendo los alegatos para justificar la procedencia o improcedencia de la inconstitucionalidad⁶¹⁴.

Superado este trámite, se fijará fecha para una audiencia oral, salvo que la Sala estime que no es necesario, donde los intervinientes expondrán sus alegatos y conclusiones, luego de la cual la Sala emitirá un fallo⁶¹⁵. Las decisiones de la Sala se toman por mayoría absoluta de los miembros⁶¹⁶.

C.2 Otros procesos de control de constitucionalidad

Como se dijo al iniciar el apartado C. son varios los procesos que en materia de control de constitucional conocen los tribunales estudiados. En el caso colombiano se tienen, aparte de las demandas de inconstitucionalidad, las objeciones presidenciales a proyectos de ley, las revisiones de decretos de emergencia, de

⁶¹⁰Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículos 14, 16 y 19.

⁶¹¹Henao Hidrón (Javier). *Op. Cit.* p. 104.

⁶¹²Como en Colombia, la Procuraduría General de la República de Costa Rica funge como abogado del estado, asesorándolo y representándolo en los procesos judiciales y administrativos en los que este sea parte, ver: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, número 6815 de 27 de setiembre de 1982, artículo 1.

⁶¹³Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 81.

⁶¹⁴Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 83.

⁶¹⁵Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 85 y 86.

⁶¹⁶Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 10. Véase también Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, número 7333 de 1993, artículos 57 y 58.

leyes estatutarias, de tratados internacionales y las convocatorias a referenda y a asambleas constituyentes⁶¹⁷.

Cuando se trate de un proceso de inconstitucionalidad en el que el presidente de la república plantea objeciones a un proyecto de ley, corresponderá, al presidente del Congreso enviar a la Corte el proyecto de ley en cuestión, adjuntando en el escrito las razones por las cuales, en el criterio de los legisladores, debe ser sancionado⁶¹⁸.

⁶¹⁷Se incluyen aquí únicamente los procesos en los que los tribunales estudiados ejercen el control de constitucionalidad de las normas. No se describirán los procesos de protección de derechos fundamentales, por exceder los límites de la investigación, que también conocen la Corte Constitucional y la Sala Constitucional: la acción de tutela y el recurso de amparo –y el recurso de *habeas corpus*- respectivamente. Se considera necesario, no obstante, hacer una breve mención de ellos, sólo para completar un esquema general sobre el diseño institucional de los tribunales examinados. La principal característica del recurso de amparo de Costa Rica y de la acción de tutela de Colombia reside en que se trata de dos mecanismos de carácter constitucional creados para proteger los derechos fundamentales de las personas. En rigor, representan expresiones particulares de un instituto jurídico presente en muchos ordenamientos. Lo importante es subrayar que con estas figuras las personas son habilitadas para recurrir directamente a las instancias judiciales a reclamar el cumplimiento de aquello que el estado, a través de la constitución política, garantiza. El trámite de la tutela debe dividirse en dos partes. Una que corresponde a los jueces ordinarios y otra que está a cargo de la Corte Constitucional. Todos los jueces y tribunales que hayan resuelto en apelación una acción de tutela enviarán el expediente, o tratándose de la tutela proferida en primera instancia cuando no se haya presentado el recurso, a la Corte Constitucional para que ella sin motivación expresa y de modo discrecional, escoja las sentencias que desee revisar. En relación a Costa Rica, se tienen dos procesos destinados a proteger jurisdiccionalmente los derechos fundamentales en sede constitucional. Son el recurso de amparo y el recurso de *habeas corpus*. La principal diferencia entre ambos es que el primero se puede interponer para tutelar eventuales violaciones a dos derechos concretos: la libertad y la integridad personales. El resto de derechos fundamentales se protegen a través del recurso de amparo. Estos recursos se presentan de modo directo ante la Sala Constitucional. Para plantear una tutela o un amparo no se requiere haber agotado otros recursos judiciales o administrativos. Las formalidades de interposición son mínimas. Aparte del marco regulatorio de estos institutos, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica artículos 17 y siguientes y el Decreto número 2591 de Colombia de 1991, sobre el recurso de amparo y la acción de tutela ver: Osuna Patiño (Néstor Iván). *Tutela y Amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 28-30, Osuna Patiño (Néstor Iván). *La importancia de la Corte Constitucional para la justicia colombiana*, en: Bernal Cuellar (Jaime) edr. *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2003, p. 49, Pérez Tremps (Pablo). *Sistema de justicia constitucional...* pp. 108-109, Hernández Ramos (Mario). *La relevancia del contenido constitucional en la admisión del recurso de amparo: aportaciones de la experiencia de los casos estadounidense y alemán al caso español*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2008, 706 p, Cruz Villalón (Pablo), López Guerra (Luis), Jiménez Campo (Javier) y Pérez Tremps (Pablo). *Los procesos constitucionales: segundo simposio de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, p. 117 y Botero (Catalina). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, en: www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf consulta realizada 22 de mayo de 2010.

⁶¹⁸Estrada (Alexei Julio). *Op. Cit.* p. 265.

Si al resolver la Corte estima que el proyecto tiene vicios parciales de inconstitucionalidad, lo remitirá al Congreso para que en un plazo definido se hagan las modificaciones. Una vez efectuadas, se remitirá nuevamente a la Corte para que se pronuncie definitivamente⁶¹⁹. Si los magistrados aprueban el proyecto, así lo comunicarán y el presidente de la república está obligado a sancionar la nueva ley⁶²⁰.

Respecto a los decretos de emergencia, el poder ejecutivo deberá enviar, al día siguiente de su expedición, copia de las normas para que la Corte las analice. De no hacerlo, el presidente de la Corte Constitucional solicitará, transcurridos dos días, copia de los mismos. Se hará una lista pública del decreto con lo cual se deja abierta la posibilidad de que cualquier ciudadano que lo desee se apersona y por escrito exprese sus opiniones⁶²¹.

En cuanto a los proyectos de leyes estatutarias⁶²², así como a la revisión de tratados internacionales y de las leyes mediante las cuales se aprueben, el presidente del Congreso deberá enviar a la Corte Constitucional una copia del proyecto después de haber sido aprobado en segundo debate. De no hacerlo la Corte lo solicitará al Parlamento⁶²³. La cámara resolverá siguiendo el mismo procedimiento de los otros trámites. Igual que en el caso de las objeciones presidenciales, si el proyecto fuera parcialmente inconstitucional se remitirá al

⁶¹⁹Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 33 y 34.

⁶²⁰Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 35.

⁶²¹Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículos 36 y 37.

⁶²²Son leyes que regulan materias específicas y que requieren de un trámite especial en el Congreso. Se encuentra regulado en el artículo 152 constitucional: Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la república regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. b) Administración de justicia. c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales. d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana. e) Estados de excepción. f) Un sistema que garantice la igualdad electoral entre los candidatos a la presidencia de la república, ver: Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 152. Estas leyes deben aprobarse por mayoría absoluta, en una sola legislatura y no pueden ser reguladas mediante decreto. Una explicación de este tipo de normas en: Bernal Carro (Natalia). *El control de constitucionalidad: estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional de Colombia*, Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003, pp. 88-89.

⁶²³Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículos 39 y 44.

Congreso para que se realicen las modificaciones necesarias de acuerdo al criterio del tribunal constitucional⁶²⁴.

En lo que respecta a la revisión de la ley que convoque a un referendo –para reformar la constitución o para convocar a una asamblea constituyente- la Corte sólo podrá examinar el cumplimiento de los aspectos formales. Para esos efectos dará las audiencias y notificará a las partes, siguiendo el mismo trámite que en los otros procedimientos⁶²⁵.

En la Sala Constitucional se dan dos procedimientos de control de constitucionalidad distintos a la acción. En primer lugar, se tiene la consulta legislativa. Los diputados pueden acudir al tribunal bajo dos modalidades. Obligatoriamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales o de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y frente a la aprobación de convenios o tratados internacionales. En cualquier otro proyecto de ley, puede solicitarse discrecionalmente la opinión de los magistrados constitucionales siempre que la consulta la promueva un mínimo de diez diputados⁶²⁶.

El segundo procedimiento es la consulta judicial. Puede ser facultativa u obligatoria, como la consulta legislativa. La primera se da cuando un juez de la república tuviere dudas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba realizar. La consulta judicial es obligatoria cuando en los procesos de revisión de sentencias penales, ante los tribunales de casación, se alegue violación al debido proceso y al derecho de defensa. Sin embargo, en la consulta judicial prescriptiva únicamente se examinarán los alcances y contenidos de esos principios, no la situación concreta, cuya resolución es competencia del tribunal de casación⁶²⁷.

C.3 Legitimación

En las demandas de inconstitucionalidad, tratándose de Colombia, se encuentra legitimado para participar cualquier ciudadano colombiano, quien puede

⁶²⁴Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 41.

⁶²⁵Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 42.

⁶²⁶Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 96.

⁶²⁷Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 102.

incoarlas, o coadyuvar, cumpliendo los requisitos formales de interposición. El defensor del pueblo está facultado expresamente para impugnar ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de parte, normas que violen o lesionen derechos fundamentales. No se exigen reglas sacramentales pues, al ser una acción ciudadana, se piden unos requisitos mínimos a partir de los cuales se pueda generar el debate constitucional sobre la validez de las leyes acusadas⁶²⁸.

En Costa Rica, el principal requisito para instruir la acción de inconstitucionalidad es la existencia de un proceso pendiente en el que se esté discutiendo la aplicación de la norma cuestionada. Cualquier persona que tenga un proceso judicial o administrativo, incluso uno ante la propia Sala Constitucional, a través de amparo o *hábeas corpus*, puede presentar la acción. Existen algunos funcionarios que pueden acudir al tribunal eximiéndoseles de cumplir tal requisito. Son: el fiscal general de la república, el defensor del pueblo y el contralor general de la república⁶²⁹. También se encuentran dos supuestos en los que no es necesario el asunto previo, cuando por la naturaleza del asunto no haya lesión directa o individual o cuando se traten de intereses de la colectividad, lo que corresponderá, en cualquier caso, valorar a la Sala⁶³⁰.

En relación a las consultas de constitucionalidad, cuando son facultativas, y no prescriptivas, pueden presentarlas un mínimo de diez diputados, si es legislativa; y cualquier juez, cuando la consulta es judicial; salvo que sea prescriptiva, allí está legitimado únicamente el tribunal que conoce de una demanda de revisión en materia penal⁶³¹.

C.4 Efecto de las sentencias

El efecto de las sentencias se refiere a quiénes afecta la decisión del juez constitucional, tradicionalmente se ha dicho que “...la racionalidad del sistema

⁶²⁸Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 242 y 243 y Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículo 7.

⁶²⁹La Contraloría General de la República es la responsable de fiscalizar los gastos de la hacienda pública, ver: Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 183.

⁶³⁰Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 75.

⁶³¹Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 96.

concentrado implica que la decisión dictada por (una) Corte Constitucional (...) tiene efectos generales...”⁶³². Así ocurre en los casos estudiados.

Según el texto constitucional colombiano, las resoluciones de la Corte “...hacen tránsito a cosa juzgada constitucional...”⁶³³. La consecuencia de esa declaración es que las autoridades quedan obligadas a acatar el pronunciamiento jurisdiccional en el que un acto jurídico se declara inconstitucional –inexequible, según la terminología de la legislación colombiana-⁶³⁴.

Las sentencias que dicte la Corte Constitucional producto del examen de constitucionalidad de las normas legales serán de acatamiento obligatorio -efecto *erga omnes*- sólo en su parte resolutive⁶³⁵. Empero, los razonamientos esgrimidos por los jueces constitucionales constituirán un criterio auxiliar para la actividad jurisdiccional y para la aplicación de las normas de derecho en general⁶³⁶. Contra estas decisiones no existe apelación.

A diferencia de la Corte de Colombia, las sentencias de la Sala Constitucional no plantean diferenciación alguna sobre sus efectos. Según lo define el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las resoluciones que dicte son vinculantes *erga omnes*, de acatamiento obligatorio general, dice la norma, salvo para la propia Sala que puede variar sus posiciones. En idéntico sentido, las sentencias son definitivas e inapelables⁶³⁷. Empero, cabría una excepción relativa; en las consultas

⁶³²García Belaunde (Domingo) y Fernández Segado (Francisco). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 155.

⁶³³Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 243.

⁶³⁴Cortés Nieto (Johanna Pilar). *Op. Cit.* p. 112.

⁶³⁵En cambio, las resoluciones adoptadas en un proceso de acción de tutela tienen carácter obligatorio sólo *inter partes*. Igualmente, la motivación debe ser tomada como un criterio auxiliar de interpretación, ver: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, número 270 de 1996, artículo 48 y Decreto número 2067 de Colombia de 1991, artículos 21 y 23.

⁶³⁶Esto no deja de ser confuso, pues la Corte Constitucional ha indicado que si bien es la parte resolutive la que tiene efecto *erga omnes*, las motivaciones lo tendrán también en tanto constituyan un nexo causal inescindible con la parte dispositiva. Esa construcción teórica resulta borrosa a la hora de identificar cuáles son en la práctica los considerandos inescindibles, con lo cual la obligatoriedad del fallo se extiende realmente más allá de la decisión final de la Corte, ver: Henao Hidrón (Javier). *Op. Cit.* pp. 108-109.

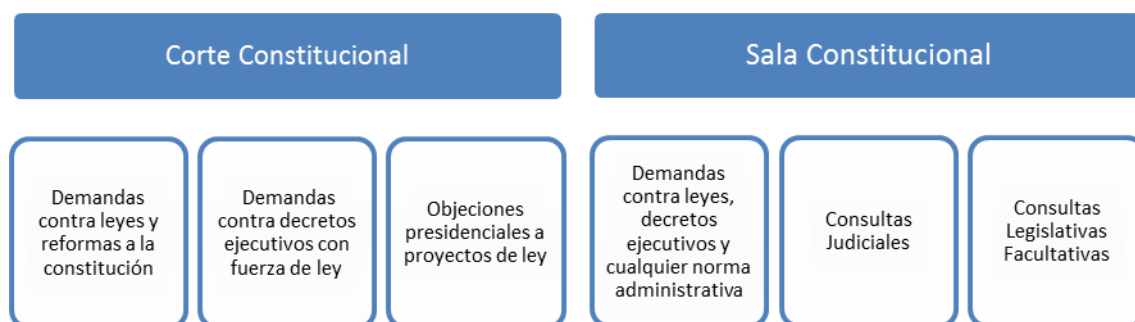
⁶³⁷Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículos 12 y 13.

legislativas el pronunciamiento es vinculante sólo por errores en el procedimiento⁶³⁸.

C.5 Síntesis de los procesos: relación oficio y a gestión de parte

Dada la gran cantidad de supuestos en los que los tribunales constitucionales ejercen el control de constitucionalidad es conveniente sintetizar las competencias asignadas. En los párrafos que preceden se indicó que hay procesos en los que las cámaras actúan de oficio y en otros a gestión de parte. Atendiendo a esta particularidad, esto es, de que, a diferencia de lo que señala la doctrina⁶³⁹, varias de sus competencias son ejercidas de oficio, se utilizarán las dimensiones competencias de oficio y competencias a gestión de parte a continuación. Describir las potestades desde este indicador, además, es un medio que permite vislumbrar con cuánto poder han sido revestidos los tribunales constitucionales analizados:

Tabla 6: Competencias en el control de constitucionalidad a gestión de parte sobre forma y fondo



Elaboración propia.

El mayor número de procesos que se deciden en sede constitucional deben ser promovidos por algún sujeto. En el caso de la Sala Constitucional las potestades parecieran más amplias, dado que la posibilidad de incoar procesos se extiende a

⁶³⁸Sin embargo, si luego el proyecto se aprueba, una vez convertido en ley, pueden plantearse cuestionamientos nuevamente a través de las otras vías de acceso, como la acción de inconstitucionalidad, ver: Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículos 97-101.

⁶³⁹ Häberle (Peter). *Op. Cit.* p. 167.

cualquier norma infraconstitucional. La gran ventaja que ofrece el proceso colombiano es que la legitimación activa es más simple de cumplir. La principal diferencia, cuando se tengan dudas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, es que, en Colombia, el poder ejecutivo es el que está legitimado para accionar ante la Corte. En cambio en Costa Rica, son los partidos políticos representados en el Congreso los que podrían acudir a la Sala Constitucional, no así el presidente de la república.

Tabla 7: Competencias en el control de constitucionalidad de oficio sobre forma y fondo

Corte Constitucional	Proyectos de leyes estatutarias
	Expedición de decretos ejecutivos de emergencia
	Aprobación de tratados internacionales
Sala Constitucional	Proyectos de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional
	Proyectos de reforma constitucional
	Aprobación de tratados internacionales

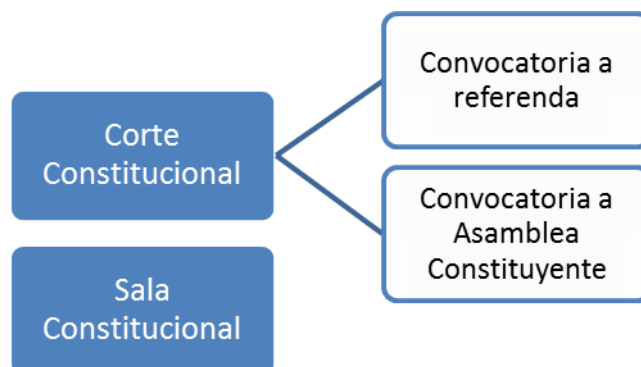
Elaboración propia

Teóricamente, una de las diferencias entre el proceso político y el proceso judicial estriba en el impedimento que tiene un órgano jurisdiccional de intervenir *motu proprio*⁶⁴⁰. No obstante, la distinción palidece al evaluar las competencias de los tribunales estudiados porque algunos de los procesos en que intervienen, como órgano decisor, exigen su participación obligatoriamente. Cuando los tribunales constitucionales actúan de oficio es la Corte de Colombia la que ha recibido mayores potestades. Puede ejercer el control de constitucionalidad en proyectos de reforma a leyes estatutarias, decretos de emergencia y tratados internacionales. Mientras

⁶⁴⁰Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* pp. 22-24.

tanto, la Sala de Costa Rica lo hace también en tres supuestos aunque uno de ellos es específico, pues se refiere a la modificación de una ley concreta, la de la jurisdicción constitucional.

Tabla 8: Competencia en el control de constitucionalidad de oficio sólo sobre forma



Elaboración propia

En estos dos supuestos, la Corte Constitucional ha recibido expresamente la posibilidad de incidir a través de una revisión de las convocatorias a referenda y a asambleas constituyentes. En la Sala Constitucional no existen normas similares. No esta autorizada a ejercer un control de oficio parecido. Aparte, en Costa Rica, en materia de consultas populares, como de asambleas constituyentes, el trámite es distinto y excluye la injerencia de la Sala⁶⁴¹.

D. Valoración doctrinal de la justicia constitucional en Colombia y Costa Rica

Con el retrato de los procesos que se ventilan en la Corte Constitucional y en la Sala Constitucional, los sujetos legitimados para iniciarlos y los efectos de las

⁶⁴¹La normativa costarricense en materia de referéndum encarga al Tribunal Supremo de Elecciones la fiscalización en todos los niveles. Sobre el tema puede consultarse: Ley de Regulación de Referéndum, número 8492, de 9 de marzo de 2006, artículos 7 a 11. En lo que se refiere a la convocatoria a asamblea constituyente sólo se pide una ley aprobada por mayoría calificada sin necesidad de sanción por parte del poder ejecutivo, ver: Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 196.

sentencias que profieren, se completa la respuesta a la pregunta ¿qué hacen los tribunales estudiados? El siguiente paso conduce a revisar los balances que, tras poco más de veinte años de existencia institucional, se han ido realizando acerca de su desempeño. En este acápite se presentarán los principales aportes que han hecho diferentes autores –sobre todo dentro de Colombia y Costa Rica- al momento de evaluar a ambas cámaras. De esta forma se irá aproximando la respuesta a una segunda pregunta, la cual se terminará de responder en el quinto capítulo. Sabiendo qué hace la justicia constitucional en Colombia y Costa Rica, se impone discurrir sobre otra cuestión: ¿cómo lo hace?

Lo que primero salta a la vista es la enorme cantidad de asuntos que anualmente se dilucidan ante la Corte Constitucional y la Sala Constitucional. Desde 1992 hasta 2011 en Colombia, se habían dictado cerca de 19 000 sentencias; en Costa Rica, en el periodo 1989 a 2011, alrededor de 200 000 resoluciones⁶⁴². Esto, unido a la celeridad con que la mayoría de expedientes son resueltos, habla de un intenso ritmo de trabajo⁶⁴³. Otro aspecto, también general, es que ambas cámaras cuentan con amplias facultades. Sus competencias, algunas de oficio, les permiten controlar actos emanados de los otros poderes del estado. El trabajo realizado ha estado lleno de alabanzas y, al mismo tiempo, de cuestionamientos. Lo llamativo es que desde dos diferentes trincheras, Colombia y Costa Rica, exista similitud en lo que se dice de uno y de otro tribunal constitucional.

Las dos principales virtudes recogidas por los autores son, por un lado, que la Corte Constitucional y la Sala Constitucional revolucionaron el valor de la jurisprudencia y, en consecuencia, variaron el involucramiento de la judicatura, o al menos de una parte de ella, en los grandes temas de la sociedad. Hay una reivindicación del rol judicial. Se apostó por un espíritu antiformalista que favorece una interpretación amplia de las cláusulas constitucionales. La orientación estaría dirigida más bien hacia valores materiales que a principios formales⁶⁴⁴.

⁶⁴²Wilson (Bruce).*Op. Cit.* p. 70.

⁶⁴³Osuna Patiño (Néstor Iván). *Op. Cit.* p. 49.

⁶⁴⁴Escobar Gil (Rodrigo). "El papel de la Corte Constitucional", *Revista Javeriana*, abril, 2004, Bogotá, p. 14.

Antes se contaba con un marco jurídico, prevaleciente en la tradición romano-civil, acogido sin discusión, que consistió en apegarse al texto de las disposiciones legales. Había poco margen para que se interpretaran valores y principios y se limitaba así una acción interpretativa de los jueces. Esta tradición jurídica ha regido igualmente en Costa Rica como en Colombia⁶⁴⁵.

El juez latinoamericano ha respondido al perfil adoptado por la judicatura de tradición europea continental. Una magistratura pasiva, encerrada en los textos legales, poco creativa y confinada en la creencia de una aplicación mecánica de la ley que no supusiera generar cambios profundos en la estructura de la sociedad, responsabilidad que se adjudicaba al legislador y al ejecutivo. Pero además estos elementos se agravaron en una región en la que el entramado judicial respondió con frecuencia a los intereses de los grupos más poderosos, convirtiendo al sistema de justicia en un espacio elitista, corrupto, excluyente o selectivo⁶⁴⁶.

El segundo gran mérito de los tribunales estudiados, está en que el reposicionamiento de la justicia constitucional y el valor que se le dio a su jurisprudencia encaminó, a una recolocación de los derechos fundamentales contenidos en la constitución política. Aquellos dejaron de ser entendidos como principios o valores difusos. Su protección y su tutela encontraron una nueva sede donde reclamarlos⁶⁴⁷.

Para Molina Betancur, en términos generales, la principal contribución de la Corte Constitucional de Colombia reside en la actualización que se hizo de la importancia que en una democracia tienen los derechos fundamentales como eje prioritario de la actuación del estado. El nuevo discurso ha implicado una transformación de la mentalidad jurídica y política que parte de una concepción

⁶⁴⁵Wilson (Bruce). *Op. Cit.* p. 65.

⁶⁴⁶Es la imagen que describe Pablo Neruda en el poema Los jueces: Neruda (Pablo). *Canto General*, Editorial Ayacucho, Venezuela, 1976, pp. 173-174. A propósito, el profesor Luis Pásara hace un análisis de cómo, dentro de muchas, una forma de rastrear al modelo de juez latinoamericano es a través de la revisión de la literatura de la región. El retrato en general es similar: jueces conservadores alineados a las oligarquías, cuando no de manera abierta al menos, subrepticamente. La justicia entendida como “...un ritual incomprensible que, más allá de cualquier racionalidad o previsibilidad, opera en manos de personajes siniestros, encabezados por jueces abusivos y abogados sin escrúpulos...” Pásara (Luis). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina...* pp. 516-517.

⁶⁴⁷Fajardo Sánchez (Luis Alfonso). *Op. Cit.* pp. 128-129.

estatal distinta en la que el cumplimiento de los deberes sociales ocupa un lugar central⁶⁴⁸.

Consideraciones similares se han esgrimido sobre la Sala Constitucional de Costa Rica. Para Hernández, uno de sus fundadores, su enorme trascendencia hay que verla en una doble vertiente. De una parte, en haber modificado el balance de los poderes, dado que sus pronunciamientos inciden –directa o indirectamente– sobre las decisiones políticas de los otros órganos del estado. De otra parte, en que despertó en la ciudadanía la conciencia de que los derechos fundamentales contenidos en la constitución política no eran simples declaraciones de buenas intenciones, sino garantías exigibles jurídicamente que contaban con un mecanismo eficiente de tutela tanto por vía de acción de inconstitucionalidad como de recursos de amparo y *hábeas corpus*⁶⁴⁹.

Con la Corte Constitucional colombiana nace un actor determinante con un formidable poder de control sobre el legislativo y el ejecutivo, a quien se le dio la potestad de interpretar las normas de la constitución. Todo esto le “... otorga un poder real y considerable respecto a las relaciones con los otros poderes en la práctica jurídica. La protección de los derechos fundamentales y la aplicación de la supremacía constitucional le brindan, igualmente, una legitimidad incontestable para definir por ella misma los tipos de relaciones con los otros poderes públicos a través del desarrollo de su jurisprudencia, que es su mecanismo de comunicación y decisión dentro del sistema...”⁶⁵⁰.

Refiriéndose a la Sala Constitucional costarricense, al cumplir en 2009 veinte años de existencia, Hernández dijo: “...A lo largo de su existencia, la Sala se ha convertido en el tribunal de la libertad, porque ha sido un paladín en la defensa de los derechos fundamentales de los discapacitados, los extranjeros– quienes antes de la creación de la Sala carecían de derechos en Costa Rica–, los enfermos, los niños, los ancianos, los imputados, los privados de libertad, etc. La Sala también ha hecho ricas

⁶⁴⁸Molina Betancur (Carlos Mario). *Problemáticas actuales de...* pp. 262-263.

⁶⁴⁹Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional...* p. 326.

⁶⁵⁰Sierra Cadena (Greenfieth de Jesús). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: el caso de la descentralización en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 100-108.

contribuciones en el campo de los derechos de tercera generación, como la tutela del ambiente y el derecho a la atención de la salud en sus diversas manifestaciones. En el campo institucional, la jurisprudencia le ha enseñado a los gobernantes de turno que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y que en un Estado de Derecho, como el costarricense, los funcionarios públicos son representantes de la nación soberana y no soberanos representantes de la nación... ”⁶⁵¹.

Empero, a la par se señala un abuso de las competencias de la Corte y de la Sala que ha llevado a un desorden institucional⁶⁵² sin que hasta el momento se avizoren límites que puedan zanjarlo⁶⁵³. El cambio desatado, a partir de la actuación de la Corte Constitucional, ha impulsado que se promuevan reformas para delimitar, con mayor precisión, el alcance de sus competencias⁶⁵⁴. La misma experiencia es posible encontrar en la Sala Constitucional, en algunos momentos –sobre todo al calor de decisiones que generaron molestia entre algunos sectores- se han fomentado reformas⁶⁵⁵. El inconveniente, como editorializaba *La Nación*, influyente periódico costarricense, es que las propuestas se han lanzado “a golpe de tambor” y con un claro tamiz revanchista⁶⁵⁶.

⁶⁵¹En: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS consulta realizada el 21 de junio de 2011.

⁶⁵²Se estaría ante, según los críticos, un exceso de *accountability* horizontal que habría provocado, de acuerdo al planteamiento teórico de O’Donnell, una parálisis decisoria –*deadlock*- ver: O’Donnell (Guillermo). “Estado de derecho y democracia en América Latina”... p. 24.

⁶⁵³Molina Betancur (Carlos Mario). *Problemáticas actuales de...* p. 285 y Solís Fallas (Alex). “La dimensión política de la justicia constitucional”, *Revista Parlamentaria*, volumen 7, número 2, agosto, San José, 1999, p. 263.

⁶⁵⁴Vallejo Mejía (Jesús). *Op. Cit.* p. 27.

⁶⁵⁵De las últimas que alimentaron intenciones reformistas en el Congreso fue la orden de la Sala de prohibir los retenes policiales, salvo que se tuviera un indicio de culpabilidad. Para el tribunal esta práctica viola el principio de inocencia y el derecho a la intimidad, mientras que para el gobierno central constituía un instrumento para combatir la criminalidad. La sentencia provocó una airada crítica de la presidenta de la república. En el mismo orden, puede mencionarse, la resolución en la que, luego de una consulta legislativa, los magistrados declararon inconstitucional, por vicios en el procedimiento, un proyecto de reforma tributaria catalogado como el proyecto más importante de la administración de la presidenta Laura Chinchilla. Ante el pronunciamiento, la mandataria afirmó que la Sala Constitucional se había convertido en una cámara alta que no permitía el avance de nuevas leyes en el país, ver: Sala Constitucional, sentencia 14821/10, www.nacion.com/2010-09-08/ElPais/NotasSecundarias/ElPais2512407.aspx consulta realizada 7 de noviembre de 2011 y www.nacion.com/2012-04-15/ElPais/chinchilla-llama-a-sala-iv-lsquo-camara-alta-rsquo-que-aletarga-avance-de-leyes-....aspx consultada realizada el 10 de mayo de 2012.

⁶⁵⁶_____. *Precipitada reforma de la justicia constitucional*, en: www.nacion.com/2010-09-21/Opinion/Editorial/Opinion2529113.aspx consulta realizada el 17 de setiembre de 2011.

No obstante, a pesar de las reacciones y los planes de reforma, ellos no han pasado de ser sólo una idea presente en el pensamiento político costarricense y colombiano. Se habla con frecuencia del tema. Sin embargo, a la fecha ninguno ha cristalizado⁶⁵⁷.

El análisis de la Corte Constitucional colombiana está fuertemente vinculado al de la constitución política que le da origen. Durante el proceso constituyente de 1991 se discutió cuál sería la mejor forma de asegurar que los contenidos de la novedosa constitución política estuvieran blindados jurisdiccionalmente⁶⁵⁸. Al final, prevaleció la tesis de quienes defendían una jurisdicción constitucional que, como se indicó líneas arriba, suponía una novedad adicional para el ordenamiento jurídico colombiano.

El nacimiento de la Sala Constitucional costarricense no es producto de un momento de ruptura constitucional fuerte, a diferencia de la experiencia colombiana. Sin embargo, la reforma constitucional que dio paso a la nueva justicia constitucional costarricense, provocó, según expresa la doctrina, una verdadera conmoción de la práctica jurídica⁶⁵⁹.

Los cuestionamientos vienen de diferentes sectores⁶⁶⁰. En relación a la Corte Constitucional, proceden de actores económicos que han criticado las sentencias que afectan a la macroeconomía, y de grupos conservadores que hacen lo mismo con sentencias como la de la despenalización del aborto o la de la laicidad del estado⁶⁶¹.

En lo que respecta a los fallos en materia económica, algunas voces discuten acerca de los trastornos que causan las sentencias en este tema y los costes que

⁶⁵⁷En el caso colombiano se ha propuesto, entre otras cosas, eliminar el control sustantivo de actos legislativos o exigir una mayoría calificada a la Corte para anular leyes, en: Herdegen (Matthias). *Op. Cit.* p. 69. En cuanto a la Sala Constitucional se ha propuesto eliminar el control previo de constitucionalidad, crear tribunales de garantías que conozcan en primera instancia los recursos de amparo o endurecer los requisitos de acceso para las acciones de inconstitucionalidad, ver: Rojas Ortega (Alex). *Reforma de la Sala Constitucional*, www.nacion.com/2010-12-23/Opinion/Foro/Opinion2629765.aspx consulta realizada 10 de mayo de 2012.

⁶⁵⁸López Daza (Germán Alfonso). *La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces?*, Editorial Universidad Surcolombiana, Bogotá, 2005, pp. 25-29.

⁶⁵⁹Espinoza Solano (Herbert) y Ramírez León (Karla). *La ejecución de las resoluciones de la Sala Constitucional*, tesis de grado, Universidad de Costa Rica, San José, 2001, p. 125.

⁶⁶⁰Molina Betancur (Carlos Mario). *Op. Cit.* p. 225.

⁶⁶¹Sierra Cadena (Greenfieth de Jesús). *Op. Cit.* p. 109.

ellas pueden suponer para el estado. Si los recursos son escasos, se argumenta, priorizar su destino, dado que siempre habrá rubros que no podrían satisfacerse por entero, es una decisión que corresponde a instituciones creadas para encargarse de esto; la judicatura no debería ser una de ellas.

Para Clavijo, que reprueba con dureza sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre reliquidaciones hipotecarias, controles a las tasas de interés o la orden de indexar los salarios del sector público, en esto hay un juego perverso. En nombre del estado social de derecho se exige un mayor gasto, sin embargo por *“...buenas y loables que sean las intenciones de las altas cortes, tendrá como resultado un incremento en las cargas tributarias, especialmente las de carácter indirecto, que gravan más que proporcionalmente a los pobres. De forma similar, aquellos montos que no pueden ser financiados con impuestos tendrán que solventarse a través de un mayor financiamiento o de una reducción de la inversión pública...”*⁶⁶². Serán las clases medias, termina el autor, las que deberán asumir decisiones que no fueron correctamente calibradas porque se expidieron por quienes no estaban capacitados para ello⁶⁶³.

En este mismo campo económico también se ha apuntado que la Corte Constitucional al decidir provoca inseguridad jurídica, porque las cosas pueden cambiar en cualquier momento y *“... lo más importante para un inversionista es tener normas que le permitan saber cómo debe comportarse, y en ese instante en Colombia nadie sabe cómo...”*⁶⁶⁴. Al resolver cuestiones económicas la Corte, se ha dicho, coparticipa en la formulación de políticas públicas y ello crea un ambiente de incertidumbre porque la asignación de los recursos y la concreción de un determinado plan de gobierno es tarea del legislativo y del ejecutivo⁶⁶⁵. A lo anterior

⁶⁶²Clavijo (Sergio). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Editorial Alfa y Omega, Colombia, 2001, p. 45.

⁶⁶³Ídem, p. 11.

⁶⁶⁴Ibáñez Najar (Jorge Enrique). *Corte Constitucional: ¿autoridad económica?* en: Molina Betancur (Carlos Mario) edr. *Corte Constitucional 10 años: balances y perspectivas*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2001, p. 242.

⁶⁶⁵*“...No puede entonces la Corte Constitucional fijar políticas públicas, en virtud de su incapacidad técnica –no ha sido concebida para el efecto y por tanto no cuenta con la información necesaria para adoptar una decisión correcta- (...) para ejercer esta atribución se elige al Presidente de la República y al Congreso Nacional...”* Morelli Rico (Sandra). *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001, pp. 41-42.

hay que agregar que aunque la Corte Constitucional toma decisiones de política pública no cuenta con mecanismos que garanticen su ejecución a diferencia de los otros poderes del estado⁶⁶⁶.

También se ha reclamado que en los estados de excepción, a diferencia de la antigua Corte Suprema a la que correspondía revisar estos decretos, la Corte se haya arrogado la potestad de controlar la forma y el fondo de la declaración. Aunque la opinión más extendida es que el control de la Corte “... *ha significado un notable avance en la limitación a los abusos de poder del ejecutivo...*”⁶⁶⁷, también hay quienes discrepan. Se asevera que, por tratarse de un acto discrecional, el poder ejecutivo debería contar con mayores márgenes de actuación y la Corte limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales. Al no hacerlo, se dice, se entorpece la gestión de un poder del estado que en ciertas circunstancias debe actuar con prontitud de acuerdo a su propio criterio, sin que las posiciones de otros órganos, en cuanto a la valoración material de la decisión, debieran influir⁶⁶⁸.

Finalmente, otra crítica común se dirige a los conflictos con las altas cortes del poder judicial, conocidos popularmente como “el choque de trenes”⁶⁶⁹. Verbigracia, la revisión, vía demanda de constitucionalidad, de las interpretaciones que hacen los otros tribunales⁶⁷⁰. Cada cámara reivindica la facultad de ser el órgano de cierre en la interpretación de los derechos fundamentales cuando estos deben ser abordados en cada jurisdicción⁶⁷¹.

⁶⁶⁶Fuentes López (Adriana). *Corte Constitucional y políticas públicas*, trabajo presentado como requisito para obtener el título de especialista en derecho constitucional, Universidad Nacional, Colombia, 2005, p. 19.

⁶⁶⁷Osuna Patiño (Néstor Iván). *Op. Cit.* p.52.

⁶⁶⁸Molina Betancur (Carlos Mario). *Op. Cit.* pp. 237-238.

⁶⁶⁹Molina Betancur (Carlos Mario). *¿Limitar o fortalecer la Corte Constitucional?* en: Molina Betancur (Carlos Mario) edr. *Corte Constitucional 10 años: balances y perspectivas*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2001, p. 301.

⁶⁷⁰Henaó Hidrón (Javier). *Op. Cit.* pp. 8-10 y Osuna Patiño (Néstor Iván). *Op. Cit.* p. 56.

⁶⁷¹Algunos ejemplos de esas disputas: Sentencia 426/02 –en la que se declara inconstitucional la interpretación que hizo el Consejo de Estado sobre el artículo 84 del código administrativo y la teoría de los móviles y las finalidades en materia administrativa- o la Sentencia 207/03 –en la que se echaron abajo las limitaciones que, según el Consejo de Estado, existían para la interposición de recurso de revisión contra sentencias-. En respuesta, el Consejo de Estado mediante sentencia de 4 de marzo de 2003 señaló que ningún órgano por muy alta jerarquía que tenga, puede crearse tener competencias ilimitadas y que, al abrogarse la Corte Constitucional el poder de reformar leyes y códigos expedidos por el Congreso, procede precisamente en ese sentido. También en el mismo voto el alto tribunal de lo contencioso-administrativo reafirmó su competencia para revisar la constitucionalidad de los

Según algunos autores “...el problema del antagonismo está planteado entre estas altas cortes y la inseguridad jurídica que ello implica se desbordará, no se sabe con qué consecuencias funestas...”⁶⁷². Otros, en cambio, sostienen que debe existir un órgano unificador de la jurisprudencia y que las mejores credenciales para tal tarea las tienen los tribunales constitucionales, dado que su ámbito de competencia se encuentra ceñido directamente al texto de la constitución⁶⁷³.

La estructura jurídica colombiana no otorga, formalmente, a la Corte Constitucional un rol superior frente a las otras cámaras integrantes de la rama judicial. Empero, una vez creada fue evolucionando hasta convertirse en un actor preeminente del sistema político y judicial de Colombia, definiendo sus pronunciamientos un control hasta entonces desconocido sobre el poder legislativo del Congreso y el poder reglamentario del ejecutivo. Un poder de veto que se impone al de cualquier otra alta corte del entramado judicial⁶⁷⁴. Se afirma que la Corte ha extendido sus competencias hasta traspasar los límites que la separan de los otros poderes del estado, “...en muchas ocasiones la Corte le dice al Gobierno y al legislador la forma de expedir al acto y la condicionalidad a la que está sometida su competencia en caso de aplicar ciertas decisiones autorizadas por la jurisdicción constitucional...”⁶⁷⁵.

Cuando el escrutinio se plantea sobre la Sala Constitucional, las objeciones son similares a las dirigidas contra la Corte colombiana. Posiblemente la objeción que no ha estado presente en Costa Rica, por estar prohibida la impugnación de otras

decretos del poder ejecutivo lo que no está sujeto al parecer de ninguna otra instancia, incluida, evidentemente, la Corte Constitucional. En sentencia 04/99 la Corte Constitucional modificó el criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre algunos supuestos en los que en ejercicio de su cargo los miembros del Congreso podrían cometer delitos. Los agrios enfrentamientos que se ha producido no se agotan en los procedimientos de inconstitucionalidad, también por la recepción que ha hecho la Corte Constitucional de acciones de tutela contra sentencias judiciales, ver: Martínez (Mauricio). *Op. Cit.* p. 90.

⁶⁷²Herrera Llanos (Wilson). *Op. Cit.* p. 79.

⁶⁷³Así se pronuncian Uprimny y García aunque admiten que algunos ajustes son necesarios. Recomiendan: establecer límites que respeten la jerarquía judicial y que existan otros plazos de caducidad, ver: Uprimny (Rodrigo) y García (Mauricio). *La reforma a la tutela ¿ajuste o desmonte?...*

⁶⁷⁴Sierra Cadena (Grenfieth de Jesús). *Op. Cit.* pp. 99-100.

⁶⁷⁵Fajardo Sánchez (Luis Alfonso). *Op. Cit.* p. 233.

resoluciones jurisdiccionales, es la de los conflictos entre el tribunal constitucional y los otros tribunales⁶⁷⁶.

Una de los reclamos que cotidianamente se formula al trabajo de la Sala Constitucional, sino el que más, es el de la invasión competencial. Arrebata, arguyen los detractores, las competencias de otros órganos del estado y lesiona, de paso, el principio democrático de separación de poderes⁶⁷⁷. La Sala, apuntan, se mete en todo y dicta resoluciones “...intolerablemente desapegadas del texto constitucional para un órgano jurisdiccional...”⁶⁷⁸. Se convirtió en un súper poder que se impone al resto de órganos públicos⁶⁷⁹. Para Barker, en la Sala Constitucional es posible emular la famosa frase del juez Charles Evans Hughes que afirma que la constitución es lo que los jueces dicen que es: “...such an asseertion would be implausible in many civil law countries, but in Costa Rica, despite its civil law tradition, the constitution today is what the Constitutional Chamber says it is...”⁶⁸⁰.

El coste económico de algunas decisiones del tribunal costarricense ha sido puesto sobre la mesa del debate. Aunque no se encontraron tantos análisis sobre las cuantías de las decisiones de la Sala para la hacienda pública, en términos de lo que el poder ejecutivo deja de hacer debido a los pronunciamientos jurisdiccionales, como de manera reiterada se ha hecho en Colombia, las autoridades de la seguridad social, por ejemplo, han expresado, de acuerdo a notas en prensa, algunas preocupaciones acerca del dinero que deben invertir al dar cumplimiento a las

⁶⁷⁶Han existido diferencias de criterios entre la Sala Constitucional y, sobre todo, las otras Salas de Casación. Empero no existe un solo reporte de conflictos en los términos enconados y hasta virulentos que se han dado en Colombia. Además al ser la jurisprudencia constitucional la única de acatamiento obligatoria la posición que prevalece es la de la Sala Constitucional por encima de cualquier otro tribunal nacional. Un estudio sobre visiones divergentes entre la Sala de Casación de lo contencioso-administrativo y la Sala Constitucional en: Aguilar Moya (Rodrigo) y Bermúdez Chaves (Carlos). *La potestad reglamentaria del poder ejecutivo en relación con el principio de reserva de ley a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera*, tesis de grado, Universidad de Costa Rica, San José, 1997, pp. 220-222.

⁶⁷⁷Espinoza Solano (Herbert) y Ramírez León (Karla). *Op. Cit.* pp. 251.

⁶⁷⁸Jurado (Julio). *Críticas a la Sala Constitucional*, en: La Nación (Periódico), jueves 23 de abril de 2009.

⁶⁷⁹Rodríguez Cordero (Juan Carlos). Sala Constitucional y equilibrio de poderes, en: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/009/docs/Sala_constitucional.pdf consulta realizada el 21 de octubre de 2011.

⁶⁸⁰Barker (Robert). “Stability, activism and tradition: the jurisprudence of Costa Rica’s Constitutional Chamber”, *Duquesne Law Review*, volume 45, number, 3, 2007, p. 528.

órdenes del tribunal constitucional⁶⁸¹. Para Mayorga, la Sala Constitucional se ha vuelto un peligro pues microadministra, sin medir el impacto económico sobre las políticas generales⁶⁸².

Otra de las críticas estriba en la supuesta ineficacia o incumplimiento de algunos de los pronunciamientos de la Sala Constitucional. En opinión de Espinoza y Ramírez, los inconvenientes para la ejecución de las órdenes constitucionales se originan en las propias condiciones orgánicas y funcionales que no crearon estructuras que facilitaran la verificación de que las decisiones del tribunal fueran cumplidas. En paralelo, le atribuyen a la misma Sala Constitucional un desinterés por controlar el acatamiento de las órdenes que profiere⁶⁸³.

A mayor abundamiento, en el informe del año 2010 del programa Estado de la Nación se incluyó un estudio exploratorio elaborado en conjunto con la Sala Constitucional cuyo objetivo, al hilo de lo anterior, consistía precisamente en darle seguimiento a las sentencias dictadas por el tribunal. Se tomaron los últimos meses del año 2009 y los primeros de 2010. Para los investigadores el resultado hubo de calificarse como contundente y preocupante: los niveles de cumplimiento de las sentencias de la Sala Constitucional son, en términos globales, significativamente bajos, aunque sobre todo en resoluciones por recursos de amparo o *habeas corpus*⁶⁸⁴.

También se ha señalado que el diseño concentrado de la Sala Constitucional y la flexibilidad para iniciar los procesos se convirtieron, con los años, en un problema que la ha llevado a “... estar desesperadamente sobrecargada...”⁶⁸⁵. La gran cantidad

⁶⁸¹Así se consigna en: www.nacion.com/2011-07-24/ElPais/caja-preocupada-porque-cumplir-fallos-de-la-sala-iv-le-sale-carro.aspx consulta realizada 30 de octubre de 2011.

⁶⁸²Mayorga (Armando). *Sala IV desbocada*, en: www.nacion.com/2010-07-18/Opinion/ColumnistaDelDia/Opinion2450673.aspx consulta realizada 14 de agosto de 2011.

⁶⁸³Espinoza Solano (Herbert) y Ramírez León (Karla). *Op. Cit.* p. 223-237. De acuerdo con Ana Virginia Calzada, presidenta de la Sala Constitucional, la dificultad de controlar el cumplimiento de todas las órdenes de la Sala es innegable. Por esto, aseguró, en los últimos meses se ha encargado una parte del personal administrativo del tribunal para la verificación de que los pronunciamientos se acaten, en: Calzada (Ana Virginia). *Entrevista*. Magistrada presidenta, Sala Constitucional, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010.

⁶⁸⁴En: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/016/1-cap%201-sinopsis.pdf consulta realizada el 4 de noviembre de 2011.

⁶⁸⁵Lösing (Norbert). *La Sala Constitucional de Costa Rica: ejemplo de una éxitos jurisdicción constitucional en Latinoamérica...* p. 256.

de asuntos que resuelve el tribunal constitucional costarricense es causa también, se ha aseverado, de un grave caos institucional, pues, mientras llegan los pronunciamientos, muchos de los cuales se atrasan ante la avalancha de expedientes, la norma o el acto cuestionados dejan de aplicarse generando una parálisis jurídica⁶⁸⁶.

Pero la crítica no se hace sólo por un aspecto de eficiencia numérica, es decir cuántos asuntos entran y cuántos salen resueltos, sino por la incidencia que el exceso de trabajo tiene en la calidad del servicio prestado “... se puede afirmar que la Sala, ante el acoso de la inmensa cantidad de asuntos que debe conocer y que está en incapacidad material de resolver como se debe, es decir, con estudio detallado de cada uno de ellos, ha recurrido al mismo expediente de los dictadores que se ven acorralados por quienes claman por la vigencia efectiva de la libertad: la represión. En este caso la represión significa rechazar ad portas una gran cantidad de recursos sin estudiarlos a fondo...”⁶⁸⁷. Seguramente comparar el trabajo de la Sala con un dictador es un ejemplo poco afortunado empero, no por eso la crítica, acerca de las consecuencias de la relación cantidad versus calidad del servicio, habría de ser ignorada.

Un aspecto que debe atenderse es cómo han sido valorados los tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica en función de sus distintas conformaciones. Para quienes estudian el desarrollo de la Corte Constitucional existe una diferencia entre la primera integración del tribunal -1992 a 2000 aproximadamente- y las siguientes -2001 a 2009 y 2009 a la fecha aproximadamente⁶⁸⁸-. En el periodo inicial se generó una jurisprudencia emancipatoria-progresista⁶⁸⁹, la cual fue fuente de cambios sociales significativos. En esta primera etapa “... la Corte Constitucional adquiere un papel protagónico, pues con sus decisiones se materializa en parte la legitimidad del Estado y el Derecho, en el ejercicio de su función primordial, la cual despertó esperanza en los ciudadanos y las ciudadanas (...) quienes vieron cómo realmente existía una posibilidad de salvaguardia

⁶⁸⁶Pérez Tremps (Pablo) y Hernández Valle (Rubén). *La justicia constitucional como elemento de consolidación en la democracia en Centroamérica*, Editorial Tirant lo balnch, Valencia, 2000, p. 52.

⁶⁸⁷Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional...* pp. 357 ss.

⁶⁸⁸Sobre las integraciones ver el comentario que se hace en el acápite A.1 del capítulo quinto.

⁶⁸⁹Fajardo Sánchez (Luis Alfonso). *Op. Cit.* p. 136.

de los derechos establecidos en la Carta...”⁶⁹⁰. Para Martha Sáchica Méndez, secretaria general de la Corte desde sus inicios, el tribunal ha mantenido un alto perfil en todas sus integraciones. Eso, sin embargo, no impide, de acuerdo a su criterio, admitir que luego del año 2000, aunque siempre activista y protagónica, la Corte Constitucional haya tenido un desempeño más “reposado e incluso dialogante con los otros poderes del estado”⁶⁹¹.

Algo equivalente ocurre en Costa Rica. De acuerdo con Hernández, en los primeros años la Sala se asumió con mucha determinación “... numerosos derechos fundamentales, cuya violación nunca antes había encontrado protección de los tribunales de justicia fueron reivindicados por la Sala...”⁶⁹². Empero, asevera el autor costarricense, luego ha habido un cambio y, desde su perspectiva, los siguientes años han marcado un periodo de estancamiento. Las sentencias innovadoras dejaron de dictarse y aunado a la ya mencionada sobre carga de trabajo la mayoría de asuntos son rechazados. El control de constitucionalidad, ha revivido soterradamente, finaliza Hernández, la presunción de constitucionalidad de las normas por lo que la jurisprudencia ha sufrido un atasco en su evolución⁶⁹³.

Al evaluar el desempeño de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional se muestran elementos comunes. Por una parte, una protección de los derechos fundamentales y un mayor control sobre el ejercicio del poder que ejercen otros actores políticos gracias al surgimiento de los órganos estudiados. Por otra parte, una interrogante acerca de si en la protección y el control se ha producido un exceso que ha hecho que lo que prevalezca sea la posición de los tribunales, por encima de las decisiones que otros órganos también, jurídica y políticamente, deben tomar.

Lo anterior, unido a las modulaciones según las integraciones de los tribunales, pone la investigación en un punto crucial. Lo recogido en este capítulo parte de la opinión de expertos que han estudiado el desempeño de la Corte

⁶⁹⁰Ídem, p. 135.

⁶⁹¹Sáchica Méndez (Martha). *Entrevista*. Secretaria General, Corte Constitucional, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

⁶⁹²Hernández Valle (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional...* p. 327.

⁶⁹³Ídem, pp. 337-348.

Constitucional y la Sala Constitucional. Un análisis sistematizado de la producción jurisprudencial permitirá corroborar si alabanzas y críticas encuentran sustento fáctico.

Conclusión

En este cuarto capítulo se han descrito los rasgos de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica, en relación a su diseño institucional y su origen histórico. De esta manera, se han confrontado los procedimientos de control de constitucionalidad ejercidos por ambos tribunales, así como los requisitos de legitimación, los efectos de las sentencias y los mecanismos de selección de los magistrados. Se puso de relieve, también, que su nacimiento ha sido catalogado como fruto de momentos de crisis y cambio constitucional. Otros elementos de esta confrontación merecen ser resaltados.

En primer lugar, la Corte Constitucional y la Sala Constitucional no sólo poseen, cuantitativamente, muchas competencias, sino que además varias de ellas se ejercen de oficio. Algunas suponen un control *a priori* mediante el cual se puede detener o reorientar decisiones de los otros órganos políticos.

En segundo lugar, puede decirse, al cotejar los dos procedimientos de inconstitucionalidad principales –demanda de inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad-, que éstos se distinguen por la amplitud con la que los ciudadanos pueden acudir a sus tribunales constitucionales. Tanto en la Sala Constitucional como en la Corte Constitucional cualquiera puede proponer la discusión de la regularidad constitucional de las normas jurídicas. Esta podría ser la principal conclusión, una vez que han sido expuestos los trámites requeridos. No existen condicionamientos temporales para acudir a los tribunales constitucionales. Si bien en Colombia el control de constitucionalidad por aspectos formales caduca transcurrido un año, desde la expedición de la norma confutada, las cuestiones de fondo pueden discutirse sin límite de tiempo.

Hay matices, en un caso y en otro, que no pueden soslayarse, aunque al final la conclusión general a la que lleva su análisis sea similar: dos órganos con canales de

acceso muy amplios para el control de la constitucionalidad. Por ejemplo, en Colombia sólo pueden incoar una demanda los ciudadanos de este país; en Costa Rica para hacerlo, está legitimada cualquier persona sin distinción de nacionalidad. En cambio, para acudir a la Sala Constitucional se requiere que la persona accionante tenga un proceso judicial o administrativo pendiente, lo que restringe de alguna manera el acceso, que no encuentra ningún tipo de barrera en la Corte Constitucional⁶⁹⁴.

También conviene destacar que en la Sala Constitucional y en la Corte Constitucional, se admite la posibilidad de realizar audiencias orales y públicas para discutir los distintos alegatos. Además, que existen otros mecanismos para incluir y ampliar la participación de otros actores –físicos u orgánicos- en el debate que surge de la apertura de los procesos. El punto cardinal de estos procedimientos es la participación ciudadana, un aspecto inusual en el modelo austriaco de control de constitucionalidad, y sus variantes, adoptado en Europa.

En un estudio de Pegoraro sobre justicia constitucional comparada, se pasa revista a una amplia gama de países y los recursos de inconstitucionalidad ante sus respectivas jurisdicciones⁶⁹⁵. Lo común es que sean actores políticos –presidente del gobierno, primer ministro, partidos políticos, defensor del pueblo, autoridades de las regiones o los estados, etc.- los únicos órganos legitimados para cuestionar la constitucionalidad de las leyes. La posibilidad de que individualmente las personas acudan a los tribunales constitucionales no está prevista, ni siquiera por los ordenamientos jurídicos de la justicia constitucional que se ha considerado más desarrollada⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴Algo, sin embargo, que pareciera no incidir en el acceso real de las personas. Como se verá en el capítulo quinto el número de asuntos por control de constitucionalidad que conoce la Sala Constitucional duplica al de la Corte Constitucional.

⁶⁹⁵Pegoraro (Lucio). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli Editore, 1998, pp. 78-82.

⁶⁹⁶Tajadura (Javier) y De Miguel (Josu). *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp 1-3. Torres Muro utiliza una expresión muy ilustrativa, en modelos como el español o el italiano tienen legitimación activa “... solamente instituciones básicas y por ser vos quién sois...”. El recurso de inconstitucionalidad ha sido reservado para pocos actores. Se alega que una acción popular o excesivamente abierta es causa de inseguridad jurídica dado que se prestaría para demagogias y para una “...interferencia sistemática y por vía extraparlamentaria en la

En tercer lugar, respecto a los otros procedimientos de control de constitucionalidad, es posible, dejando de lado las distinciones puntuales sobre trámites, plazos y algunas otras formas, que la diferencia más notable que se puede apuntar es que mientras el poder ejecutivo cuenta en Colombia con un mecanismo concreto para bloquear –consultando– los proyectos del legislativo, en Costa Rica éste no existe. Ante la Sala Constitucional son los diputados del Congreso los que pueden acudir, a través de la consulta facultativa, lo que podría suponer un medio para ejercer presión sobre las decisiones y los proyectos del poder ejecutivo, pero también para que los partidos minoritarios tengan, en la consulta, un instrumento con el cual detener algunas de las iniciativas de las bancadas mayoritarias.

En definitiva, se está frente a dos órganos jurisdiccionales dotados de amplias competencias de control y de protección de los derechos fundamentales. Con los años su desempeño ha sido objeto de sendos debates. Se les reconoce haber tutelado los derechos de las personas frente al ejercicio del poder y al mismo tiempo haber actuado como contrapeso de otros actores políticos.

Vista la definición sobre activismo judicial que se desarrolló en el segundo capítulo junto a la descripción que se ha hecho, en el tercer y cuarto capítulos, sobre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Constitucional, y el contexto en el que se han desarrollado, es necesario determinar, a partir del estudio de su jurisprudencia, si efectivamente los tribunales en cuestión pueden ser catalogados como activistas o si, por otro lado, su desempeño podría implicar otro tipo de caracterizaciones

actividad legislativa...”, ver: Torres Muro (Ignacio). *Legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 29, 32. Aunque podría aclararse que hay otros procesos constitucionales, como el recurso de amparo alemán, en los que de manera excepcional se permite a los ciudadanos llegar directamente hasta la justicia constitucional, y cuestionar leyes ver: Häberle (Peter). *El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania*, en: Fix-Zamudio (Héctor) y Ferrer Mac-Gregor (Eduardo). *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, México, 2006, pp. 724-733.

Capítulo V: El desempeño activista de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica: aproximación empírica

“...Revisar las cosas en su desnudo, efectivo y dramático ser. Es la única manera de encontrarnos verdaderamente con ellas...”

(José Ortega y Gasset, Unas lecciones de filosofía, p. 18).

Hasta aquí se han expuesto los rasgos que caracterizan la evolución de la magistratura con relación a su posicionamiento frente a los otros poderes del estado. Los jueces de tradición europea continental han protagonizado cambios en cuanto a su rol histórico. La introducción de mecanismos de control de constitucionalidad, se explicó, los ha recolocado en el entramado democrático, pues se les encomendaron una serie de funciones dirigidas a vigilar a los otros órganos estatales, teniendo como eje referencial la constitución política.

Los cambios suscitados, con el surgimiento de nuevos fenómenos en el marco de las relaciones interorgánicas, han sido objeto de estudio de la ciencia jurídica y la ciencia política. De allí, como se profundizó en el capítulo segundo, aparecen conceptos como activismo judicial, los cuales revelan unas formas particulares de comunicación entre los jueces y los otros actores del sistema político.

Las críticas y las alabanzas vertidas, sobre la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica, aconsejan que la relevancia, para bien o para mal, que han tenido estas cámaras, lleve a examinar su desempeño. Si como afirmó el juez Charles Evans Hughes: “... we live under the constitution; but the constitution is what the judges say it is...”⁶⁹⁷ es necesario saber qué es exactamente lo que hacen los jueces al hablar en nombre de la constitución, sobre todo cuando se acepta que las distintas manifestaciones jurídicas, incluidas las sentencias, pueden tener un efecto creativo que impacta a la realidad de modos diversos⁶⁹⁸. El derecho y, como

⁶⁹⁷Hughes (Charles Evans) citado por López Medina (Diego). *Op. Cit.* p. 3.

⁶⁹⁸Olivecrona (Karl). *Lenguaje jurídico y realidad*, Editorial Fontarama, México, 1999, pp. 42 y 69.

se ha puntualizado en numerosas ocasiones, la constitución política también, no pueden responder desde la literalidad de sus contenidos a todas las cuestiones que se planteen⁶⁹⁹, ni el juez se basta con la aplicación del tradicional silogismo judicial⁷⁰⁰. Recuerda Pásara: “...las sentencias judiciales constituyen el producto principal del sistema de justicia. Por ellas se conoce no sólo al sistema sino, en particular, a los jueces que las dictan. De modo que, en definitiva, puede decirse que al examinar las sentencias se pasa revista a aquello que, en un país dado, es en realidad la justicia, no según los textos legales sino como vigencia efectiva para los ciudadanos...”⁷⁰¹.

Abordar el activismo judicial de dos tribunales constitucionales conduce a un tema que se ha mencionado en los capítulos precedentes⁷⁰². Se trata de la interpretación constitucional. En el caso de la interpretación constitucional se presentan dificultades tanto en orden a los problemas inherentes a cualquier ejercicio hermenéutico⁷⁰³, como a las características propias del objeto a interpretar, la constitución política⁷⁰⁴. El lenguaje jurídico puede resultar vago y hasta borroso; no puede olvidarse que, al ser el mismo lenguaje común, muchas veces la concreción de la estructura sintáctica de las disposiciones jurídicas es inevitable⁷⁰⁵. Por eso, el significado que el juez le concede a una norma, cuando la confronta con la constitución, es un elemento que despierta especial interés.

⁶⁹⁹Hart (Herbert). “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Revista Sistema*, número 36, mayo, 1980, pp. 5-6. Sobre la interpretación de las normas jurídicas ver: Iturralde Sesma (Victoria). *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 35-74 y Moreso (José Juan). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 233-238.

⁷⁰⁰Andreut (Armando). *La sentencia judicial*, en: Ghirardi (Olsen) edr. *El razonamiento judicial*, Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2001, pp. 74-75.

⁷⁰¹Pásara (Luis). *Ley, Justicia y Sociedad en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2010, p. 156.

⁷⁰²Ver capítulo segundo apartado A.

⁷⁰³Dueñas Ruiz (Óscar José). *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008, pp. 48-49.

⁷⁰⁴Carbonell (Miguel). Prólogo, en: Guastini (Riccardo). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...* p. 9. También ver: Moreso (Juan José). *Op. Cit.* p. 183.

⁷⁰⁵Wróblewski (Jorge). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Editorial Civitas, 2001, Madrid, p. 42.43. Mendonca y Guibourg apuntan que los principales problemas que pueblan la interpretación de la constitución son: ambigüedad –una palabra tiene más de un significado-, vaguedad –cuando una formulación normativa carece de precisión en cuanto su contenido significativo-, indeterminación –falta de información acerca de algún aspecto relevante-, alteración –cuando en una formulación normativa se agregan elementos por error, no queridos por la autoridad

Sin embargo, ha habido, como escribe Guastini, un problema de enfoque que ha hecho que los estudios al respecto, en la tradición del sistema romano civil, revelen un sesgo. De acuerdo con el profesor de la Universidad de Génova, los estudios sobre interpretación constitucional antes que describir cómo interpretan, por ejemplo los jueces, las normas de la constitución o las normas infra constitucionales al realizar el test de constitucionalidad, lo que han hecho es prescribir cómo debería hacerse. Agrega Guastini: “...aunque a veces se encuentra información sobre las prácticas interpretativas de los tribunales constitucionales, casi toda la literatura existente sobre la interpretación de la constitución tiene un contenido claramente prescriptivo: no describe la forma en la que, de hecho, se comportan los intérpretes de la constitución en su práctica interpretativa, sino más bien recomienda a los intérpretes de la constitución lo que deberían hacer...”⁷⁰⁶.

Por esta razón conviene dilucidar el comportamiento de uno de los intérpretes de la constitución política, el juez constitucional, al establecer el significado de las normas constitucionales o el alcance de las otras normas jurídicas cuando se confrontan con el parámetro de legitimidad constitucional. No hacerlo conlleva el riesgo de que el análisis únicamente se quede en el nivel del deber ser, y no en el de la realidad del producto que ofrece un operador jurídico concreto.

Siguiendo a Blasco Soto, toda sentencia, y en particular la constitucional, establece un diálogo con la teoría de la interpretación porque es expresión de una actividad integradora del ordenamiento en su conjunto⁷⁰⁷. Empero, una aseveración como la de la autora sólo estaría completa si se avanza, regresando a Guastini, del plano prescriptivo al plano descriptivo; en otras palabras, si se indaga, a través de casos específicos, cómo ejercen los jueces el rol de intérpretes de la constitución política. Del quehacer de los dos tribunales constitucionales bajo examen, en función de los conceptos desarrollados en los acápites anteriores, versará el siguiente, y último, capítulo.

legislativa, lo que desvirtúa su significado-, etc. ver: Mendonca (Daniel) y Guibourg (Ricardo). *La odisea constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 98-106.

⁷⁰⁶Guastini (Riccardo). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...* p. 66.

⁷⁰⁷Blasco Soto (María del Carmen). *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 41.

El capítulo se divide en tres grandes apartados. En el primero se explicará el diseño metodológico del trabajo de campo. En el segundo se presentarán los resultados del estudio de las sentencias pertenecientes a la muestra seleccionada. Este segundo párrafo se detendrá, de un lado, en los hallazgos generales del activismo judicial. Pero también, de otro lado, se dedicará un espacio a describir los hallazgos, respecto a cada uno de los indicadores que, a tenor de la definición adoptada, se han considerado expresión de activismo judicial. El abordaje permitirá elaborar un perfil de la sentencia activista de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica en los periodos revisados. En el tercer, y último apartado, se buscará, mediante la confrontación de los órganos jurisdiccionales objeto de examen, hacer una síntesis de cuál es la caracterización que debería concederse a cada una, de acuerdo a los conceptos desarrollados en los capítulos anteriores.

A. Diseño metodológico

A partir del concepto por el que se ha decantado esta tesis sobre activismo judicial, y en atención a la relevancia que la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional costarricense han tenido en la literatura sobre justicia constitucional en América Latina, interesa ahora retomar una pregunta: ¿son ejemplo de activismo judicial los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica? Será, pues, esta variable –activismo judicial– desde la cual se describirá el desempeño de los tribunales estudiados. Se realizará un estudio de las resoluciones en materia de control de constitucionalidad, según las competencias asignadas a cada tribunal descritas en el capítulo cuarto.

A.1 El periodo seleccionado

En esta investigación la unidad de análisis serán los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica dentro de un periodo histórico que comienza con la creación de ambas cámaras, en 1991 y 1989 respectivamente, y se extiende hasta el

año 2010⁷⁰⁸. Se tomó como punto de cierre el año 2010 porque hasta allí se encontraron, al momento de iniciar el estudio de la jurisprudencia, los datos sistematizados sobre los 2 tribunales.

Dado que existen diferencias en el modo como se integran la Corte Constitucional y la Sala Constitucional –la primera está compuesta por nueve miembros, mientras la segunda por siete, por periodos de ocho años en ambos casos, sin embargo el tribunal costarricense, a diferencia del tribunal colombiano, admite la reelección de sus magistrados- los casos de estudio se trabajan en un solo periodo por país. Al no existir un patrón común sobre las conformaciones de ambos tribunales, en cuanto a las integraciones ni a los momentos en los que operan relevos, no resulta útil fijar otra clase de divisiones diacrónicas

En las siguientes tablas se enumeran los miembros de los tribunales a lo largo de tiempo:

Tabla 9: Sala Constitucional de Costa Rica por integraciones

1989-1990	1991-1992	1993	1994-1996
Alejandro Rodríguez	Alejandro Rodríguez	Carlos Arguedas	Carlos Arguedas
Rodolfo Piza	Rodolfo Piza	Rodolfo Piza	Rodolfo Piza
Luis Fdo. Solano	Luis Fdo. Solano	Luis Fdo. Solano	Luis Fdo. Solano
Jorge Castro	Jorge Castro	Jorge Castro	Jorge Castro
Luis Paulino Mora	Luis Paulino Mora	Luis Paulino Mora	Luis Paulino Mora
Jorge Baudrit	Jorge Baudrit	Jorge Baudrit	Ana Calzada
Juan Luis Arias	Eduardo Sancho	Eduardo Sancho	Eduardo Sancho

⁷⁰⁸En el caso colombiano, el estudio inicia en 1992 puesto que, aunque fue creada en la asamblea constituyente de 1991, la Corte Constitucional comenzó oficialmente sus funciones unos meses después, en febrero de 1992, en: SÁCHICA MÉNDEZ (Martha). *Entrevista*. Secretaria General, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ACTIVISMO JUDICIAL

1997-2002	2003-2004	2005-2008	2009-2010	2011-hoy
Carlos Arguedas	Carlos Arguedas	Fernando Cruz	Fernando Cruz	Fernando Cruz
Rodolfo Piza	Gilbert Armijo	Gilbert Armijo	Gilbert Armijo	Gilbert Armijo
Luis Fdo. Solano	Luis Fdo. Solano	Luis Fdo. Solano	Fernando Castillo	Fernando Castillo
Adrián Vargas	Adrián Vargas	Adrián Vargas	Adrián Vargas	Paul Rueda
Luis P. Mora	Luis P. Mora	Luis P. Mora	Luis P. Mora	Luis P. Mora
Ana Calzada	Ana Calzada	Ana Calzada	Ana Calzada	Ana Calzada
Eduardo Sancho	Ernesto Jinesta	Ernesto Jinesta	Ernesto Jinesta	Ernesto Jinesta

Fuente: Elaboración propia con base en datos de plataforma electrónica de la Sala Constitucional.

Desde 1989 hasta 2012 ha habido, pues, 14 magistrados titulares en la Sala Constitucional. Las variaciones han sido mínimas y los relevos no siguieron una tendencia temporal identificable. El periodo más extenso, con una misma integración, fue de 5 años, de 1997 a 2002. En ese año salieron Rodolfo Piza y Eduardo Sancho; el primero falleció y el segundo se acogió a su jubilación. No obstante, los cambios nunca han sido de más de dos jueces simultáneamente. La conformación actual mantiene a uno de los magistrados de la Sala de 1989, Luis Paulino Mora, el cual es, además, presidente de la Corte Suprema costarricense.

Tabla 10: Corte Constitucional de Colombia por integraciones

1991-1992	1993 a junio 1998	1998 a agosto 2000	2000 a mayo 2004
Simón Rodríguez	Hernando Herrera	Álvaro Tafur	Álvaro Tafur
Jaime Sanín	Vladimiro Naranjo	Vladimiro Naranjo	Clara Vargas
Fabio Morón	Fabio Morón	Fabio Morón	Marco Monroy
Alejandro Martínez	Alejandro Martínez	Alejandro Martínez	Jaime Araujo
José G. Hernández	José G. Hernández	José G. Hernández	Jaime Córdoba

CAPÍTULO V: APROXIMACIÓN EMPÍRICA AL ACTIVISMO JUDICIAL

Eduardo Cifuentes	Eduardo Cifuentes	Eduardo Cifuentes	Luis E. Montealegre
Jorge Arango	Jorge Arango	Alfredo Beltrán	Alfredo Beltrán
	Carlos Gaviria	Carlos Gaviria	Manuel Cepeda
	Antonio Barrera	Antonio Barrera	Rodrigo Escobar

2004 a junio 2006	2006 a julio 2007	2007 a febrero 2009	2009 hasta hoy
Álvaro Tafur	Álvaro Tafur	Mauricio González	Mauricio González
Clara Vargas	Clara Vargas	Clara Vargas	Jorge Palacio
Marco Monroy	Marco Monroy	Marco Monroy	Juan C. Henao
Jaime Araújo	Jaime Araújo	Jaime Araújo	María V. Calle
Jaime Córdoba	Jaime Córdoba	Jaime Córdoba	Gabriel Mendoza
Humberto Sierra	Humberto Sierra	Humberto Sierra	Humberto Sierra
Alfredo Beltrán	Nilson Pinilla	Nilson Pinilla	Nilson Pinilla
Manuel Cepeda	Manuel Cepeda	Manuel Cepeda	Luis Vargas
Rodrigo Escobar	Rodrigo Escobar	Rodrigo Escobar	Jorge Pretelt

Fuente: Elaboración propia con base en datos de plataforma electrónica de Corte Constitucional.

En la integración de la Corte Constitucional, a diferencia de la Sala Constitucional, se distinguieron periodos de cambios significativos. Esto obedece, sobre todo, a que la legislación colombiana no permite la reelección de los magistrados. En 2 ocasiones hubo renovación de la mayoría de los jueces de la Corte. Primero en el año 2000, cuando se eligieron 7 nuevos integrantes, y luego en 2009, año en que fueron electos 6 jueces. En otras 5 oportunidades se registraron

reemplazos de entre 1 y 2 magistrados. Al terminar 2011, 29 personas habían ocupado el cargo de magistrado de la Corte Constitucional de Colombia⁷⁰⁹.

A.2 Muestra e indicadores

Se ha tomado una muestra de un 10 % de las sentencias de control de constitucionalidad. El universo de resoluciones de la Corte Constitucional es de 5018⁷¹⁰, y el de la Sala Constitucional, de 9338⁷¹¹. De acuerdo con los sitios web, el número de pronunciamientos por control de constitucionalidad distribuidos por año –demandas de constitucionalidad, objeciones presidenciales, revisión de tratados y revisión de decretos de emergencia, en Colombia y acciones de constitucionalidad, consultas legislativas, consultas judiciales y revisión de tratados, en cuanto a Costa Rica- son los siguientes:

Tabla 11: Número de sentencias de constitucionalidad por año

Año	Corte Constitucional	Sala Constitucional
1989	–	56
1990	–	343
1991	–	479
1992	52	494
1993	204	485
1994	222	439
1995	227	477
1996	347	536
1997	305	565
1998	240	586

⁷⁰⁹Hay que aclarar que desde la entrada en funcionamiento de la Corte, en febrero de 1992, hasta 1993 sólo hubo 7 magistrados. En el transitorio 22 de la constitución de Colombia de 1991 se indicó que durante el primer año el tribunal constitucional estaría integrado por ese número de jueces. En la siguiente elección, fueron reelegidos, por un nuevo periodo de 8 años –y por una única vez dada la prohibición de reelección-, 5 magistrados de los 7 originales quienes estuvieron, salvo Jorge Arango, hasta el año 2000, ver: Constitución Política de Colombia de 1991, transitorio 22.

⁷¹⁰Tomado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁷¹¹Tomado de: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm

1999	288	630
2000	396	602
2001	368	563
2002	340	296
2003	338	364
2004	327	382
2005	261	381
2006	248	284
2007	204	292
2008	260	361
2009	209	352
2010	182	371

Fuente: Elaboración propia con base en datos de plataformas electrónicas de Corte Constitucional y Sala Constitucional.

Así, se han elegido aleatoriamente 502 pronunciamientos del tribunal colombiano y 933 del tribunal costarricense distribuidos proporcionalmente entre todos los años correspondientes al estudio. Los fallos se han extraído de las plataformas electrónicas institucionales respectivas⁷¹². Se han utilizado las listas completas de resoluciones por año y la selección se hizo tomando la primera sentencia de cada una y luego una por cada diez hasta completar el 10% anual.

Debe aclararse que, como las listas incluían todos los procedimientos conocidos anualmente, esto es, no sólo los de control de constitucionalidad, la numeración final de las decisiones jurisdiccionales podría no corresponderse con una secuencia continua –por ejemplo 1, 10, 20, 30, etc.-. En la selección de la muestra

⁷¹²La selección de las resoluciones tomó, al tratarse de un universo muy grande -casi quince mil sentencias en total-, varias semanas de trabajo. Es importante resaltar las diferencias entre los sitios web, algo que hizo que variara, según el tribunal, la dificultad de la obtención de la muestra. En efecto, en cuanto a Costa Rica la tarea fue bastante más complicada. El primer escollo se encontró en el acceso mismo a la jurisprudencia, dado que al ser el mismo portal del poder judicial costarricense la información incluía los procesos de todos los tribunales de apelación y de casación del país. No sólo se habla de un interfaz, en el caso colombiano, más amigable, posiblemente, por ser de un único tribunal. Hay que decir, además, que los niveles de navegabilidad –facilidad con la que se accede a la información- y accesibilidad –tipo de información disponible-, como el formato de descarga –tipo de archivo con el que se descarga la información- ofrecidos por la plataforma de la Corte Constitucional facilitaron la recolección de los pronunciamientos analizados, en comparación con la Sala Constitucional.

únicamente se contabilizaron los pronunciamientos de control de constitucionalidad, de acuerdo al orden en que aparecieron en los buscadores de las páginas web.

Según sea la variable en estudio, la unidad de observación sufre modificaciones; para la determinación de activismo judicial importa detectar la presencia de alguno de los cinco indicadores con arreglo al concepto expuesto en el capítulo segundo⁷¹³. Como fue advertido, se entenderá que una sentencia es activista cuando se esté en presencia de, al menos, uno de estos indicadores. Los indicadores, se recuerdan ahora, son los siguientes:

1. Contestación o confirmación de los actos de los otros poderes.
2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.
3. Utilización de sentencias interpretativas.
4. Definición de una política pública.
5. Decisión ultrapetita.

B. Tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica: aproximación empírica al activismo judicial

Un primer hecho que debe subrayarse es la cantidad de expedientes que anualmente conocen la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional costarricense. En Costa Rica, de 1989 a 2010, se tramitaron, según los datos reportados por la propia Sala, 231 824 causas. De ellas, 196 835 fueron recursos de

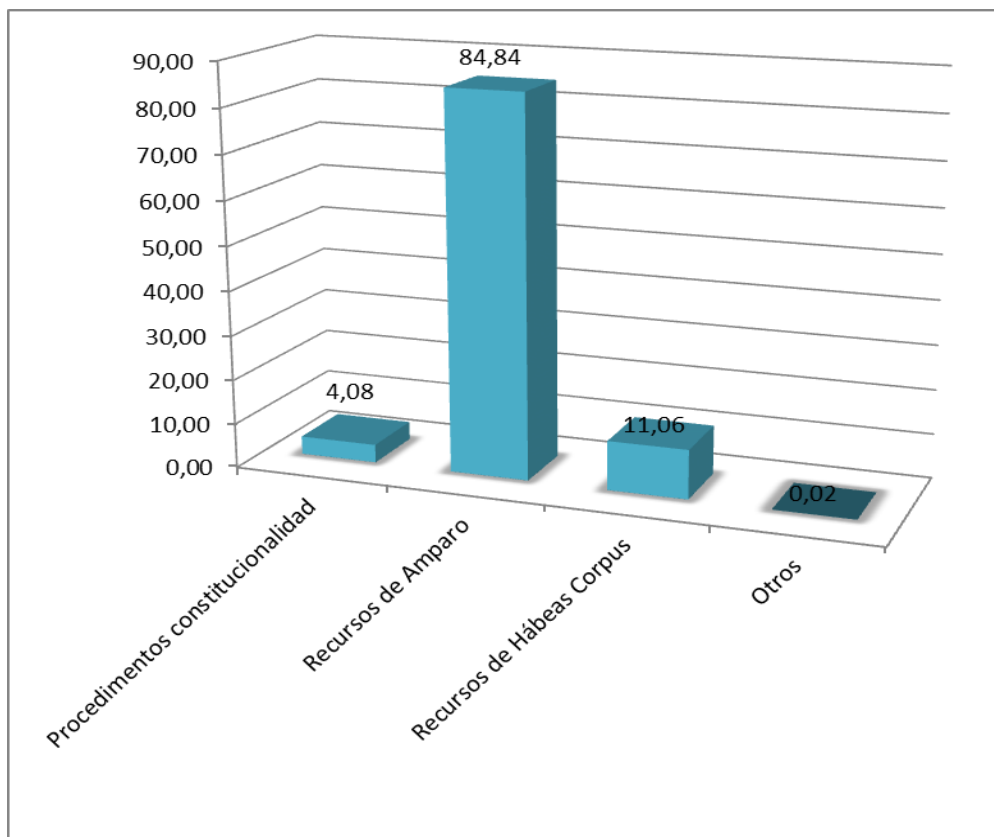
⁷¹³Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces -constitucionales- con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del estado como la definición de políticas públicas por el propio juez, ver: capítulo segundo apartado C.2. Evidentemente ha habido sentencias cuya categorización, según los indicadores, pudo ser más complicada porque no resultaba del todo claro si debían incluirse dentro de uno u otro indicador. Lo importante es la clasificación como sentencias activistas; desde ahora, sin embargo, se admite que en algunos casos la ubicación puede ser debatible y los argumentos esgrimidos para su justificación.

amparo, 25 651 recursos de *hábeas corpus* y el resto, 9 338, procedimientos de control de constitucionalidad⁷¹⁴.

Aunque como se veía en la tabla 5, con datos relativos al control de constitucionalidad, que es el que se investiga aquí, los números revelan variaciones entre los distintos años, es cierto también que son altos en términos generales, siendo el año 1999 el que presenta un mayor número de procesos de control de constitucionalidad -630- y el año 1989 el menor -56-, el siguiente año es 2007 con 292-.

Estas cifras llevan a la conclusión de una alta demanda del sistema de justicia constitucional. En el siguiente gráfico se muestra la relación de expedientes entre los distintos procesos conocidos en el periodo de estudio -1989-2010-:

Gráfico 2: Procedimientos ante Sala Constitucional en periodo 1989-2010

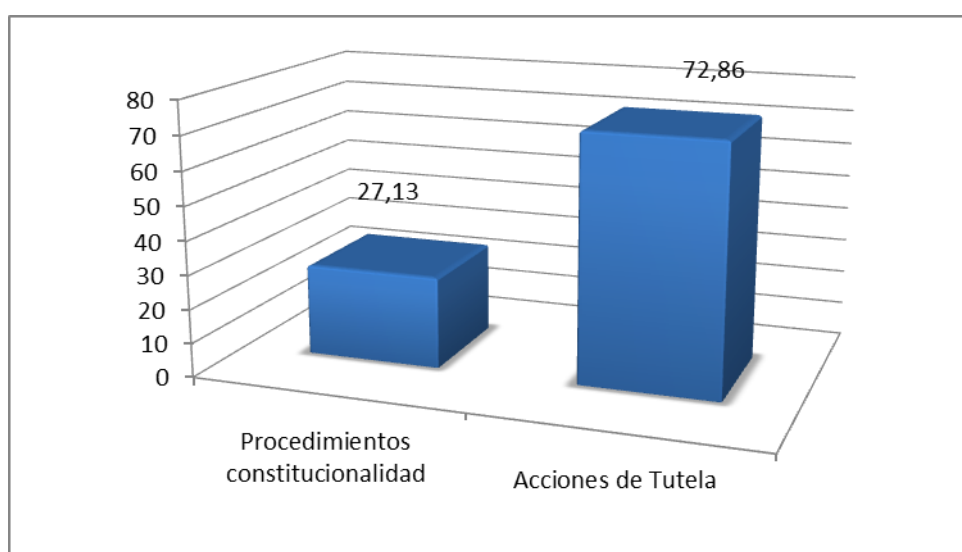


Fuente: Elaboración propia con base en datos de plataforma electrónica.

⁷¹⁴En: www.poder-judicial.go.cr consulta realizada el 21 de enero de 2012.

En relación a la Corte Constitucional de Colombia, la situación, en cuanto al porcentaje de procedimientos de constitucionalidad respecto a las acciones de tutela, si bien algo menor, es similar a la de la Sala Constitucional. Un 27.13%, en el periodo comprendido entre 1992 y 2010, fueron resoluciones por la primera clase de procedimientos⁷¹⁵. En el siguiente gráfico se describe la relación de los procedimientos de control de constitucionalidad con los procedimientos de protección de los derechos fundamentales:

Gráfico 3: Procedimientos ante Corte Constitucional en periodo 1992-2010



Fuente: Elaboración propia con base en datos de plataforma electrónica.

Los números totales indican que se tramitaron 5018 procedimientos de control de constitucionalidad y 13 647 acciones de tutela. El año en que se registró el mayor número de asuntos de control constitucional fue el 2000 -396- y el menor 1992 -52-. También aquí debe advertirse una alta demanda de parte de la ciudadanía hacia la jurisdicción constitucional colombiana.

Aunque el grueso de la carga de trabajo de cada tribunal corresponde a acciones de tutela y recursos de amparo, las cifras por procedimientos de control de constitucionalidad son elevadas, incluso si se comparan con otros tribunales

⁷¹⁵Fuente www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/ consulta realizada el 24 de enero de 2012.

constitucionales latinoamericanos⁷¹⁶. De otro lado, no puede olvidarse que, históricamente, la función principal de los tribunales constitucionales inspirados en el sistema austriaco es el control de constitucionalidad de las normas. Indagar sobre este aspecto permitirá conocer el desempeño de las cámaras estudiadas en lo que supone, repítase a riesgo de ser reiterativo, la competencia que dio origen a la justicia constitucional del modelo concentrado.

Aclarado lo anterior, puede afirmarse, en suma, que los canales de acceso a ambas cámaras, descritos en el capítulo cuarto, han permitido una activa y sostenida participación ciudadana desde la creación de la Corte Constitucional y la Sala Constitucional. Los años con menor ingreso de asuntos coinciden, casualmente, con los años de su nacimiento. Es posible deducir que, en ese momento, al no existir todavía conciencia sobre los alcances de la nueva justicia constitucional de cada país, el número de procedimientos por control de constitucionalidad en los primeros meses fuera más bajo. Lo destacable, sin embargo, es que una vez pasado ese periodo los tribunales se consolidaron y se disparó su producción jurídica.

B.1 Tipo de activismo

Al revisar las sentencias, un dato que merece ser recalcado es la variedad de temas que fueron conocidos por los tribunales constitucionales. Es posible

⁷¹⁶Por ejemplo, en el periodo 1995 a 2004 la Sala Constitucional de El Salvador conoció sólo 146 procesos de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional de Perú, entre los años 1996 y 2012, tramitó 402 procesos de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de México, que a mediados de la década de 1990 impulsó una reforma a su justicia constitucional, recibe, desde 1996, un promedio de 60 acciones de inconstitucionalidad por año. La Corte Constitucional de Guatemala resolvió, entre 2006 y marzo de 2012, 368 recursos de inconstitucionalidad, unos 55 cada año. Finalmente, el caso chileno, de 1981 a 2006 el número de asuntos que ingresó anualmente al Tribunal Constitucional llegó con dificultad a 40 –aunque debe decirse que esa cifra ha comenzado a igualarse a las de Colombia y de Costa Rica; desde la reforma de 2005, mediante la cual se concedieron nuevas competencias de control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional de Chile ha experimentado un crecimiento notable en las causas que ingresan cada año; ha pasado de recibir 40 gestiones de constitucionalidad a tramitar 236 en 2006, 320 en 2007, 276 en 2008 y 289 en 2009-. Los datos fueron obtenidos de los portales electrónicos de los tribunales citados respectivamente: www.csj.gob.sv, www.tc.gob.pe, www.scjn.gob.mx, www.cc.gob.gt y www.tribunalconstitucional.cl consultas realizadas el 13 de mayo de 2012. Se intentó recopilar los datos de otros tribunales constitucionales de la región, sin embargo en los sitios web consultados no se tenía ninguna información sobre estadísticas anuales – Bolivia, Honduras, Paraguay, República Dominicana- o la información era apenas parcial –Nicaragua, Uruguay y Ecuador-.

encontrar resoluciones que decidieron sobre aspectos de una enorme trascendencia, como la reelección presidencial⁷¹⁷ y la laicidad del estado⁷¹⁸, en Colombia; o como la aplicación de las técnicas de fertilización *in vitro*⁷¹⁹ y la apertura del monopolio de las telecomunicaciones en Costa Rica⁷²⁰; hasta otros con poca o ninguna relevancia, en términos sociales o políticos.

⁷¹⁷Sentencia 1040/05 de la Corte Constitucional de Colombia. Es la primera de dos resoluciones que definieron el futuro político del ex presidente Álvaro Uribe. En la sentencia del año 2005 la Corte avaló la reforma constitucional que permitía la reelección presidencial por una única vez. En su criterio, vertido en un extenso fallo, de 326 folios, los magistrados, de un lado indican que la Corte no debía examinar el contenido material de una reforma constitucional, salvo cuando con ella se de la sustitución de la constitución, fenómeno que, dijeron, ocurre cuando un elemento definitorio o esencial, en vez de ser modificado, es remplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Por otra parte, estimaron que esto no había ocurrido con la reforma que permitía la reelección presidencial y que, supuso a la postre, habilitar a Uribe para un segundo periodo.

⁷¹⁸Sentencia 027/93 de la Corte Constitucional de Colombia. Se conoció una demanda de inconstitucionalidad contra la ley que aprobó un Concordato entre Colombia y la Santa Sede. La Corte consideró que varios aspectos del tratado suponían una violación al principio de laicidad y de la visión que la carta magna dispone sobre el estado social y democrático de derecho. Se establecían una serie de potestades y ventajas a la Iglesia Católica incompatibles con aquellos. De esta forma, se declararon inconstitucionales varias normas, por ejemplo la participación de la Iglesia en la definición de políticas de comunidades indígenas, los aportes económicos del estado a los colegios católicos, la existencia de una vicaría castrense, la inclusión en los planes educativos de una asignatura de religión católica y no de otras denominaciones religiosas, etc.

⁷¹⁹Sentencia 2306/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica. En dicho pronunciamiento se cuestionó que un reglamento, aprobado por el poder ejecutivo para regular esta técnica, al no asegurar el embarazo de la paciente suponía una violación al derecho a la vida. De acuerdo con los magistrados, la vida humana se entiende protegida desde el momento mismo de la concepción con lo cual el uso de embriones implicaba una instrumentalización de la vida, contra los principios de dignidad humana y protección de la vida. La polémica decisión, cuyo resultado estuvo dividido, 5 jueces a favor y 2 jueces en contra, hizo que desde el año 2000 la fertilización *in vitro* esté prohibida en Costa Rica. Actualmente el estado costarricense enfrenta una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, promovida por un grupo de parejas con problemas de fertilidad al que se le negó la posibilidad de someterse al procedimiento médico, la demanda puede encontrarse en: www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf consulta realizada 13 de agosto de 2012.

⁷²⁰Sentencia 4569/08 de la Sala Constitucional de Costa Rica. A finales de la década de 1940 se creó el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) que dio al desarrollo de las telecomunicaciones en Costa Rica un impulso significativo. Durante mucho tiempo se reconoció al ICE el haber sacado del estancamiento tecnológico al país. Sin embargo, con los años, se fue cuestionando la capacidad que tendría la institución para seguir brindando servicios de calidad. A principios del año 2001 se intentó su privatización, durante la administración del presidente Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, sin embargo una fuerte oposición de diferentes sectores que condujo a huelgas, manifestaciones y bloqueos obligó al gobierno a desistir de la idea. En agosto de 2008 se aprobó una nueva ley que definió una regulación, hasta entonces desconocida en Costa Rica, que permitía la incursión en el mercado de telecomunicaciones de nuevos competidores. De esta forma, el servicio no se privatizó, sino que se permitió al estado competir junto con otros oferentes privados. La apertura de telecomunicaciones en Costa Rica se dio como consecuencia de los compromisos adquiridos, al firmar el “*Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*” (CAFTA por sus siglas en inglés), suscrito el 5 de agosto del 2004. La Sala, en la sentencia mencionada, avaló la apertura de las telecomunicaciones, aunque, como se verá más adelante, cuestionó algunos aspectos en la tramitación de la ley que debieron ser corregidos por el Congreso. Sobre el proceso de apertura de telecomunicaciones en Costa Rica puede verse: Monge Campos

Por ejemplo, ante la Corte Constitucional, un ciudadano presentó en el año 1997 una demanda de inconstitucionalidad contra el himno nacional. En su criterio, varias estrofas hacían apología de la violencia, predicaban la rebelión armada e inspiraban a las guerrillas y a los paramilitares y consagraban preceptos religiosos del cristianismo⁷²¹.

Mientras tanto, en la Sala Constitucional fue conocida, en 2007, una acción de inconstitucionalidad contra la ley número 8442 de 2005 mediante la cual se autorizó, como medida para estimular el turismo, que algunas festividades nacionales, por ejemplo el día de la madre, que se celebra el 15 de agosto, o el día del descubrimiento de América, 12 de octubre, fueran disfrutadas en viernes. El gestionante argumentó que se violaba el derecho a la protección a la cultura, a la familia y al fortalecimiento de la identidad nacional⁷²².

La cantidad de asuntos permite desde ahora derivar una primera conclusión. El número de expedientes que se recibieron anualmente, tras dos décadas de existencia, retrata a 2 instancias que se convirtieron en espacios que los ciudadanos vieron como una ventana de oportunidad para articular demandas, a través del control de constitucionalidad de las normas, sobre, como se comentó, una gran variedad de cuestiones.

i. Resultados generales

Aplicados los indicadores de activismo judicial a las 502 sentencias de la Corte Constitucional de Colombia el resultado revela que, en el periodo comprendido

(Cristian). “Telecomunicaciones, Apertura y Expectativas”, *Revista El Foro*, Colegio de abogados, número 9, San José, Costa Rica, 2009, pp.5-13.

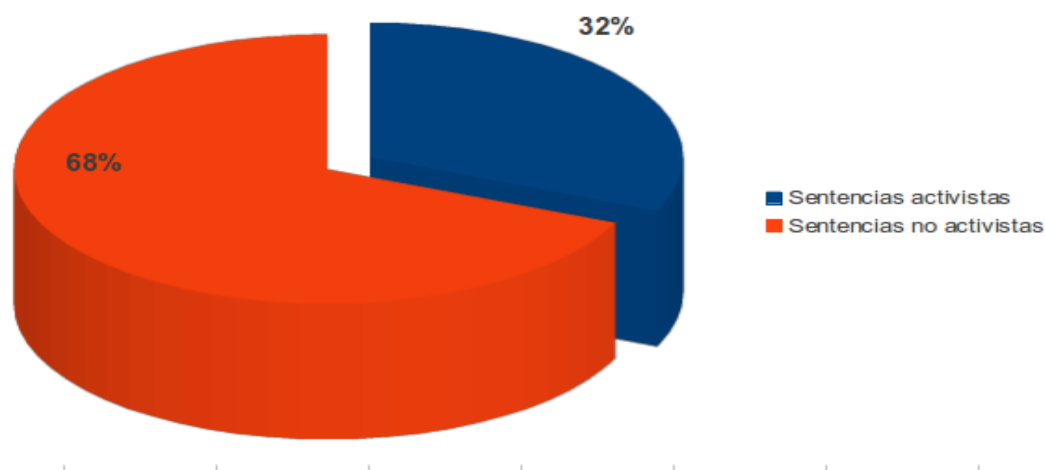
⁷²¹Sentencia 469/97 de la Corte Constitucional de Colombia. En esta resolución la Corte rechazó la pretensión del demandante porque en su criterio el himno cumple una función expresiva de un momento histórico, la independencia, sin comprometer ni condicionar. Su finalidad, dijeron los magistrados, no pugnaba con los principios y derechos reconocidos por la constitución política.

⁷²²Sentencia 1133/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica. La Sala advirtió que los alegatos no tenían relevancia constitucional. Los jueces concluyeron, que ni la constitución política, ni tampoco los tratados internacionales que citó el actor, señalaban que debían establecerse determinados días como festivos. La decisión de cuándo se deben disfrutar las efemérides nacionales, zanjaron, compete exclusivamente al legislador.

entre los años 1992 y 2010, 157 de ellas pueden ser calificadas como resoluciones activistas y 345 como no activistas.

Los números llaman la atención porque, a diferencia de lo que han advertido algunos críticos de la Corte, como fue visto en el capítulo cuarto, más de dos terceras partes de la muestra fueron resoluciones deferentes a la voluntad de los otros poderes del estado. Dicho de modo distinto, sólo en un 32% de las 502 resoluciones se contestaron actos del poder ejecutivo o del poder legislativo, se reconocieron o expandieron derechos, se utilizaron sentencias interpretativas, se definieron políticas públicas o se concedió más de lo pedido por los demandantes.

Gráfico 4: Activismo judicial y control de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia en periodo 1992-2010

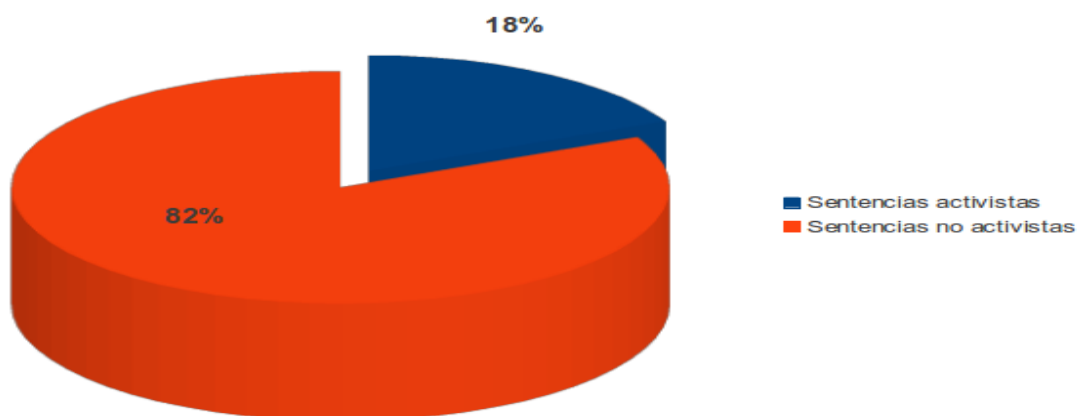


Elaboración propia.

Más llamativos, todavía, son los datos obtenidos, al seguir idéntico análisis, en cuanto a la Sala Constitucional de Costa Rica. De las 933 sentencias revisadas, solamente 167 pudieron ser calificadas como activistas, las otras 766 fueron sentencias no activistas. Las cifras indican, entonces, que, entre los años 1989 y 2010, apenas el 18% de las resoluciones son sentencias activistas, frente al 82% que no lo es. Aquí la relación es más contundente que en el caso colombiano; menos de

la cuarta parte del universo de sentencias examinadas ha sido categorizada como activista.

Gráfico 5: Activismo judicial y control de constitucionalidad de la Sala Constitucional de Costa Rica en periodo 1989-2010



Elaboración propia.

Los resultados, se comentaba, son más sorprendentes en el caso costarricense porque muestran un activismo judicial menor aún que el del caso colombiano. Pero sobre todo porque los reproches han sido prácticamente los mismos para ambos tribunales, acusados en repetidas veces de un hiper protagonismo. Las cifras, entonces, empujarían el debate hacia una nueva interrogante, ella es, saber si ese exceso de protagonismo, de existir, significa activismo judicial en los términos propuestos en esta tesis. Se regresará a esta cuestión en el apartado C.

El análisis que sigue se centrará en lo que, posiblemente, constituye el aspecto más interesante -incluso más que el resultado sobre la relación sentencias activistas versus sentencias no activistas-. Determinar cuáles indicadores y cuáles combinaciones fueron identificados entre las 157 resoluciones activistas del tribunal suramericano y entre las 167 del tribunal centroamericano.

En relación con el primer punto, se tiene que el indicador de activismo judicial que más estuvo presente en los pronunciamientos de la Corte Constitucional fue el tercero, *utilización de sentencias interpretativas*; localizado en 103 resoluciones. El siguiente indicador encontrado en un mayor número de ocasiones fue el primero, *contestación de actos de los otros poderes del estado*, el cual se registró en 67 fallos. Luego, con una diferencia significativa en proporción a los dos anteriores, se ubicaron los indicadores *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*, el cual fue contabilizado 17 veces; *decisión ultrapetita* en 8 sentencias y, por último, *definición de una política pública* en 3.

En Costa Rica, el orden de los indicadores se repite, salvo los dos primeros, aunque, como es lógico, con diferencia en la cantidades. De este modo, el indicador que más se registró fue *contestación de actos de los otros poderes del estado*, en 103 resoluciones. Después, contado 82 veces, se ubicó el indicador *utilización de sentencias interpretativas*. Los otros 3 indicadores, al igual que en la Corte Constitucional de Colombia, fueron respectivamente *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*, el cual se encontró en 28 sentencias, *decisión ultrapetita*, observado en 20 ocasiones y *definición de una política pública*, detectado, apenas, en 1 de los pronunciamientos.

Tabla 12: Presencia de indicadores de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica

	Contestación	Derechos	Sentencia interpretativa	Política Pública	Ultrapetita
Sentencias Corte Constitucional de Colombia	67	17	103	3	8
Sentencias Sala Constitucional de Costa Rica	103	28	82	1	21

Elaboración propia.

La sumatoria de los indicadores de cada tribunal supera la cifra de las sentencias calificadas como activistas, 157 en Colombia y 167 en Costa Rica. Esto, como puede deducirse, obedece a que, en varias de las resoluciones, se encontraron dos o más indicadores. Al examinar las sentencias activistas, se identificaron decisiones en las que únicamente estuvo presente uno de los cinco indicadores. En la mayoría de los pronunciamientos ocurrió de esta manera, 119 en Colombia y 112 en Costa Rica. El resto registró varios tipos de combinaciones. En las resoluciones colombianas y en las costarricenses fueron observados 8. Las combinaciones se detallan a continuación:

Tabla 13: Combinación de indicadores de Corte Constitucional de Colombia

Indicadores ⁷²³	1 y 2	1 y 3	1 y 5	1, 2, 3 y 4	2 y 3	3 y 4	3 y 5	1, 3 y 5
Sentencias	1	11	4	1	15	2	3	1

Elaboración propia.

Para la Corte Constitucional de Colombia, se tiene que en 1 sentencia hubo *contestación de actos de otros poderes del estado y reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas*. En 11, *contestación y utilización de sentencias interpretativas*. Asimismo, ese primer indicador estuvo acompañado de *decisión ultrapetita* en 4 ocasiones y de *reconocimiento o expansión de derechos, sentencia interpretativa y definición de una política pública* en 1 de los votos revisados.

⁷²³La numeración de las tablas 13 y 14 respeta el orden seguido a lo largo de la tesis para identificar cada indicador. Para no generar confusión en su lectura se recuerdan nuevamente: 1. Contestación de los actos de los otros poderes. 2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas. 3. Utilización de sentencias interpretativas. 4. Definición de una política pública. 5. Decisión ultrapetita.

En cuanto al segundo indicador, *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas*, en 15 de los pronunciamientos del tribunal suramericano estuvo junto a *utilización de sentencias interpretativas*.

Finalmente, se contabilizaron 2 sentencias interpretativas, tercer indicador, en las que se definió una política pública, 3 en las que se concedió más de lo pedido por el demandante, esto es, *decisión ultrapetita* y 1 en la que se contestó un acto de otro poder, se reconocieron o ampliaron derechos y se fue más allá de la pretensión de la parte.

Al analizar, de otro lado, los 55 fallos de la Sala Constitucional de Costa Rica en los que se presentaron 2 o más indicadores, simultáneamente, hubo también 8 combinaciones. Las combinaciones son las siguientes:

Tabla 14: Combinación de indicadores de Sala Constitucional de Costa Rica

Indicadores	1 y 2	1 y 3	1, 3 y 4	1 y 5	1, 2 y 5	1, 3 y 5	2 y 3	3 y 5
Sentencias	12	7	1	8	2	7	14	4

Elaboración propia.

Vista la tabla 14 se encuentra, entonces, que en 12 sentencias hubo *contestación de actos de otros poderes del estado y reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas*. Los indicadores 1 y 3, *contestación de actos de otros poderes del estado y utilización de sentencias interpretativas*, aparecieron juntos en 7 resoluciones. El mismo indicador *contestación de actos de otros poderes del estado* estuvo acompañado de *utilización de sentencias interpretativas y definición de una política pública* 1 vez y de *decisión ultrapetita* en 8 pronunciamientos. También fueron detectados otros fallos en los que se localizó la presencia de dos indicadores acompañando a *contestación de actos de otros poderes del estado*. Se trató de 2 casos, el primero, con *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas*

jurídicas y decisión ultrapetita, en 2 sentencias y el segundo, con *utilización de sentencias interpretativas y decisión ultrapetita*, combinación hallada en 7 ocasiones.

El segundo indicador, *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas*, en 14 de las decisiones del tribunal centroamericano fue seguido de *utilización de sentencias interpretativas*.

Por último, el tercer indicador, *utilización de sentencias interpretativas* estuvo a la par del quinto, *decisión ultrapetita*, en 4 resoluciones.

Al comparar las combinaciones se tiene que hubo 2 de ellas que no se dieron en ambos tribunales. Una sólo apareció en la Corte Constitucional, indicadores 1, 2, 3 y 4, *contestación de actos de otros poderes del estado, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas, utilización de sentencias interpretativas y definición de una política pública*. La otra únicamente se encontró en la Sala Constitucional. Fueron los indicadores 1, 2 y 5, *contestación de actos de otros poderes del estado, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas y decisión ultrapetita*. Lo anterior significa que en la mayoría se observaron combinaciones similares.

ii. Resultados por indicador

Presentado el resultado general de las sentencias activistas conviene ahondar en los pronunciamientos especificándolos, ahora, según cada uno de los indicadores. Se iniciará con una revisión de las sentencias donde apareció uno solo de los cinco indicadores. En el apartado final se analizarán las resoluciones que registraron dos o más de ellos, a tenor de las combinaciones descritas en el párrafo anterior.

a. Activismo judicial por contestación de los actos de los otros poderes del estado

La literatura ha considerado que una de las formas más simples de medir el activismo judicial consiste en determinar cuándo los jueces revierten o anulan

disposiciones de los otros poderes del estado⁷²⁴. Tratándose del control judicial de las normas, la contestación se verifica si una corte declara la inconstitucionalidad de un precepto jurídico, dictado por el poder legislativo o por el poder ejecutivo.

Tabla 15: Sólo contestación actos poderes del estado

	Leyes	Decretos	Tratados y proyectos de ley	Otros
Corte Constitucional	21	18	10	-
Sala Constitucional	36	12	10	5

Elaboración propia.

Al revisar el trabajo de la Corte Constitucional se encontró que entre 1992 y 2010 hubo 49 sentencias en las que los magistrados sólo anularon normas de leyes, decretos, tratados internacionales y proyectos de ley⁷²⁵. Esta cantidad representa el 9,7% del total de decisiones revisadas -502⁷²⁶- y el 31% del activismo judicial. De dichos pronunciamientos, 21 fueron contra leyes y 18 contra decretos de emergencia o con fuerza de ley. Los otros 10 fallos se originaron en revisiones de oficio de tratados internacionales -6- y en objeciones presidenciales a proyectos de ley -4-.

En lo que a la Sala Constitucional respecta, en el periodo 1989 a 2010, las sentencias en las que se contestaron actos de los otros poderes del estado llegaron a 63, siendo, además, el indicador de activismo judicial que más se observó en el tribunal costarricense⁷²⁷. Las 63 resoluciones equivalen al 6.7% del universo de

⁷²⁴Young (Ernest). *Op. Cit.* pp. 1145-1146.

⁷²⁵Estas resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia son las siguientes: 087/93, 428/93, 070/94, 300/94, 350/94, 425/94, 562/94, 245/95, 466/95, 596/95, 245/96, 365/96, 433/96, 552/96, 049/97, 243/97, 660/97, 017/98, 087/98, 199/98, 269/98, 562/98, 247/99, 23/00, 795/00, 1137/00, 1374/00, 1435/00, 1488/00, 1714/00, 046/01, 713/01, 757/01, 1176/01, 484/02, 940/02, 979/02, 531/03, 309/04, 333/05, 672/05, 930/05, 1152/05, 541/08, 839/08, 417/09, 932/09, 289/10 y 702/10.

⁷²⁶Este porcentaje aumenta a un 13,1% si se suman las sentencias -17- en las que, como se consigna en la tabla 13, hubo contestación de actos de los poderes del estado junto con algún otro indicador.

⁷²⁷Las resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica son: 121/89, 069/90, 088/90, 128/90, 568/90, 718/90, 719/90, 1059/90, 1260/90, 1587/90, 557/91, 1195/91, 2232/91, 193/92, 660/92, 990/92,

pronunciamientos examinados -933-⁷²⁸ y a un 37,7% de la totalidad de fallos activistas. Al profundizar en las sentencias, se anularon en 36, leyes, en 12, decretos ejecutivos y en 10, tratados internacionales y proyectos de ley. Las últimas 5 revocaron otro tipo de actos jurídicos.

a.1 Contestación de leyes

Los argumentos utilizados por las dos cámaras constitucionales para anular leyes, pueden dividirse en dos criterios. Los que atendieron a cuestiones procedimentales, es decir violaciones a formalidades detectadas por los magistrados y los que versaron sobre aspectos de fondo.

En 10 de las sentencias que anularon leyes del parlamento, el tribunal colombiano echó en falta el cumplimiento de requisitos formales. En las otras 11, la fundamentación giró en torno a elementos sustantivos, como derechos y principios constitucionales quebrantados, a juicio del tribunal constitucional, por el legislador⁷²⁹.

Por ejemplo, en las sentencias 425/94 y 562/94 se resolvieron dos demandas en las que fueron cuestionados 3 artículos de la ley número 104 de 1993 que señalaban que los medios no podían difundir, sin la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, los comunicados que se atribuyeran a grupos guerrilleros y otras organizaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y al terrorismo. La prohibición, concluyeron los jueces constitucionales, suponía una limitación del derecho fundamental a la información que, de acuerdo a la constitución política, sólo se podía tramitar a través de una ley estatutaria y no,

2994/92, 2996/92, 4028/92, 980/93, 1175/93, 2754/93, 6830/93, 1823/94, 3625/94, 5411/94, 5602/94, 6577/94, 6624/94, 783/95, 2353/96, 3864/96, 7033/96, 3565/97, 3721/97, 4681/97, 4971/97, 1250/99, 7965/99, 9874/99, 2096/00, 2306/00, 2992/00, 4257/00, 5495/00, 5496/00, 6329/00, 6970/00, 8197/00, 10352/00, 1822/01, 8560/01, 8012/04, 11344/06, 18486/07, 4569/08, 13590/09, 5221/10, 9928/10, 13099/10, 12299/10, 17900/10 y 21258/10.

⁷²⁸El porcentaje se eleva al 10.8% al sumar las sentencias en las que, como puede observarse en la tabla 14, a la par de contestación de actos de los otros poderes del estado estuvo presente algún otro indicador.

⁷²⁹Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia que anulan normas emitidas por el Congreso: 428/93, 070/94, 425/94, 562/94, 245/95, 596/95, 245/96, 365/96, 049/97, 660/97, 017/98, 087/98, 269/98, 562/98, 247/99, 795/00, 1176/01, 484/02, 839/08, 417/09 y 702/10.

mediante una ley ordinaria, como había ocurrido⁷³⁰. Sobre la base de ese argumento la Corte anuló los artículos demandados⁷³¹. Algo similar sucedió en la sentencia 795/00 en la que se consideró que, mediante una ley ordinaria, se estaba regulando una materia, ordenación territorial, que sólo podía ser objeto de una ley orgánica⁷³².

En la resolución 839/08 se consideró que un artículo de la ley número 1106 de 2006 que autorizaba al poder ejecutivo a compilar una serie de normas sobre la organización de las fuerzas militares era inconstitucional. Esto era así porque, sostuvieron los jueces, se debió aprobar expresamente una ley que concediera facultades extraordinarias al presidente siguiendo los parámetros que prevé la constitución para decretos de emergencia y conmoción nacional⁷³³.

En el fallo 702/10 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una reforma constitucional en la que se regulaba la formación de partidos políticos. En el mencionado acto legislativo se incluyeron medidas sobre partidos y movimientos políticos de minorías étnicas. Para la cámara, los legisladores debieron, con respaldo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), realizar una consulta previa a las comunidades indígenas y tribales. Al no observarse esta obligación, cuyos alcances definió la propia Corte⁷³⁴, se anuló la reforma en lo tocante a pueblos indígenas.

⁷³⁰Ver capítulo cuarto, apartado C.2.

⁷³¹Indicaron los magistrados: “...La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria...” Sentencia 425/94 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³²Porque la carta magna estatuye: “...El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara...” ver: Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 151.

⁷³³Sentencia 839/08 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³⁴Indicaron los juzgadores: “...El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa (...) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe (...) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del estado no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica...”

Las últimas cuatro sentencias, en las que se dio prelación a aspectos formales, fueron la 070/94, la 596/95, 017/98 y 247/99. En todas se violó, en criterio del tribunal constitucional colombiano, la unidad de la materia según la cual se deben rechazar las disposiciones que no se relacionen con la materia de un proyecto, es decir, que sean completamente ajenas a ella.

En las 10 sentencias en las que se anularon leyes a partir de argumentos de fondo la Corte recurrió, sobre todo, a realizar un análisis de las normas confrontándolas con derechos fundamentales y principios constitucionales. Por ejemplo, en la 087/98 declaró inconstitucional la ley número 51 de 1975 que exigía una serie de requisitos para el ejercicio del periodismo, al motivar la decisión se indicó que se violentaban la libertad de información y la libertad de opinión⁷³⁵.

Una regla utilizada en otras sentencias, entre ellas la 660/97, 1176/01 y 417/09, para examinar la constitucionalidad de varias normas fue el test de razonabilidad y proporcionalidad⁷³⁶. El test consiste en determinar si a través de tres pautas – adecuación de medios a un fin legítimo, necesidad y no sacrificio de principios constitucionales más altos- una medida se justifica y, en consecuencia, respeta la constitución⁷³⁷.

Sentencia 702/10 de la Corte Constitucional de Colombia. También, vinculada a la asignación de competencias, se anuló en otro pronunciamiento, una norma que autorizaba al poder ejecutivo a establecer exenciones arancelarias porque, afirmó la Corte, tal potestad residía exclusivamente en el Congreso, ver: Sentencia 562/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³⁵Aunque en esta sentencia, debe aclararse, la Corte Constitucional advierte que, además, subyacía un problema adicional, la materia, al ser sobre derechos fundamentales debió ser tramitada vía ley estatutaria. Sin embargo, inmediatamente después, apuntó que el problema estaba en que se había limitado indebidamente un derecho fundamental, al punto de que su núcleo esencial se vio afectado, por lo que, incluso cumpliendo la formalidad de la ley estatutaria, la norma seguiría siendo inconstitucional, ver: sentencia 087/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³⁶Sentencia 1176/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³⁷En la sentencia 660/97 fueron acusados artículos de la ley número 60 de 1981 y de la ley número 13 de 1989, los cuales establecían un plazo, una vez creado un Consejo Profesional de Administración de Empresas, para que quienes ejercían la profesión de administrador de empresas, con título profesional, realizaran los trámites tendientes a cumplir con el requisito de la inscripción y obtención de la matrícula profesional. La Corte consideró que el plazo, impedía que las personas pudieran, si no lo habían cumplido, ejercer su profesión. *“El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio, lo que en el presente caso se traduce en que la medida adoptada en la regulación contenida en las normas cuestionadas, no es razonable ni proporcional al fin que con ellas se pretende y en cambio niegan el ejercicio y la salvaguarda de derechos de rango constitucional...”*

En la sentencia 245/96 se discutió si era posible para el Congreso que las votaciones, cuando se acusara y juzgara a miembros de los supremos poderes, fueran secretas. La Corte abordó el punto desde el concepto de soberanía popular desarrollado allí por ella, el cual tiene como objetivo, entre otros, ampliar los espacios de participación democrática y el control en el ejercicio del poder y el principio de publicidad que, salvo algunas excepciones, deber ser la regla general. Estimó que los juicios, de cualquier naturaleza, son, por definición, públicos; por lo cual aquellos que se adelanten ante el Congreso no podrían perder esa condición. Quebrantaba, entonces, el legislador, el parámetro de legitimidad constitucional, al admitir que los juicios especiales realizados en esa sede fueran decididos por medio del voto secreto⁷³⁸.

En la sentencia 269/98 basó la fundamentación en la violación al principio de acceso a la justicia que implicó que se previeran limitaciones, en razón de la cuantía, para presentar el recurso extraordinario de revisión en materia civil⁷³⁹.

En otras resoluciones, por ejemplo en las 428/93 y 365/96, se expulsaron normas que para la justicia constitucional de Colombia, suponían un exceso de las competencias del poder legislativo. En el primer caso, porque en el reglamento del Congreso –ley número 05 de 1992- se ordenó que, en ausencia del presidente de la república o de su vicepresidente, correspondería al presidente del Congreso ejercer la primera magistratura de la nación. El criterio de la Corte fue que la propia constitución definió que esas ausencias serían suplidas por los ministros de estado por lo que cualquier otra inclusión violaba la carta magna⁷⁴⁰. En el segundo, en la misma ley número 05 de 1992, se permitía a ambas cámaras sesionar juntas cuando lo autorizara la mesa directiva. Nuevamente los magistrados estimaron que había una norma constitucional que daba esa potestad, para el trámite de urgencia de un proyecto, sólo al presidente de la república por lo que el poder legislativo, al admitir

Sentencia 660/97 de la Corte Constitucional de Colombia. Más adelante, en la sección iv) del apartado B.2, se volverá al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

⁷³⁸Sentencia 245/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷³⁹Sentencia 269/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁴⁰Sentencia 428/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

otros supuestos, excedía sus competencias y los límites constitucionales a la facultad de dictar su propio reglamento⁷⁴¹.

Por otra parte, el tribunal constitucional costarricense; de los actos del poder legislativo anulados⁷⁴², en 19 sentencias se esgrimió violación de formalidades y en 17 pronunciamientos quebrantos a los contenidos sustanciales de la constitución. Aunque en los dos órganos constitucionales estudiados casi la mitad de las revocaciones de disposiciones legislativas obedecieron a razones más bien procedimentales, en el de Costa Rica esto, como puede verse, fue ligeramente mayor.

En las decisiones en las que primaron consideraciones sobre formalidades transgredidas por el legislador, 16 de las 19 repitieron idéntico argumento. La introducción, indebida para la Sala, de normas de carácter no presupuestario dentro de las leyes anuales del presupuesto nacional. A juicio de los magistrados, las leyes del presupuesto son leyes especiales, cuyo trámite reúne algunas particularidades, entre ellas, que su elaboración es competencia del poder ejecutivo y los plazos de tramitación son más cortos en comparación con el procedimiento para la aprobación de leyes ordinarias.

En los 16 fallos lo que, se dijo, supuso una infracción al parámetro de legitimidad constitucional fue la inclusión de normas que no estaban relacionadas con el presupuesto nacional. Afirieron los magistrados: *“...la legitimación que constitucionalmente se atribuye a la Asamblea Legislativa sobre tan importante materia, es para fijar en los presupuestos los ingresos probables y los gastos autorizados de la administración pública (...) No puede en consecuencia, el poder legislativo bajo la potestad presupuestaria que se apunta, regular materias de diferente naturaleza o contenido de esa especialidad. Lo expresado es congruente con la atribución exclusiva del poder ejecutivo de elaboración del proyecto de presupuesto*

⁷⁴¹Sentencia 365/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁴²Resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica que anulan normas dictadas por el poder legislativo: 069/90, 088/90, 128/90, 568/90, 718/90, 719/90, 1059/90, 1260/90, 1587/90, 193/92, 660/92, 990/92, 2994/92, 2996/92, 4028/92, 980/93, 1175/93, 2754/93, 5411/94, 5602/94, 6577/94, 3625/94, 2353/96, 3864/96, 3565/97, 4971/97, 7965/99, 9874/99, 2096/00, 2992/00, 6329/00, 6970/00, 10352/00, 8560/01, 8012/04 y 18486/07.

ordinario y la iniciativa de sus modificaciones y de los extraordinarios, así como la de la Asamblea Legislativa en cuanto a su dictado, además con la modalidad ya analizada de que el poder ejecutivo no tiene atribución de veto sobre su aprobación... ”⁷⁴³.

Por ejemplo, en la sentencia 6577/94 se anuló el artículo 25 de la ley de presupuesto número 7375 de 1993 porque incluía una modificación al código laboral mediante la cual se autorizaba el pago de una indemnización sustitutiva de, ciertas garantías, como el preaviso y el auxilio de cesantía, para funcionarios de instituciones públicas. La Sala advirtió que resultaba palmario que se estaba frente a materia laboral-administrativa, por lo cual cualquier reforma, “...debió de haberse aprobado según los trámites que la constitución política y el reglamento de orden y disciplina interior de la Asamblea Legislativa prevén para la emisión de leyes ordinarias, y no incluirla en una norma presupuestaria, siendo claro que su contenido no es de esta materia...”⁷⁴⁴.

Otra resolución que ilustra la posición de la Sala sobre el tema es la 6970/00. En ella se estudió una exoneración tributaria, establecida en el artículo 134 de la ley de presupuesto número 6995 de 1985, a favor de las entidades estatales para la compra de materiales de construcción destinados a viviendas de interés social. Los jueces constitucionales reiteraron que “...cualquier contenido ajeno a la materia propiamente presupuestaria, en los términos del artículo 176 de la Constitución Política, no puede ser incluido en la ley de presupuesto, debido a las especiales condiciones que rodean la aprobación de este tipo de actos. Así, la ley de presupuesto tiene un trámite privilegiado respecto de la ley ordinaria dada la urgencia de su aprobación...”⁷⁴⁵. Concluyeron que la exoneración tributaria escapaba del ámbito presupuestario, al que debía circunscribirse la normativa, por lo que declararon la inconstitucionalidad del numeral cuestionado.

Las restantes sentencias donde se anularon normas de leyes presupuestarias, por versar sobre otro tipo de materias, fueron: 069/90, 088/90, 128/90, 718/90, 1260/90, 1587/90, 4028/92, 980/93, 5411/94, 5602/94, 4971/97, 7965/99 y 8012/04. No

⁷⁴³Sentencia 568/90 de la Sala Constitucional de Costa Rica. Para ampliar sobre el trámite de la ley presupuestaria en Costa Rica, ver: Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículos 176 a 180.

⁷⁴⁴Sentencia 6577/94 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁴⁵Sentencia 6970/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

puede pasarse por alto que la postura defendida por la Sala, base para anular varias normas al parecer dio resultado, no sólo porque, evidentemente, se contestaran actos del poder legislativo, sino porque además, desde el año 1999, no se encontraron decisiones similares, salvo una en 2004. Esto hace pensar que la jurisprudencia sobre el punto generó un cambio en lo que, dio la impresión, fue un comportamiento reiterado del legislador, introducir dentro de leyes de presupuesto normas de naturaleza no presupuestaria.

Las otras 3 resoluciones donde también se adujeron errores formales o de procedimiento, aunque por distintas razones, son las siguientes: 2994/92, 3625/96 y 6329/00. A modo de ejemplo, en la primera de ellas, fue discutida una fe de erratas que los magistrados de la Sala calificaron como inconstitucional. Mediante la ley número 6726 de 1982 se modificó el inciso 1 del artículo 243 del código penal, el cual quedó redactado así: “...Será reprimido con prisión de seis meses a tres años (...) el que librare un cheque, si concurrieren las siguientes circunstancias: 1) Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización expresa del banco, y si fuere girado para hacerlo en descubierto...”⁷⁴⁶. El texto, aprobado por el Congreso, fue, mediante una fe de erratas, corregido por el presidente de la Asamblea Legislativa, al momento de su publicación en el diario oficial. Con la corrección, el inciso 1 quedaba de la siguiente manera: “...Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización del banco girado para hacerlo en descubierto...”⁷⁴⁷. El cambio, señaló la Sala, implicó una modificación al texto que debió haber sido aprobado por la mayoría de congresistas, no por su presidente, a quien no le asistían facultades suficientes como para alterar, *motu proprio*, el contenido de una norma. Se violó, añadieron los juzgadores, el procedimiento regulado en la constitución para la reforma de las leyes⁷⁴⁸.

Como se adelantó, hubo un grupo de 17 pronunciamientos de la Sala en el que la anulación de leyes se justificó por el incumplimiento de aspectos de fondo. Estos

⁷⁴⁶Sentencia 2994/92 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁴⁷Ídem.

⁷⁴⁸En las sentencias 3625/96 y 6329/00 la Sala Constitucional anuló disposiciones normativas porque en su trámite se omitió consultar la opinión de una serie de instituciones a las que por mandato constitucional debía escucharse y porque un acto del Congreso, sobre viáticos, debió realizarse mediante el procedimiento previsto para la aprobación de las leyes, respectivamente.

aspectos de fondo, igual que sucedió con la Corte Constitucional de Colombia, supusieron que el examen estuviera centrado en cotejar las normas impugnadas a partir de derechos, principios y valores recogidos en la constitución política.

En 5 de ellas -2353/96, 3864/96, 9874/99, 10352/00 y 18486/07- se recurrió al principio de proporcionalidad y razonabilidad. En la sentencia 18486/07, verbigracia, se resolvió una acción contra el artículo 229 bis del código penal que establecía una pena de prisión para el dueño de animales que, por descuido o negligencia, provocaran daños en propiedades ajenas. Para el tribunal si había otros delitos dentro de la ley, como el de daños dolosos, que preveían sanciones privativas de libertad o de multa, era desproporcional e irrazonable que en la figura culposa, y no dolosa, del 229 bis sólo se hubiera contemplado pena de cárcel. Concluyó la Sala *“...no se justifica que en tratándose de un delito culposo o que a lo sumo tipifica la existencia de un dolo eventual, como el establecido en la norma consultada, la única opción probable para el juez sea imponer la sanción de prisión, lo cual evidentemente carece de razonabilidad si se toma en consideración que en este caso no existe una intención de producir el daño sino la falta a un deber de cuidado (...) Ello obviamente resulta violatorio al principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues deja un margen de acción muy limitado al juez penal (...) lo que se castiga es el instrumento a través del cual se realizó el daño, y no la intención o el resultado producido por la falta al deber de cuidado...”*⁷⁴⁹.

En 2 resoluciones, 719/90 y 8560/01, la argumentación gravitó alrededor del principio de defensa. En la primera, se abordaron algunas limitaciones, que la Sala valoró como excesivamente formalistas, para la interposición del recurso de casación en los procesos penales. En la segunda, un trámite sumarísimo para la titulación de tierras, dijo el tribunal, lesionaba el mencionado principio de defensa, de terceros interesados.

Otras 2, 1059/90 y 193/92, atentaban, dictaminaron los magistrados, contra el principio de igualdad. En la 1059/90 se estimó que se daba un tratamiento discriminatorio cuando el código procesal penal estatúa un procedimiento disciplinario sólo para abogados privados y no para defensores de oficio. En la

⁷⁴⁹Sentencia 18486/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

193/92, fue anulada una norma que ordenaba que a todas aquellas personas a las que se les investigara por la comisión de 2 o más delitos, relacionados con tráfico de drogas, se les impusiera la prisión preventiva, como medida cautelar. La Sala Constitucional señaló que, la medida, quebrantaba el principio de igualdad por cuanto implicaba un trato discriminatorio.

En las últimas 8 sentencias, en las cuales fueron contestados actos del poder legislativo costarricense, se arguyeron otros principios y derechos, como el principio de culpabilidad en materia penal, el principio democrático, el derecho a la intimidad, etc. Los pronunciamientos son: 2996/92, 660/92, 990/92, 2754/93, 2096/00 1175/93, 3575/97 y 2990/00⁷⁵⁰.

a.2 Contestación de decretos

Al pasar revista a los decretos que dictaron los poderes ejecutivos de Colombia y Costa Rica, durante el periodo estudiado, que fueron anulados por la justicia constitucional, se encuentra un argumento reiterado en muchas de las

⁷⁵⁰En el acápite a.1 se optó por hacer la separación, entre sentencias por cuestiones de forma y sentencias por cuestiones de fondo, en virtud del argumento empleado por cada uno de los tribunales. Sin embargo, conceptualmente, convendría aclarar que en algunos de los fallos, en los que se contestaron leyes emanadas del poder legislativo, aún cuando la justificación argumentativa fue la violación de un requisito procedimental, en realidad se estaba haciendo un uso instrumental de la formalidad quebrantada para preservar un aspecto de fondo. Un ejemplo es la resolución 425/94 de la Corte Constitucional de Colombia; en ella, como se comentó en este párrafo, se demandaron varios artículos de una ley que prohibían a los medios de comunicación difundir anuncios o publicaciones atribuidos a las guerrillas, sin la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones. Ciertamente, el razonamiento de los jueces de la Corte fue que, al haber una restricción a un derecho fundamental, era necesario que se hubiera aprobado una ley estatutaria. Aquí, con base en la vulneración de un requerimiento procedimental, se dio protección a un contenido sustantivo, el derecho fundamental a la información. Del mismo modo, en el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, se puede citar la sentencia 8012/04. Se analizó una disposición mediante la cual se incluía en una ley presupuestaria que los funcionarios públicos, con plaza en propiedad, tendrían derecho a una pensión por viudez. La Sala decretó la inconstitucionalidad, aduciendo que se trataba de una norma atípica, porque al ser claramente materia laboral no podía estar en una ley presupuestaria. Sin embargo, a través de ese argumento formal se estaba tutelando el derecho fundamental a la igualdad, dado que la norma, como lo aseveró la actora, afincaba una discriminación, entre funcionarios públicos con una plaza en propiedad y funcionarios públicos en interinazgo. Si bien el criterio de dividir los pronunciamientos que anularon leyes según el argumento fuera formal o sustantivo es útil, el que ahora se expone podría haber sido seguido también para sistematizar las sentencias de este apartado. No obstante, se consideró que el primero simplificaba y facilitaba la lectura de los resultados en lo atinente a la contestación de las leyes.

sentencias. Es el de los excesos en los que incurrió el ejecutivo al establecer ciertas regulaciones.

De los 18 decretos con fuerza de ley donde hubo contestación de la Corte Constitucional, sea por anulación parcial o total⁷⁵¹, 3 fueron producto de procesos de revisión de oficio -300/94, 940/02 y 289/10-, los otros 15 de acciones públicas interpuestas por ciudadanos.

De las sentencias originadas en revisiones de oficio contra decretos de emergencia dictados por el poder ejecutivo, un elemento llama especialmente la atención. La Corte afirmó que el examen, a diferencia de lo que ocurría antes de 1991 cuando la competente para controlar esta clase de decretos era la Corte Suprema, debe hacerse tanto sobre el cumplimiento de las formalidades, como sobre los criterios materiales⁷⁵².

En opinión de los magistrados, la larga historia de abusos registrados en Colombia⁷⁵³, obliga a que estos decretos sean cuidadosamente analizados para evitar un ejercicio abusivo del poder por parte del ejecutivo. Sólo a título ilustrativo, en la resolución 300/94, se indicó: *“...La laxitud del control en esta materia traería consigo la grave consecuencia de otorgarle al ejecutivo la posibilidad de utilizar el estado de conmoción, cada vez que se presentaren problemas funcionales dentro del estado, en un país en donde esta clase de dificultades no están llamadas a desaparecer en el mediano plazo. Por esta vía se corre el riesgo de trivializar los estados de excepción y desvirtuar la intención explícita del constituyente de poner término a su utilización abusiva e innecesaria. Es bien clara la voluntad del constituyente de erradicar la práctica política que consistía en acudir al estado de sitio con el objeto de*

⁷⁵¹Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia que anulan normas dictadas por el poder ejecutivo: 300/94, 350/94, 466/95, 433/96, 552/96, 243/97, 199/98, 1374/00, 046/01, 713/01, 1714/00, 757/01, 940/02, 979/02, 531/03, 672/05, 1152/05 y 289/10.

⁷⁵²Ver capítulo cuarto, sección D. La constitución no señala expresamente cuáles deben ser los alcances de la revisión de oficio que hace la Corte de los decretos de emergencia, ni tampoco si el examen debe limitarse a aspectos formales, ver: Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 241.

⁷⁵³Ver capítulo tercero, apartado A.1.

*acrecentar los poderes del ejecutivo y, por este medio, resolver dificultades ordinarias que no ameritaban intrínsecamente ese tratamiento... ”*⁷⁵⁴.

En las sentencias en las que se resolvieron demandadas ciudadanas el principal argumento sostenido por la justicia constitucional colombiana fue la extralimitación de las potestades del ejecutivo. En efecto, según los jueces, los decretos con fuerza de ley deben ceñirse estrictamente a la autorización concedida por el Congreso; apartarse del marco señalado por el legislador implicaría la inconstitucionalidad de la norma.

De esta manera, en la resolución 243/97 se dijo que el presidente fue habilitado para expedir normas que suprimieran procedimientos innecesarios en la administración pública. Sin embargo, en el decreto número 2150 de 1995 incluyó un articulado que concedía unas funciones de control en materia ambiental a ciertas entidades. Para la Corte con esas regulaciones “... no se suprimió o reformó ninguna regulación, procedimiento o trámite preexistente, se impone y reitera una “obligación de no hacer” a autoridades que carecen de competencia, lo que si bien no es contrario al ordenamiento superior, si desborda la competencias que le sirvieron de fundamento al ejecutivo para producir la disposición, siendo por ello la misma inconstitucional, motivo por el cual esta Corporación la declarara inexecutable...”⁷⁵⁵. Los otros pronunciamientos donde se siguió igual criterio, desbordamiento de las facultades concedidas, para anular los decretos son: 433/96, 1374/00, 713/01, 757/01, 979/02, 531/03, 672/05 y 1152/05.

En los últimos fallos de la Corte Constitucional, relacionados con contestación de actos del poder ejecutivo, los argumentos variaron. En las sentencias 199/98 y 046/01 se cuestionaron algunos artículos del decreto número 1355 de 1970 que

⁷⁵⁴Sentencia 340/94 de la Corte Constitucional de Colombia. En esta resolución se valoró el decreto legislativo número 874 de 1994, en el cual, aduciendo debilidades en el funcionamiento del aparato judicial, se establecieron una serie de medidas que buscaban, principalmente, impedir la liberación de cerca de 800 personas investigadas por delitos graves, como narcotráfico, terrorismo, y secuestros que, de acuerdo con la legislación colombiana, debían ser puestas en libertad porque se había cumplido el plazo en el que, pese a estar bajo prisión preventiva, su expediente no había sido llevado a juicio. Para la Corte, el presidente no justificó el estado de conmoción y con el decreto se violaban derechos fundamentales como el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

⁷⁵⁵Sentencia 243/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

concedían una serie de atribuciones a la policía –como retener a quien irrespetara o provocara a funcionarios de la policía u obligar a una persona a cambiar su domicilio cuando perturbara a sus vecinos-. En resumen, la Corte razonó que estas atribuciones conllevaban quebrantos a derechos como la libre circulación, la residencia y la necesidad de que las detenciones estén precedidas por una orden judicial. Además, afirmó, eran tan genéricas que no se podían precisar sus alcances, volviéndose, sin más, medidas de carácter sancionador, que lesionaban las reglas constitucionales del debido proceso⁷⁵⁶.

En el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, fueron menos los decretos ejecutivos declarados contrarios a la constitución⁷⁵⁷, en comparación con la Corte Constitucional de Colombia. De los 12 fallos registrados, 10 anularon disposiciones que, a juicio de los magistrados costarricenses, excedían las competencias asignadas al poder ejecutivo. Las decisiones aludidas son: 1195/91, 6830/93 783/95, 3721/97, 2306/00, 1822/01, 13590/09, 12299/10, 13099/10 y 21258/10.

Así, en la sentencia 1195/91 se impugnó el artículo 15 del decreto número 16765 de 1985, el cual prohibía el funcionamiento de farmacias, sino se encontraban a una distancia mínima de 500 metros una de otra. La Sala indicó que el tema de fondo era la posibilidad de establecer limitaciones al derecho al comercio y de empresa. Adelantaron los jueces que dicha libertad, como cualquier otro derecho fundamental, podría ser objeto de restricciones. Sin embargo, para ello debían respetarse los límites marcados por el constituyente. Uno de estos límites, continuaron, es que ningún derecho fundamental puede ser restringido vía decreto

⁷⁵⁶Las últimas dos sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia sobre decretos del poder ejecutivo son las 552/96 y la 1714/00. En la sentencia 552/96 se debatió sobre un decreto en el que se calificaron varios cargos, en un organismo estatal –Registraduría Nacional-, de libre nombramiento y remoción. Para la Corte el único criterio válido para no sacrificar el principio de igualdad y el sistema de carrera, como mecanismo básico para acceder a un puesto de trabajo, es que los cargos, calificados de libre nombramiento y remoción, participen en la adopción de políticas de la entidad o en la toma de decisiones en lo que respecta al rumbo del organismo. En el caso estudiado se estimó que los puestos no se ajustaban a la excepción por lo que se declaró la inconstitucionalidad. En el fallo 1714/00 se anuló una norma que exigía el pago de un impuesto de timbre para que un documento pudiera ser admitido como prueba ante la autoridad tributaria. Avalar esta exigencia, advirtió el tribunal constitucional, comprometía el derecho de defensa de los contribuyentes.

⁷⁵⁷Resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica que anulan normas dictadas por el poder ejecutivo: 1195/91, 6830/93, 783/95, 3721/97, 1250/99, 2306/00, 4257/00, 1822/01, 13590/09, 13099/10, 12299/10 y 21258/10.

ejecutivo. En este sentido, finalizaron, “...solo mediante una ley formal puede imponerse un límite o carga pública a la libertad de comercio, agricultura o industria. En el caso que se examina, es evidente que la norma del decreto impugnado excedió las atribuciones conferidas por la ley...”⁷⁵⁸. Con sustento en esa tesis anularon el artículo impugnado.

En la resolución 2306/00, probablemente una de las más controversiales dictadas por la Sala, desde su creación en 1989, se expulsó del ordenamiento jurídico costarricense el decreto número 24029 de 1995 que regulaba los tratamientos de fertilización *in vitro*. Aún cuando se afirmó, en primer lugar, que la técnica no podría aplicarse en el país, porque atentaba contra el principio de dignidad humana, el otro argumento fue que el poder ejecutivo no podía regular, sin una ley que lo autorizara, temas vinculados a los derechos fundamentales, ni para restringirlos, ni, algo paradójico, para ampliarlos. Se sostuvo que “...la reiterada jurisprudencia de este tribunal (...) ha señalado que el principio de reserva de ley exige que solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo (...) es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales. Asimismo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su contenido esencial (...) toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad...”⁷⁵⁹.

Los 2 pronunciamientos en los que se atendieron otros razonamientos para declarar la inconstitucionalidad de decretos ejecutivos son el 1250/99 y el 4257/00. En el primero se interpuso una acción contra el decreto número 14524 de 1983, que autorizaba la caza de la tortuga verde en Costa Rica, especie en vías de extinción. La Sala admitió que, al dictarse la norma, se buscó proteger a la tortuga, porque en la

⁷⁵⁸Sentencia 1195/91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁵⁹Sentencia 2306/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

zona en la que su caza para el consumo era habitual, el Caribe del país, las personas la practicaron, por décadas, sin ningún tipo de restricción. Con el decreto se pretendió establecer algunos límites; sin embargo, con el transcurso del tiempo, se volvieron insuficientes. La razón que justificaba la inconstitucionalidad, apuntó el tribunal constitucional, era que de acuerdo con el artículo 50 de la constitución política, había un derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, aparte de una serie de tratados internacionales, ratificados por Costa Rica, por los que se había adquirido la obligación de proteger el medio ambiente y especies como la tortuga verde⁷⁶⁰.

El último fallo, 4257/00, debatió sobre la constitucionalidad de un decreto que regulaba el transporte de combustibles. Entre las normas que fueron anuladas destaca una en la que se señalaba que los equipos –como cabezales y tanques– utilizados para el transporte de combustible suministrarían el servicio exclusivamente. No podrían, por tanto, ser usados para el transporte de ningún otro producto. La Sala estimó que la disposición no estaba justificada, con lo cual violentaba los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷⁶¹.

a.3 Contestación de otros actos

Hay dos actos adicionales emanados de los otros poderes del estado, donde también hubo contestación de parte de los tribunales investigados. En la Corte Constitucional, fueron 6 tratados internacionales⁷⁶², al realizar la revisión de oficio

⁷⁶⁰Concluyeron los jueces: “... demuestra que se han violentado los artículos (...) de la constitución política al no cumplirse con la protección establecida en los Convenios Internacionales, desprotegiéndose en esa forma el derecho a un ambiente sano y sobretodo ecológicamente equilibrado, para el cual deben establecerse mecanismos preventivos para evitar la extinción de las especies, lo que requiere de una actitud cierta y responsable de las autoridades administrativas competentes, que no ha sucedido en la actualidad sino que se ha venido aplicando un decreto que si se hubiese interpretado correctamente (...) se actualizaría a la realidad del momento, por cuanto la cantidad de tortugas que se están capturando realmente supera el monto autorizado y si sólo con el autorizado se están extinguiendo, con mucho más razón si se aumenta...” Sentencia 1250/99 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁶¹Sentencia 4257/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁶²Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia que anulan tratados internacionales: 087/93, 1137/00, 309/04, 333/05, 930/05 y 541/08.

que ordena la carta magna, y 4 objeciones presidenciales contra proyectos de ley⁷⁶³. En la Sala Constitucional, 3 revisiones de tratados internacionales⁷⁶⁴ y 7 consultas efectuadas por diputados⁷⁶⁵ sobre la constitucionalidad de algunos proyectos de ley⁷⁶⁶.

En los tratados internacionales anulados, por la Corte Constitucional, se invocaron diferentes vicios en el trámite como causa para su invalidación⁷⁶⁷. En lo que se refiere a las objeciones presidenciales, se declaró la inconstitucionalidad de un proyecto de ley y de varios artículos de los otros tres. En el primer caso se estimó que el Congreso pretendía hacer una exención tributaria cuando en ello quien tiene

⁷⁶³Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia, por objeciones presidenciales, contra proyectos de ley: 923/00, 1435/00, 1488/00, y 932/09.

⁷⁶⁴Resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre tratados internacionales: 557/91, 2232/91 y 6624/94.

⁷⁶⁵Resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica, por consultas legislativas, de proyectos de ley: 121/89, 1823/94, 4681/97, 5496/00, 8197/00, 11344/06 y 4569/08.

⁷⁶⁶Además, debe decirse en cuanto al tribunal costarricense, se hallaron resoluciones que, para efecto de la clasificación, según los indicadores, se han incluido dentro de las sentencias que contestaron actos de los otros poderes, aunque los actos jurídicos anulados no puedan ser calificados como leyes o decretos ejecutivos. En estas sentencias, por ejemplo, se revocaron convenciones colectivas, suscritas entre ciertas instituciones del estado y sus trabajadores – Sentencias 7033/96 y 5221/10-. También en 3 casos se anuló jurisprudencia emanada de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia –Sentencias 5495/00, 9928/10 y 17900/10-. Acerca de este último punto, conviene aclarar que aunque la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica prohíbe, en su artículo 74, las acciones de inconstitucionalidad contra actos jurisdiccionales, la Sala las ha admitido cuando se interponen contra la jurisprudencia, es decir contra la interpretación reiterada de un tribunal sobre un tema específico, con fundamento en el artículo 3 de la misma ley- el cual está redactado así: “... Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales. ...” Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 3-. Para ilustrar la cuestión puede profundizarse en uno de los 3 fallos, el 5495/00, en él se recurrió que el órgano de casación penal hubiese establecido que el procedimiento abreviado, un procedimiento especial que consiste en reducir la pena a un sindicado, incluso por debajo del mínimo legal, a cambio de que admita la culpa, estaba vedado si el imputado era menor de edad. Esta interpretación jurisprudencial obedecía a que la ley de la materia penal juvenil no contemplaba la figura. Para la Sala, las normas procesales para adultos debían aplicarse supletoriamente a los menores de edad, no hacerlo infringía el principio de igualdad y el principio del debido proceso.

⁷⁶⁷En las resoluciones 333/05, 930/05 y 541/08 de la Corte Constitucional de Colombia se echó en falta el requisito exigido por la constitución de que, durante el primer debate de la discusión del proyecto de ley del tratado, es necesario un anuncio previo al debate y a la discusión. En la 087/93 se anuló una instrumento de enmienda a la Organización Internacional del Trabajo aprobado mediante ley número 13 de 1992 porque para la época en que se ratificó el acuerdo, durante el proceso de la constituyente, la carta magna previó un procedimiento especial y transitorio, que no requería de la aprobación del Congreso. En esta oportunidad la Corte consideró que hubo un exceso competencial de los legisladores. En las otras dos sentencias, 1137/00 y 309/04, se arguyó que no se había incluido un anexo del tratado a la ley aprobatoria y que se habían irrespetado los plazos que debían existir entre la discusión y la aprobación de la ley, respectivamente.

la iniciativa es el poder ejecutivo⁷⁶⁸. Para la Corte se estaba frente a una invasión competencial. Igual criterio, traspaso indebido de competencias por parte del legislador, se esgrimió en la resolución 923/00. En la sentencia 1488/00 se acogieron las objeciones formuladas por la presidencia de la república. Se discutía un proyecto en el que se fijaban algunas excepciones a la regla general de la edad de retiro forzoso, que pasaba de 65 a 70 años. La opinión del tribunal constitucional colombiano giró en torno a que establecer esa distinción violaba al principio de igualdad, pues no resistía el test de proporcionalidad y razonabilidad.

De otro lado, la Sala Constitucional, al conocer de los tratados internacionales, a diferencia de la Corte, realizó el abordaje examinando también aspectos de fondo, esto ocurrió en 2 resoluciones, y en otra, la 557/91, aspectos concernientes al trámite legislativo. En la sentencia 2232/91 se conoció el proyecto de ratificación del “Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Protocolo Final, Protocolos Adicionales, Protocolo Adicional Facultativo, Resoluciones, Recomendaciones y Ruegos”. Al pronunciarse, la justicia constitucional costarricense, afirmó que los artículos 19, 20, 21 y 22 rivalizaban con el texto de la constitución. Los artículos 19, 20 y 22 porque, al conceder a los estados suscriptores la facultad de detener o interrumpir comunicaciones privadas, que en apariencia pusieran en peligro la seguridad estatal, y ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes, violaban el derecho a la intimidad, la libertad de expresión y a la libertad. El numeral 21 porque, al eximir de responsabilidad a los estados frente a los usuarios de las telecomunicaciones, infringía el principio de acceso a la justicia y la norma 41 constitucional, que determina la posibilidad de que, con arreglo a las leyes, “... todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...”⁷⁶⁹.

En la sentencia 6624/94 se concluyó que varias disposiciones de la “Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano II del Tratado General de Integración Económica” presentaban problemas de constitucionalidad. Entre ellas, el artículo 12 el cual, al otorgar a las autoridades aduaneras la posibilidad

⁷⁶⁸Sentencia 932/09 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁶⁹Sentencia 2232/91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

de realizar reconocimientos en locales, edificios o establecimientos privados, contravenía el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. También, el artículo 15, en tanto establecía un estatuto especial para funcionarios de las aduanas. Dicha concesión contrariaba, a juicio de los magistrados, los numerales 191 y 192 del texto constitucional, los cuales ya habían creado un estatuto para regular las relaciones entre el estado y sus servidores públicos.

Las 7 consultas legislativas interpuestas por diputados fueron facultativas, es decir, no se trató de los supuestos en los que obligatoriamente debe pedirse la opinión de la Sala Constitucional⁷⁷⁰, 3 sentencias acogieron la consulta en cuanto se irrespetó el procedimiento. En el fallo 4569/08, se apuntó, fue violado el principio democrático porque no se dio trámite a dos gestiones promovidas por congresistas de un partido minoritario. En los pronunciamientos 121/89 y 8197/00 se volvió al tema de la improcedencia de que normas con contenido no presupuestario hicieran parte de las leyes presupuestarias. Las últimas 4 resoluciones precisaron la existencia de transgresiones a derechos y principios constitucionales⁷⁷¹.

⁷⁷⁰Sobre las competencias de la Sala Constitucional y las consultas legislativas, ver: capítulo cuarto, sección C.2.

⁷⁷¹Esas resoluciones fueron las siguientes: 1823/94, 4681/97, 5496/00 y 11344/06. Por ejemplo, en la última de las sentencias reseñadas, 11344/06, se consultó un proyecto que reformaba la ley número 7600 de 1996 sobre personas con discapacidad. La ley, originalmente, había contemplado un plazo de 7 años para que los medios de transporte público incorporaran dispositivos de accesibilidad para personas con discapacidad. Al cumplirse los 7 años muchas unidades no habían hecho los ajustes por lo que se intentó, mediante una reforma a la ley, ampliar el plazo hasta el año 2014. La Sala consideró, en primer término que *“...El dictado de esa ley, más que un contenido meramente programático, implica la obligación de dar plena efectividad a sus disposiciones, a fin de que las personas con discapacidad, puedan integrarse a la sociedad de manera plena y ejercer y disfrutar en condiciones de igualdad, los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico garantiza a todas las personas...”* Sentencia 11344/06 de la Sala Constitucional de Costa Rica. En segundo lugar, prosiguieron los jueces, la extensión del plazo no encontraba ningún elemento de razonabilidad que lo justificara, de manera que se violaban los principios de igualdad y de razonabilidad y proporcionalidad. Apoyados en este argumento indicaron que la reforma era inconstitucional.

b. Activismo judicial por reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas

Autores como Epp⁷⁷², Waltman⁷⁷³ y Wilson⁷⁷⁴ han coincidido en que las cortes son activistas al reconocer o expandir derechos que no están expresamente contenidos en un texto legal. En las jurisdicciones constitucionales de Colombia y de Costa Rica fue posible encontrar, en las sentencias en que se ejerció el control de constitucionalidad, ejemplos de este criterio de activismo judicial. Sin embargo, todos ellos estuvieron acompañados por alguno o algunos de los otros indicadores. Por esta razón, el indicador sobre el reconocimiento o expansión de nuevos derechos, de los tribunales constitucionales objeto de estudio, será examinado en el subapartado f.

c. Activismo judicial por utilización de sentencias interpretativas

Se ha insistido en el capítulo segundo que el activismo judicial es un tipo de comportamiento de los jueces por medio del que, finalmente, la voluntad de la magistratura se impone sobre los otros órganos estatales. En esta dinámica, han apuntado algunos autores, la sentencia interpretativa⁷⁷⁵ convierte al juzgador en cuasi legislador porque le permite determinar, a partir de su interpretación, los únicos alcances válidos de una disposición normativa⁷⁷⁶. La voluntad del juez prevalece.

⁷⁷²Epp (Charles). *Op Cit.* p. 2.

⁷⁷³Waltman (Jerold). *Op. Cit.* p. 43.

⁷⁷⁴Wilson (Bruce). *Op. Cit.* pp. 60-61.

⁷⁷⁵Como se vio en el capítulo segundo y, a continuación, en la tabla 16 las sentencias interpretativas suelen clasificarse en, al menos, 5 tipos. Los límites entre ellos, sobre todo entre las sentencias interpretativas propiamente dichas, las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas, suelen ser, en la práctica, algo borrosos. Aquí se ha optado por calificar como sentencias sustitutivas a aquellas cuando, expresamente, los tribunales señalaron que se debía sustituir un contenido normativo y como aditivas aquellas cuando, también expresamente, los tribunales señalaron que se debía adicionar un supuesto no contemplado. Frente a la duda, es decir, en los casos en los que una resolución era interpretativa, pero su tipología no resultaba clara, se decidió incluirla dentro de las sentencias interpretativas propiamente dichas. Lo realmente relevante es que en todos los supuestos los jueces indicaran el modo correcto de interpretar una norma para que pudiera ser reputada como constitucional.

⁷⁷⁶Olano García (Hernán Alejandro). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”... p. 579 y Sagües (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”... p. 201.

Este indicador fue, al estudiar a la Corte Constitucional, el que más veces se repitió; 70 en total⁷⁷⁷, lo que representa el 45% de las sentencias activistas proferidas⁷⁷⁸. Mientras, en la Sala Constitucional, cuya muestra estuvo compuesta por casi el doble de resoluciones, el indicador *utilización de sentencias interpretativas* se encontró en 49 ocasiones, lo que significa un 29,3% de los pronunciamientos activistas, porcentaje bastante menor al confrontarlo con el de la cámara colombiana⁷⁷⁹.

Tabla 16: Tipos de sentencias interpretativas

	Propiamente dichas	Reductoras	Aditivas	Sustitutivas	Exhortativas
Corte Constitucional	37	32	-	1	-
Sala Constitucional	20	26	1	-	2

Elaboración propia.

⁷⁷⁷Estas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia fueron: 517/92, 019/93, 150/93, 265/93, 503/93, 537/93, 024/94, 264/95, 137/96, 310/96, 333/96, 343/96, 087/97, 150/97, 353/97, 402/97, 540/97, 299/98, 595/98, 197/99, 299/99, 368/99, 479/99, 847/99, 109/00, 369/00, 531/00, 1319/00, 479/01, 543/01, 553/01, 973/01, 1051/01, 615/02, 710/02, 806/02, 875/02, 1081/02, 033/03, 125/03, 228/03, 312/03, 429/03, 879/03, 106/04, 375/04, 620/04, 538/05, 591/05, 1177/05, 1194/05, 342/06, 421/06, 456/06, 804/06, 931/06, 209/07, 279/07, 336/07, 544/07, 654/07, 720/07, 1001/07, 186/08, 857/08, 131/09, 287/09, 378/09, 807/09 y 553/10.

⁷⁷⁸El porcentaje corresponde, insístase, a las sentencias en las que sólo se detectó la presencia del tercer indicador. Empero, si se sumaran las resoluciones en las que estuvo acompañado de algún otro indicador el número se eleva a 103, con lo cual en el 65% de las resoluciones activistas de la Corte Constitucional de Colombia hubo algún tipo de sentencia interpretativa. Si suman, para la Sala Constitucional, las resoluciones en las que las sentencias interpretativas se hallaron junto a otros indicadores la cifra llega a 82, esto es, un 49% de su activismo judicial.

⁷⁷⁹Las sentencias interpretativas de la Sala Constitucional de Costa Rica fueron las siguientes: 615/90, 52/91, 3990/92, 4027/92, 5751/93, 1975/94, 5988/94, 2661/95, 3195/95, 2967/96, 5947/98, 1331/90, 1684/91, 526/93, 2305/93, 2934/93, 7335/94, 1971/96, 184/97, 545/97, 4587/97, 4713/97, 102/98, 110/98, 1317/98, 2409/98, 3664/98, 7291/98, 118/99, 1306/99, 8197/99, 6304/00, 7156/00, 247/01, 1749/01, 11594/01, 317/03, 6306/03, 6307/03, 15390/03, 10492/04, 5649/05, 15716/05, 1144/07, 11154/07, 11158/07, 4960/09, 14027/09 y 14288/09.

De acuerdo con la clasificación, que ha propuesto la doctrina, sobre las sentencias interpretativas,⁷⁸⁰ en la Corte Constitucional, la mayoría, 37, fueron sentencias interpretativas propiamente dichas, es decir aquellas en la que el juez constitucional establece que una norma es constitucional sólo si se entiende de determinada manera. En segundo lugar, aparecen 32 sentencias reductoras en las que la Corte aseguró que la constitucionalidad de una norma se salvaba recortando algunos de sus contenidos. La última de las 70 sentencias fue sustitutiva, allí el tribunal sustituyó en la norma demandada contenidos por otros que no estaban originalmente en el texto.

En el estudio de la producción jurídica de la Sala Constitucional los resultados han sido distintos, tanto, como se apuntó anteriormente, por la cantidad como por el orden de las tipologías. Las sentencias interpretativas más utilizadas fueron las reductoras, se contabilizaron 26. Luego, aparecieron 20 sentencias interpretativas propiamente dichas. También se encontraron, algo que no ocurrió en la Corte Constitucional, 3 sentencias más, 1 aditiva y 2 exhortativas.

c.1 Sentencias interpretativas propiamente dichas

En los siguientes apartados se profundizará en los rasgos más sobresalientes de los fallos en los que estuvo presente el tercer indicador de activismo judicial. De las 37 sentencias interpretativas propiamente dichas dictadas por la Corte Constitucional de Colombia⁷⁸¹, casi una tercera parte abordó aspectos penales y procesal-penales.

Por ejemplo, en la resolución 019/93 se analizó el artículo 167 del código del menor, que establecía que en los procesos contra menores de edad sólo habría una única instancia, con lo cual se excluía la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias. Para la Corte, si bien la doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, por disposición del artículo 29 de la constitución

⁷⁸⁰Ver capítulo segundo apartado D.

⁷⁸¹Estas sentencias interpretativas propiamente dichas de la Corte Constitucional de Colombia fueron: 019/93, 024/94, 264/95, 137/96, 310/96, 333/96, 150/97, 540/97, 299/98, 595/98, 197/99, 531/00, 479/01, 543/01, 553/01, 710/02, 875/02, 1081/02, 033/03, 312/03, 429/03, 106/04, 375/04, 620/04, 1177/05, 1194/05, 209/07, 279/07, 336/07, 654/07, 1001/07, 186/08, 857/08, 131/09, 378/09, 807/09 y 553/10.

colombiana, cuando se trate de sentencias condenatorias debe garantizarse el derecho de impugnación⁷⁸². Por este motivo, concluyó que: *“...el artículo 167 del código del menor habrá de entenderse en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia, salvo en los casos en los que durante su transcurso o al final del mismo se tome una medida que (...) sea privativa de la libertad. Dichas medidas podrán ser objeto de impugnación ante una instancia superior, sin perjuicio de los recursos de reposición que el mismo Código ya contempla...”*⁷⁸³. Los magistrados señalaron cuál era la forma correcta de entender la norma que de manera genérica preveía la única instancia en los procesos penales contra menores de edad. Aunque la disposición normativa no especificaba si esto era aplicable tanto a sentencias condenatorias como absolutorias, los jueces constitucionales interpretaron que sólo estableciendo la diferencia para ejercer el derecho a recurrir en caso de condena, se podía afirmar la constitucionalidad del numeral cuestionado.

En la resolución 033/03 se demandó el artículo 126 del código procesal penal. El numeral fijaba una diferencia conceptual entre imputado y sindicado. Se decía que el sindicado adquiriría la condición de sujeto procesal desde su declaración ante el fiscal. Para el accionante la norma no *“...permite al sindicado ejercer su defensa técnica o material ni solicitar pruebas antes de ser escuchado en indagatoria, más aún si contra la persona medía orden de captura, pues no podrá ser asistido por un defensor de confianza hasta tanto el fiscal, a su arbitrio, lo declare persona ausente...”*⁷⁸⁴. Al hacer el examen de constitucionalidad el tribunal enfatizó que el legislador tenía la potestad de introducir una diferenciación entre sindicado e imputado. No obstante, le estaba vedado limitar el derecho de defensa de la persona a la que se le vinculaba con la comisión de un hecho delictivo, indistintamente de la terminología empleada. Por ello, declaró que la disposición no

⁷⁸²Aunque debe indicarse que, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, inciso 2, la doble instancia si formaría parte del debido proceso. Esta ha sido la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela”, 17 de noviembre de 2009, en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf consulta realizada el 16 de agosto de 2012.

⁷⁸³Sentencia 019/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁸⁴Sentencia 033/03 de la Corte Constitucional de Colombia

violaba el parámetro de legitimidad constitucional sólo si se entendía que aún antes de la vinculación mediante indagatoria el sindicato tenía los mismos derechos del imputado para el ejercicio del derecho de defensa.

También es interpretativa propiamente dicha la sentencia 1177/05 en la que se debatió sobre el artículo 69 del código de procedimientos penales. El numeral disponía que la denuncia penal fuera posible ampliarla únicamente una vez y que aquella que no tuviera fundamento se inadmitiera. La Corte reconoció que la norma aceptaba varias interpretaciones⁷⁸⁵. No encontró reparos en relación al límite para la ampliación, sin embargo precisó que, con sustento en el principio de acceso a la justicia, la inadmisión era válida sólo en el sentido de que se podía rechazar una denuncia cuando el hecho denunciado no hubiese existido o no revistiera las características de delito. Esta decisión debía, como quiera, estar motivada por el fiscal⁷⁸⁶.

En las demás decisiones, las materias, por las cuales fueron proferidas sentencias interpretativas propiamente dichas en el tribunal constitucional de Colombia, han sido muy diversas. Hubo pronunciamientos sobre cuestiones militares⁷⁸⁷, de autonomía universitaria⁷⁸⁸, fiscales⁷⁸⁹ de tránsito⁷⁹⁰, de jubilaciones y pensiones⁷⁹¹, etc. Dentro de las resoluciones que, en esa amplia gama, ha resultado de especial interés por sus argumentos está la 654/07.

En ella se planteó una demanda contra el artículo 122 de la ley número 30 de 1992. Dicha norma autorizaba a las instituciones de educación superior a cobrar a sus estudiantes por los derechos de graduación, así como por un servicio médico

⁷⁸⁵Consta en la resolución: “...la expresión acusada admite más de una interpretación, algunas de las cuales, como la insinuada por la Procuraduría, pueden resultar contrarias a la constitución. Corresponde en consecuencia a la Corte delimitar el contenido de la disposición acusada fijando el único sentido en el cual ésta se entiende compatible con la constitución, por lo que procederá a emitir una sentencia interpretativa, condicionando la ejecución de la norma demandada a la interpretación que desarrolla el texto constitucional...” Sentencia 1177/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁸⁶Las otras sentencias interpretativas propiamente dichas, dictadas por el tribunal constitucional colombiano, en asuntos penales y procesal-penales son: 024/94, 264/95, 479/01, 553/02, 1081/02, 429/03, 1194/05, 336/07, 875/02, 209/07, 186/08 y 131/09.

⁷⁸⁷Sentencia 710/02 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁸⁸Sentencia 654/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁸⁹Sentencia 543/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁹⁰Sentencia 106/04 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁹¹Sentencias 375/04 de la Corte Constitucional de Colombia.

asistencial. La justicia constitucional determinó que con la disposición no se contravenía la carta magna, en tanto se entendiera que los cobros a personas sin posibilidades económicas para sufragarlos no era impedimento para graduarse⁷⁹².

En las sentencias citadas lo relevante es que la Corte Constitucional advirtió que las normas sometidas a su conocimiento padecían de defectos con los que se estaba comprometiendo su constitucionalidad. Pero, no se limitó a actuar como simple legislador negativo que expulsa del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales. Por el contrario, definió cuáles eran los alcances que se les debía dar y salvó la constitucionalidad, fijando, claramente más allá de su textualidad, la interpretación que estimó correcta.

Ocurrió del mismo modo, si bien con algunas diferencias que serán abordadas posteriormente, en las 20 sentencias interpretativas propiamente dichas de la Sala Constitucional de Costa Rica⁷⁹³. En cuanto a la materia, también los temas tratados fueron de muy distinta naturaleza. Como en Colombia, una tercera parte versó sobre cuestiones penales o procesales penales. Los 7 pronunciamientos en los que se analizó la constitucionalidad de normas punitivas, sustantivas o procesales, fueron los siguientes: 52/91, 3990/92, 5751/93, 5988/94, 3195/95, 2967/96 y 10492/04.

En la resolución 3195/95, se decidió sobre la acción de inconstitucionalidad presentada por una ciudadana contra los artículos 9, 10 y 12 de la ley número 7425 de 1995; cuestionó que en intervenciones de comunicaciones privadas las normas autorizaran al juez a delegarlas en la policía. En esta oportunidad, concluyeron los magistrados, ciertamente la constitución política, en su artículo 24, determina que la única autoridad que puede ordenar una intervención es la jurisdiccional⁷⁹⁴. Por este motivo las normas eran constitucionales, siempre que se entendiera que la

⁷⁹²Sentencia 654/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷⁹³Las sentencias interpretativas propiamente dichas de la Sala Constitucional de Costa Rica a continuación: 615/90, 52/91, 3990/92, 4027/92, 5751/93, 1975/94, 5988/94, 2661/95, 3195/95, 2967/96, 184/97, 4587/97, 1306/99, 8197/99, 1749/01, 15390/03, 10492/04, 15716/05, 11154/07 y 11158/07.

⁷⁹⁴La participación del juez, avanzó la Sala, consiste en que se observen las siguientes exigencias: “... a) intervención (...) en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones; b) la exigencia a éste de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo; c) la exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para todo lo cual posee una responsabilidad indelegable y d) que el juez se imponga del contenido de la comunicación intervenida y sea él quién discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la policía...” Sentencia 3195/95 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

atribución constitucional de intervenir las comunicaciones privadas reside en el juez. Es él quien ordena la medida y fiscaliza su ejecución. Sólo los actos materiales de la intervención pueden ser delegados en la Fiscalía o en la Policía Judicial. De esta manera definieron cuáles serían los alcances de la palabra “delegación” contenida en la ley recurrida.

Otra sentencia que puede ser comentada es la 5751/93, aquí se debatió acerca del artículo 450 del código procesal penal, el cual establecía que el actor civil podría recurrir la sentencia cuando así lo hiciera el fiscal. Para los jueces, el estado está obligado a garantizar los derechos de las víctimas y sus intereses dentro de los procesos penales. Dicha obligación hizo que se acordara que el artículo debía interpretarse en el sentido de que el actor civil podría recurrir la sentencia cuando así lo hiciera el fiscal o en todo lo concerniente al interés civil que defendiera.

Luego de las sentencias sobre normas penales y procesales penales, en segundo lugar, aparecen, por cantidad, 3 resoluciones en las que fue debatida la regularidad constitucional de normas laborales. Las resoluciones son: 184/97, 1306/99 y 1749/01.

En la 1749/01 se planteó una acción contra el artículo 22 de la ley número 6872 de 1983 el cual establecía, como régimen de incompatibilidad, la prohibición de que los ministros, viceministros y otros funcionarios gubernamentales, ejercieran profesiones liberales o cargos de administración, dirección o representación en empresas privadas o públicas. La Sala consideró que, aunque el legislador está facultado a fijar las incompatibilidades para los servidores públicos, éstas no pueden superar los límites enhebrados en la constitución política. Con base en dicha premisa, concluyó, la prohibición del ejercicio liberal de la profesión se ajustaba al texto constitucional, sin embargo “...en lo que toca a la imposibilidad de ejercer cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas (...) la norma se adecua al Derecho de la Constitución, en el tanto, se interprete que dicha incompatibilidad únicamente se refiere a (...) sociedades que tengan por objeto actividades de índole comercial...”⁷⁹⁵.

⁷⁹⁵Sentencia 1749/01 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

En la otra mitad de sentencias interpretativas propiamente dichas de la Sala Constitucional, en el periodo 1989 a 2010, se resolvió sobre la constitucionalidad de disposiciones de distintas materias. Se hallaron pronunciamientos relacionados con normas agrarias⁷⁹⁶, notariales⁷⁹⁷, de familia⁷⁹⁸, comerciales⁷⁹⁹, etc.

En la sentencia 11158/07, por ejemplo, ante una consulta judicial, se examinó la constitucionalidad del artículo 98 bis, inciso m), del código de familia, el cual indicaba que, en los procesos de filiación, la sentencia que hubiese sido decidida en sede de casación adquiriría la condición de cosa juzgada material. En criterio del juez consultante el problema se presentaba si en un proceso se dictaba la sentencia sin haberse recibido la prueba científica para acreditar el vínculo parental. En esos casos la configuración del instituto de la cosa juzgada material coartaría el derecho a saber quiénes son los padres. Para los jueces constitucionales, existe, en efecto, un derecho fundamental a saber quiénes son los padres. Con ese sustento, zanjaron, la norma era constitucional en el entendido de que la posibilidad de reabrir la vía judicial se mantenía a través del recurso extraordinario de revisión, aunque expresamente el código procesal civil no contemplara dicha causal⁸⁰⁰.

En el repaso de las sentencias interpretativas propiamente dichas de la Sala Constitucional, al compararlas con las de la Corte Constitucional, hay un contraste sustantivo que obliga a ser mencionado. No se trata sólo de que, incluso en un tiempo menor, la Corte de Colombia dictara más sentencias de este tipo, sentencias que, como se ha insistido reiteradamente, tienen la característica de que el juez constitucional no restringe su tarea a expulsar normas del ordenamiento, sino que determina sus alcances. En el 23% de las sentencias activistas colombianas se utilizó

⁷⁹⁶Sentencia 4587/97 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁹⁷Sentencia 8197/99 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁹⁸Sentencia 11158/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁷⁹⁹Sentencia 615/90 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁰⁰Recoge la sentencia: “...Bajo esta inteligencia, si en un proceso anterior se discutió la filiación o paternidad, habiéndose dictado sentencia con autoridad y eficacia de cosa juzgada material, y le fue imposible a la parte actora, por el estado de desarrollo de la técnica y de la ciencia, contar con la prueba de marcadores genéticos o se lo impidió alguna causa de fuerza mayor, nada le enerva la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia para que se decrete la nulidad de la sentencia firme...” Sentencia 11158/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

la sentencia interpretativamente propiamente dicha, casi el doble que las costarricenses, que alcanzaron, apenas, un 12%.

Quizá el punto que más merece ser acentuado es que en las resoluciones del tribunal colombiano las sentencias interpretativas se identificaron siempre sin ninguna dificultad. Más aún, al final, en la decisión del fallo, se repetía que la constitucionalidad dependía de que se siguiera la interpretación esgrimida por los jueces. De esta manera no quedaban dudas acerca de que la Corte se posicionaba con claridad. En el caso del tribunal costarricense no fue así. En no pocas ocasiones, en la decisión del fallo, o el “Por Tanto” según el formato seguido por la Sala, no se hizo mención a que dentro de la sentencia, en sus fundamentos, se había aclarado que la norma debía ser interpretada en un específico sentido⁸⁰¹.

La comparación lleva a pensar en un órgano que, en la utilización de la técnica de la sentencia interpretativa propiamente dicha, mostró mayor contundencia al momento de expresarla, la Corte Constitucional de Colombia. Al frente, otro que lo hizo con una actitud más discreta y menos evidente, cuantitativa, pero también cualitativamente, la Sala Constitucional de Costa Rica. La diferencia conduce a que la visión del juez que no se resigna a ser mero aplicador de normas, y supera, asimismo, la concepción más tradicional de la justicia constitucional, en la que la actuación del tribunal se constreñía a fungir como legislador negativo, haya sido más visible en la Corte Constitucional colombiana.

c.2 Sentencias interpretativas reductoras

Al analizar las sentencias interpretativas reductoras de ambos tribunales, todas ellas comparten, lógicamente, que, en el análisis, se concluyó que era necesario suprimir algunos apartados de las normas cuestionadas porque de otro modo serían inconstitucionales.

⁸⁰¹Dos ejemplos, aunque no los únicos, son las sentencias 184/97 y 1749/01.

En las 32 sentencias interpretativas reductoras⁸⁰² de la Corte Constitucional, como en las interpretativas propiamente dichas, se abordaron temas muy diversos: penal⁸⁰³, organización territorial⁸⁰⁴, notarial⁸⁰⁵, tributaria⁸⁰⁶, laboral⁸⁰⁷, etc. Algunos ejemplos permitirán ilustrar el comportamiento exhibido por los magistrados en este punto. Pueden citarse los fallos 368/99 y 456/06.

En la resolución 368/99 se estudió el artículo 5 de la ley número 443 de 1998. La norma establecía un listado de empleos de libre nombramiento y remoción del sector público. La Corte Constitucional apuntó: *“...la atribución otorgada al legislador para clasificar algunos empleos como de libre nombramiento y remoción no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, que la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en la excepción (...) la decisión legislativa de ordenar un puesto público dentro de la categoría de los de libre nombramiento y remoción debe responder a un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada (...) los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica (...) para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades...”*⁸⁰⁸. De seguido, la Corte analizó cada uno de los empleos y excluyó varios de ellos porque, según juzgó, no tenían un papel directivo, de manejo o de conducción institucional⁸⁰⁹.

⁸⁰²Las sentencias interpretativas reductoras de la Corte Constitucional de Colombia fueron las siguientes: 517/92, 150/93, 265/93, 503/93, 537/93, 343/96, 087/97, 353/97, 402/97, 299/99, 368/99, 479/99, 847/99, 109/00, 369/00, 1319/00, 973/01, 1051/01, 615/02, 806/02, 125/03, 228/03, 879/03, 538/05, 591/05, 342/06, 421/06, 456/06, 931/06, 544/07, 720/07 y 287/09.

⁸⁰³Sentencia 806/02 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁴Sentencia 538/05/ de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁵Sentencia 421/06 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁶Sentencia 287/09 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁷Sentencia 299/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁸Sentencia 368/99 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰⁹Entre los puestos eliminados de la norma, figuran: juez de instrucción penal militar, auditor de guerra y secretario del Tribunal Superior Militar, Ídem. Debe aclararse que esta sentencia también podría calificarse como sentencia interpretativa propiamente dicha. En el apartado b del inciso 2 del artículo 5 se establecía que serían de libre nombramiento y remoción los puestos del servicio

En la resolución 456/06 se valoró la constitucionalidad del artículo 318 del código procesal penal que introducía algunas restricciones para recurrir medidas privativas de la libertad personal. Establecía el ordinal citado:

“...Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, por una sola vez y ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308. Contra esta decisión no procede recurso alguno...”⁸¹⁰.

La Corte advirtió, en primer lugar, que toda medida que restringe la libertad de movimiento es excepcional, por lo que debe ser sometida al test de proporcionalidad y razonabilidad. Concluyó que limitar la posibilidad de solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento a una sola vez *“...significa imponer límites que restringen sin ningún fundamento el derecho a la libertad y crea en el individuo una situación de indefensión, en tanto que su justo reclamo para recobrar la libertad por haber desaparecido las causas de su restricción, es desatendido por la limitación que la ley le impuso, con lo cual se transgrede el debido proceso y su derecho de defensa...”⁸¹¹*. Por otro lado, prosiguieron los jueces, también supondría fijar unos límites desproporcionados la prohibición de interponer recurso contra la decisión que resuelve una solicitud de revocatoria o de sustitución. Declararon la constitucionalidad del artículo, pero suprimiendo las expresiones: *“por una sola vez”* y *“Contra esta decisión no procede recurso alguno”*. El artículo, después del pronunciamiento, quedó de la siguiente forma:

“...Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento y ante el juez de control

administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores en el extranjero. Según la resolución de la Corte Constitucional esto debería entenderse en el sentido de que únicamente serían de libre nombramiento y remoción las plazas ocupadas por ciudadanos no colombianos. Lo importante, a efecto de incluir la sentencia dentro del presente indicador, es que se trata de una sentencia interpretativa.

⁸¹⁰Sentencia 456/06 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸¹¹Idem.

*de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308...”*⁸¹².

En relación con la Sala Constitucional costarricense, más de la mitad de las 26 sentencias reductoras⁸¹³, 14, evaluaron el arreglo de normas penales y laborales con el parámetro de legitimidad constitucional. Las otras 12 abordaron preceptos ambientales⁸¹⁴, migratorios⁸¹⁵, presupuestarios⁸¹⁶, de tránsito⁸¹⁷, comerciales⁸¹⁸, etc. También se citarán dos ejemplos para explicar la forma en como la Sala se sirvió de las sentencias interpretativas reductoras.

En el fallo 1684/91 se adujo que el inciso a) del artículo 121 de la ley número 7033 de 1986 lesionaba la constitución política porque concedía un margen de discrecionalidad absoluto al poder ejecutivo para expulsar a un extranjero del país. Estatuía la norma:

“... Existe causal de expulsión:

*a) Cuando, cualquiera que fuere el status migratorio, se considere que la presencia del extranjero es nociva, o que sus actividades comprometen la seguridad nacional, la tranquilidad u orden público, o cuando circunstancias especiales lo aconsejen...”*⁸¹⁹.

Para la Sala, la primera parte del inciso no presentaba problemas, se trataba, anotó, de conceptos jurídicos indeterminados que no implicaban, *per se*, un bloque absoluto de discrecionalidad. Sí pugnaba, en cambio, con la constitución la frase final “o cuando circunstancias especiales lo aconsejen”. Detalló, la Sala, “... este

⁸¹²Ídem.

⁸¹³Las sentencias interpretativas reductoras de la Sala Constitucional de Costa Rica, a continuación: 5947/98, 1331/90, 1684/91, 526/93, 2305/93, 2934/93, 7335/94, 1971/96, 545/97, 4713/97, 102/98, 110/98, 1317/98, 2409/98, 3664/98, 7291/98, 118/99, 6304/00, 7156/00, 247/01, 317/03, 6306/03, 6307/03, 1144/07, 14027/09 y 14288/09.

⁸¹⁴Sentencia 14288/09 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸¹⁵Sentencia 1684/91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸¹⁶Sentencia 1971/96 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸¹⁷Sentencia 526/93 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸¹⁸Sentencia 1118/99 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸¹⁹Sentencia 1684/91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

texto se aparta de la esencia de los conceptos jurídicos indeterminados, otorgando poder total y absoluto para concebir, subjetivamente, las posibles causales de expulsión de los extranjeros (...) la evaluación del caso concreto no podrá ser objetiva, puesto que la causal será siempre creación de un juicio estimativo y no de la verificación de una situación real, existente y comprobable por sí misma...”⁸²⁰. Con la anulación de la frase, el inciso a) del artículo 121, en lo sucesivo, habría de leerse así:

“...Existe causal de expulsión:

- a) Cuando, cualquiera que fuere el status migratorio, se considere que la presencia del extranjero es nociva, o que sus actividades comprometen la seguridad nacional, la tranquilidad u orden público...”⁸²¹.

Un último ejemplo, la sentencia 14288/09, se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la ley número 7327 de 1992. La actora aseveró que el último párrafo del numeral citado violaba la constitución porque indicaba que los ecosistemas humedales⁸²² serían creados y delimitados vía decreto ejecutivo algo que, en su opinión, dejaba desprotegidos a aquellos no establecidos normativamente. El contenido del artículo era el siguiente

“...La Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas tiene las siguientes funciones en el ejercicio de su competencia:

- a), b), c), ch), d) e), f), g)

⁸²⁰Ídem.

⁸²¹Ídem.

⁸²²En la misma resolución se define humedal como “...una gran variedad de ecosistemas, con características muy distintas, se pueden clasificar en siete unidades paisajísticas: estuarios, costas abiertas, llanuras de inundación, pantanos de agua dulce, lagos, turberas y bosques de inundación; o en humedales de agua salada, de agua dulce o humedales artificiales. Cada uno está formado por una serie de componentes físicos, químicos y biológicos, tales como suelos, agua, especies de animales, vegetales y nutrimentos. Los procesos entre estos componentes y dentro de cada uno de ellos, permiten que el humedal desempeñe funciones, como el control de inundaciones y la protección contra tormentas, y que se generen productos, como la vida silvestre, pesquería y recursos forestales, purifican el agua y estabilizan la línea de la costa...” Sentencia 14288/09 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

La creación y delimitación de los humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios... ”⁸²³.

Para la justicia constitucional costarricense, la impugnante llevaba razón. No sólo porque, repitió, del artículo 50 constitucional, se desprende un derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sino también porque una serie de convenios y tratados internacionales, aprobados por el país, definen las pautas que deben seguirse en la protección del medio ambiente en general, y de los humedales, en particular. Dijeron los jueces “...es claro entonces que según la Convención de Ramsar todo ecosistema que reúna las características de humedal, debe ser utilizado de forma racional y sostenible en los términos que la Convención y la Conferencia de las Partes han definido...”⁸²⁴. Con respaldo en ese razonamiento anularon el penúltimo párrafo del artículo 7; su redacción, finalmente, quedó así:

“...La Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas tiene las siguientes funciones en el ejercicio de su competencia:

a), b), c), ch), d) e), f), g)... ”⁸²⁵.

En los cuatro ejemplos listados los tribunales constitucionales modificaron el sentido original de las normas sometidas a su escrutinio. Para ello, como puede verse, comparando los textos de las disposiciones, antes y después de la resolución judicial, fueron eliminados los apartados que los jueces calificaron como inconstitucionales. La eliminación no es una bagatela; fue justamente a partir de ésta que el sentido inicial de las normas experimentó una modificación.

Aparte de la cantidad, que en el caso del segundo fue menor, las sentencias interpretativas reductoras de Colombia y de Costa Rica, han seguido líneas argumentativas similares. La valoración que realizaron los tribunales los condujeron a suprimir contenidos normativos.

⁸²³ídem.

⁸²⁴ídem.

⁸²⁵ídem.

c.3 Sentencias interpretativas sustitutivas

Siguiendo con la clasificación de sentencias interpretativas, se encontró una sentencia interpretativa sustitutiva. Fue de la Corte Constitucional. Esta sentencia es la 804/06. La demanda objetó la constitucionalidad del artículo 33 del código civil de 1887. La norma indicaba que la palabra hombre se entendería en general, debiendo aplicarse a toda “... la especie humana, sin distinción de sexo (...) por el contrario la(s) palabra(s) mujer, que designa el sexo femenino no se aplicará a otro sexo...”⁸²⁶. Después de hacer un amplio examen del origen histórico de la palabra hombre, en el ordenamiento civil colombiano, y del desarrollo de regulaciones tendientes a eliminar las formas de discriminación contra la mujer, la Corte concluyó que la disposición “... resulta contraria a los valores, principios y derechos constitucionales porque torna invisible al género femenino...”⁸²⁷. Sin embargo, en lugar de decretar la inconstitucionalidad, decide suprimir algunos de sus contenidos, pero reescribiendo la norma. El artículo originalmente era el siguiente:

*“... Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él...”*⁸²⁸.

Luego de que la Corte determinara que la regulación daba un trato discriminatorio a las mujeres, ordenó que la norma quedara así:

*“... La palabra persona en su sentido general se aplicará a individuos de la especie humana sin distinción de sexo...”*⁸²⁹.

⁸²⁶Sentencia 804/06 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸²⁷Ídem.

⁸²⁸Ídem.

⁸²⁹Ídem.

La decisión de los jueces implicó no sólo recortar la norma, sino sustituir su sentido original. En adelante, las palabras hombre, persona, niño, adulto no comprenderían a ambos sexo; únicamente la palabra persona, en singular, tendría esa virtud⁸³⁰.

c.4 Sentencias interpretativas aditivas

Las 3 últimas sentencias interpretativas localizadas, en el estudio empírico, son 1 aditiva y 2 exhortativas, todas de la Sala Constitucional. La sentencia aditiva corresponde al fallo 4960/09. Un ciudadano acusó la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley número 7306 de 1992 y su reglamento.

Las disposiciones, reclamó el actor, omitieron mencionar algunos componentes salariales –como carrera profesional⁸³¹– los cuales al formar parte del salario debían ser considerados al momento de realizar el cálculo de la jubilación. La norma, originalmente, establecía:

“...Para determinar el monto de la jubilación o de la pensión, se tomará el promedio de los doce mejores salarios mensuales ordinarios de entre los últimos veinticuatro salarios mensuales ordinarios que la persona haya recibido. Para estos efectos, el salario ordinario será la suma del salario base más los ingresos que, por anualidades, dedicación exclusiva, prohibición y gastos de

⁸³⁰Aunque originada en un recurso de amparo, que evidentemente no hace parte de la muestra seleccionada, puede resultar interesante comentar que un razonamiento similar, expresó la Sala Constitucional de Costa Rica en la sentencia 3435/92. En ella se discutió acerca de una norma constitucional, artículo 14, que establecía que la ciudadanía costarricense podría adquirirla, por naturalización, la mujer casada con un costarricense. El tribunal costarricense estimó que había un trato discriminatorio, por lo que las palabras “hombre” o “mujer” debían entenderse como sinónimo de “persona”. Señalaron los jueces: “...en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos hombre ó mujer deberán entenderse como sinónimos del vocablo persona, y con ello eliminar toda posible discriminación...” Sentencia 3435/92 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸³¹La carrera profesional es un sobresueldo que se paga a los funcionarios del sector público Sentencia 4960/09 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

*representación, así como los sueldos recibidos por tiempo extraordinario, haya percibido el beneficiario...*⁸³².

La Sala acogió el argumento del accionante. En efecto, avanzaron los magistrados de la cámara costarricense, la jubilación, que es, además, un derecho fundamental, comprende el derecho a que la prestación que recibe el jubilado no sea limitada de forma desproporcionada. Bajo esta perspectiva, añadieron, “...*la exclusión del componente salarial de carrera profesional de los salarios con base en los cuales se calcula la jubilación limita irrazonablemente este último derecho (...) la contradicción con la carta política se suscita en virtud del olvido de inclusión de un componente salarial cuya previsión resulta necesaria en aras de la protección constitucional (...) del derecho a la jubilación...*”⁸³³. Frente a ese “olvido” la Sala dispuso que debería incluirse el rubro salarial denominado carrera profesional al calcular el monto de jubilación de los funcionarios públicos.

c.5 Sentencias interpretativas exhortativas

Las 2 sentencias exhortativas que lograron identificarse fueron, también, de la Sala Constitucional, son la 11594/01 y la 5649/05.

En la primera, 11594/01, se analizó una norma que impedía participar, durante 2 años, a los profesionales en ciencias de la salud que, luego de haber asistido a un sorteo de plazas para realizar un servicio social obligatorio, y habiéndola obtenido, no la ocuparan o la hubiesen renunciado, en nuevos concursos. La Sala advirtió que la medida consistía en una sanción, para la que debía establecerse un procedimiento similar al de cualquier sanción de tipo administrativo, algo que, concluyó, no se daba. Indicaron los jueces “...*en el caso en estudio, no existe una norma legal que establezca los elementos esenciales de la sanción en cuestión, como lo exige el principio de legalidad, y en consecuencia, la normativa impugnada resulta inconstitucional, únicamente en cuanto impide participar en los sorteos que se realicen antes de dos años...*”⁸³⁴. Posteriormente, el tribunal se planteó que la

⁸³²Ídem.

⁸³³Ídem.

⁸³⁴Sentencia 11594/01 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

inconstitucionalidad podría traer un perjuicio, que algunos participantes, al ser elegidos para hacer el servicio social en lugares alejados, renunciaran, con lo cual la seguridad social, sobre todo en zonas rurales, se vería afectada ante la eventual falta de personal.

Por lo anterior, la Sala Constitucional dimensionó los efectos de la resolución. Ordenó que la norma cuestionada se mantuviera vigente por el plazo de 2 años. Durante ese periodo, exhortó a las autoridades de la seguridad social costarricense y a la Asamblea Legislativa, tendría que dictarse una nueva regulación donde fueran atendidas las observaciones plasmadas en el fallo.

La sentencia 5649/05, por último, lleva hasta el año 2002, cuando se aprobó una reforma de la constitución política; la reforma significó la incorporación de la figura del referéndum en el ordenamiento jurídico costarricense. Se ordenó al legislador, en un transitorio, la regulación legal del instituto. Al 2005, sin embargo, la ley no se había promulgado, por lo que realizar un referéndum era imposible, dado que la constitución no establecía el procedimiento a seguir.

Al resolver una acción de inconstitucionalidad, los jueces consideraron que la omisión representaba una violación al principio democrático y al principio de supremacía constitucional. La Sala reconoció que el plazo fijado por el constituyente derivado fue muy corto; sin embargo, continuó, una vez aprobado no había justificación válida para el retraso⁸³⁵. De esta manera concedió 6 meses al Congreso para que expidiera una ley de referéndum, lo que finalmente ocurrió, al aprobarse la ley número 8492, el 9 de marzo de 2006⁸³⁶.

⁸³⁵Se refirió en la resolución comentada: “...La omisión normativa de la Asamblea Legislativa, en cuanto poder constituido, en el dictado de las dos leyes especiales ya referidas, resulta inconstitucional al transgredir palmariamente el plazo establecido para dictarlas (...) Adicionalmente, la omisión legislativa, en cuanto retarda e impide el ejercicio de la potestad originaria y soberana del pueblo de legislar, vía referéndum, y de ejercer su iniciativa en la formación de la ley, quebranta trascendentes valores y principios de orden constitucional. En efecto, el principio democrático contenido en el preámbulo y artículo 1º de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, supone, necesariamente, el de la participación política directa, efectiva, libre y consciente de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas fundamentales en cuanto les atañen...” Sentencia 5649/05 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸³⁶Por cierto, la decisión de la Sala y la posterior promulgación de la ley de referéndum tuvieron un impacto casi inmediato. El 7 de octubre de 2007 se celebró el primer referéndum en la historia del país. El referéndum permitió la aprobación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos que,

d. Activismo judicial por definición de una política pública

La *definición de políticas públicas*, como ha propuesto la doctrina, es otro de los indicadores para determinar la existencia de una sentencia activista. Al estudiar las resoluciones proferidas por la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica la *definición de políticas públicas* sólo se encontró acompañada de alguno de los otros cuatro indicadores⁸³⁷. Por esta razón será abordado en el acápite final del apartado ii) Resultados por indicador.

e. Activismo judicial por decisión ultrapetita

Al igual que sucedió con *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas* y con *definición de políticas públicas*, al revisar las sentencias de los tribunales constitucionales objeto de investigación, el quinto indicador, *decisión ultrapetita*, apareció junto a uno o varios de los indicadores restantes. Los casos donde ocurrió de este modo serán analizados en el siguiente párrafo.

f. Activismo judicial por presencia de dos o más indicadores

Como fue anticipado, se encontró, en 38 de las 157 sentencias colombianas calificadas como activistas y en 55 de las 167 sentencias costarricenses, la presencia de dos o más indicadores. Se profundizará, a continuación, en este último grupo de resoluciones.

Interesarán, particularmente, aquellas en las que se ampliaron o concedieron derechos, se definieron políticas públicas o se resolvió más de lo pedido por la parte. El interés se justifica en que, como también fue explicado, dichos indicadores, a diferencia de *contestación de actos de los otros poderes* y *utilización de sentencias*

en los meses anteriores, había generado altos niveles de crispación social, por lo que algunos consideraron era un acuerdo beneficioso sólo para los intereses del país norteamericano, ver: Rodríguez (Florisabel), Gómez Barrantes (Miguel) y Chacón (Wendy). “El referéndum del TLC en Costa Rica: seguimiento de la opinión pública”, *Revista Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, número 121, San José, 2008, pp. 49-69.

⁸³⁷Barak (Aharon). *Op. Cit.* p. 268-269.

interpretativas, solamente aparecieron seguidos de uno o más de los otros indicadores.

f.1 Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente junto a otros indicadores

Un indicador que apareció únicamente junto a otros indicadores fue el segundo, *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*. Del que más veces estuvo acompañado, en las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia, fue del tercero, *utilización de sentencias interpretativas*⁸³⁸. La siguiente tabla resume las combinaciones encontradas en el tribunal colombiano:

Tabla 17: Combinación indicador reconocimiento o expansión de derechos con otros indicadores de la Corte Constitucional de Colombia

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
0	Contestación de actos de los otros poderes del estado.
16	Utilización de sentencias interpretativas.
0	Definición de política pública.
0	Decisión ultrapetita.
1	Contestación, sentencia interpretativa y política pública.

Elaboración propia.

⁸³⁸Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las que hubo reconocimiento o expansión de derechos, junto a otros indicadores, fueron las siguientes: 588/92, 027/93, 320/94, 483/95, 487/97, 002/99, 517/99, 410/01, 152/02, 246/02, 042/03, 400/03, 044/04, 464/04, 310/07, 1035/08 y 844/10.

En lo que atañe a la Sala Constitucional, el tercer indicador se hizo acompañar, la mayoría de las ocasiones, por el segundo, también, *utilización de sentencias interpretativas*. Asimismo, en un número significativo, se reconocieron o expandieron derechos a través de *contestación de los actos de los otros poderes del estado*. Fue, dicho de la forma más simple, interpretando o disminuyendo los extremos de las normas emanadas del poder ejecutivo y del poder legislativo o, bien, anulándolas, como la Sala reconoció o expandió algunos derechos⁸³⁹. En la tabla 18 se compilan las combinaciones.

Tabla 18: Combinación indicador reconocimiento o expansión derechos con otros indicadores de la Sala Constitucional de Costa Rica

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
12	Contestación de actos de los otros poderes del estado.
14	Utilización de sentencias interpretativas.
0	Definición de política pública.
0	Decisión ultrapetita.
2	Contestación y decisión ultrapetita.

Elaboración propia.

Se comentarán a continuación algunas de estas resoluciones. Siguiendo el mismo esquema de análisis, se iniciará con las proferidas por la Corte Constitucional, posteriormente se emprenderá el repaso de las de la Sala Constitucional.

Posiblemente una de las decisiones más importantes de la Corte es la 027/93, se demandó la inconstitucionalidad de la ley número 20 de 1974, mediante la cual se

⁸³⁹Las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en las que hubo reconocimiento o expansión de derechos, junto a otros indicadores, fueron las siguientes: 2196/92, 1151/94, 5965/94, 1059/95, 2313/95, 4287/95, 3769/96, 4848/96, 5597/96, 2570/97, 4570/97, 2765/97, 3460/98, 4883/98, 8857/98, 601/99, 616/99, 1864/99, 4846/98, 4869/04, 846/05, 15492/06, 12845/07, 16964/04, 8297/10, 13704/10, 15058/10 y 18965/10.

aprobó el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede. En este fallo se encontró la concurrencia de cuatro indicadores: *contestación de actos de otros poderes, utilización de sentencia interpretativa, definición de una política pública y reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.*

Entre otros, se anuló el artículo 6 del acuerdo; ordenaba que en las zonas indígenas se conformara una comisión integrada por autoridades civiles y eclesiales para promover su desarrollo⁸⁴⁰. El criterio vertido por la Corte fue que con la constitución de 1991 los grupos indígenas recibieron una mayor autonomía para autogobernarse; libres de imposiciones culturales. Se indicó: “...la constitución de 1991 ofrece nuevas concepciones sociopolíticas de la etnia colombiana que lleva a nuevos planteamientos sobre el tratamiento que a ella ha de darse, sustrayendo a los indígenas de la marginalidad legal y constitucional en que se encontraban, para reconocerles su identidad étnica, política, social, cultural y religiosa. Se reconoce así en el estatuto máximo la evolución que han tenido, con signos de mejoramiento, las zonas marginadas del país, que de ser consideradas minusválidas en el pasado, se le abren las posibilidades de asumir la conciencia de su propia identidad y de ahí que expresamente se les conceda autodeterminación y autogobierno propios. Es así entonces que la nueva carta política contempla la conformación de entidades territoriales indígenas la cual se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y su determinación se hará por el Gobierno Nacional...”⁸⁴¹. Con este fundamento se eliminó la posibilidad de que la Iglesia Católica junto al estado, interviniera en la organización y atención de comunidades indígenas.

Al examinar el artículo 12, que obligaba al estado a incluir en los centros educativos programas de formación en religión católica, los jueces declararon su inconstitucionalidad. De acuerdo con su razonamiento, la educación es un derecho fundamental, aunque no aparezca expresamente en la carta magna y, en ese tanto, no era admisible, sin que ello conllevara, además, una violación al principio de igualdad, que sólo una religión tuviera el privilegio de que sus enseñanzas hicieran

⁸⁴⁰También se declararon inconstitucionales los artículos 9, 11, 12, 13, 16, 17, 20 y 22.

⁸⁴¹Sentencia 027/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

parte de los programas educativos oficiales⁸⁴². La Corte ordenó que se reglamentara una nueva regulación en la que se contemplaran dos aspectos: la obligatoriedad de brindar los espacios necesarios para que otras denominaciones religiosas pudieran también ofrecer asignaturas basadas en la doctrina que profesasen y permitir que los estudiantes, libremente, decidieran si deseaban recibir algún tipo de instrucción religiosa⁸⁴³. Con la anulación de los artículos 6 y 12 se dio una contestación de los actos de los otros poderes. Además, se reconoció el derecho de los estudiantes a recibir la formación educativa respetando sus propias creencias religiosas⁸⁴⁴.

En la sentencia 483/95 se cuestionó el artículo 110 del código de trabajo que expresaba:

“...El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor...”⁸⁴⁵.

⁸⁴²Se indicó en la resolución comentada: “... Ha de advertirse que con la declaratoria de inexequibilidad de esta norma concordataria, esta Corte no está afirmando que los hijos de familias católicas no reciban la educación religiosa que les corresponde como tales. Eso debe ser así y quién mejor que esa potestad eclesiástica es la indicada para contribuir con su magisterio en los respectivos programas docentes. Más lo que se censura frente al nuevo estatuto constitucional, es que compulsivamente sea esa la única enseñanza que deba impartirse en los centros educativos del estado, sin que se dé opción al alumnado de recibir la de su propia fe, o de no recibir ninguna...” Sentencia 027/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁴³Finalmente, es claro que se definió una política pública en materia educativa al ordenar que se incluyeran clases de religión distintas a las tradicionalmente ofrecidas sólo por la Iglesia Católica Ordenaron los magistrados: “... Dentro de la reglamentación legal que habrá de expedirse al efecto, a la Iglesia Católica habrá de dársele el espacio religioso en los establecimientos del estado, lo mismo que a las demás religiones, dejando en todo caso en libertad a los estudiantes que no quieran recibir instrucción religiosa alguna, con lo cual se conseguiría colocar en el mismo plano de igualdad a todas las confesiones pues se satisfaría el interés religioso de los estudiantes según sus propias creencias y no se obligaría a nadie a recibir cátedra religiosa...” Ídem. Sobre esta política pública se profundizará en el acápite f.2.

⁸⁴⁴En la sentencia, como se dijo, también se encontró el tercer indicador, uso de sentencias interpretativas. Un ejemplo de ello, aunque no el único, es la valoración del artículo 15 en el que textualmente se decía: “... La Santa Sede podrá erigir circunscripciones eclesiásticas y modificar los límites de las existentes, cuando lo creyere oportuno, para el mejor desempeño de la misión de la Iglesia. Con tal finalidad informará previamente al gobierno, acogiendo las indicaciones justas y convenientes que de él reciba...”. La separación entre estado y religión, advirtió el tribunal constitucional, rivalizaría con la facultad de que un gobierno interviniera en las decisiones de una persona jurídica libre y autónoma, como la Iglesia Católica. Por ello declaró que la norma era constitucional, pero suprimiendo el último apartado, ver: Ídem.

⁸⁴⁵Sentencia 483/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

Para el demandante la norma consagraba dos regímenes distintos, pues aunque la regla general, en el ordenamiento jurídico laboral colombiano, es el contrato de trabajo por término indefinido, para los docentes que laboraban en colegios y universidades privadas, su nexo contractual podía ser menor, incluso, que el año escolar. La Corte, reconociendo que el principio de estabilidad laboral es un derecho fundamental de los trabajadores, acogió la demanda⁸⁴⁶. Este principio, junto con el de igualdad, agregaron los jueces, eran quebrantados por el artículo 110. Por eso suprimieron el apartado “salvo estipulación por tiempo menor”. En adelante debería, entonces leerse así:

“...El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar...”⁸⁴⁷.

La Corte recortó el apartado y reconoció el derecho de los profesores de instituciones particulares a que sus contratos de trabajo se realicen por el año académico completo.

También, sobre contratación de profesores de educación privada, aparece el fallo 517/99. Se impugnó el artículo 106 de la ley número 30 de 1992 que consentía que los docentes de universidades privadas fueran contratados bajo dos modalidades, contrato de trabajo o contrato de servicios. La norma era la siguiente:

“...Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad, bien sea mediante contratos de trabajo o mediante contratos de servicios, según los períodos del calendario académico y su remuneración en cuanto a honorarios se refiere, corresponderá a lo

⁸⁴⁶Señaló: “...La limitante establecida por la norma acusada, según el análisis que precede, transgrede el principio en mención, al impedir a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza la celebración de contratos de trabajo por un tiempo mayor al del año escolar, pues, dado que a la luz de la norma el máximo período de contratación es de un año, ocurre que no obstante haberse desempeñado de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley y por el contrato mismo, de antemano se sabe que su vinculación laboral se verá interrumpida, con notorio sacrificio de su estabilidad en el empleo, pues nada les garantiza que seguirán trabajando durante el siguiente año lectivo, y con la necesaria pérdida de la continuidad indispensable para el cómputo y pago de sus prestaciones sociales...” Ídem.

⁸⁴⁷Ídem.

pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborales mes... ”⁸⁴⁸.

El tribunal constitucional indicó que el principio de igualdad, recogido en el texto fundamental, significa que la retribución de un trabajador depende de la labor que realiza y no de las circunstancias particulares de un empleador. Desde esta perspectiva, no era razonable ni proporcional dar un tratamiento distinto a los profesores de establecimientos particulares en comparación con los de instituciones públicas de enseñanza. Se acogió la demanda en cuanto a que las expresiones: “bien sea”, “o mediante contratos de servicios” y “en cuanto a honorarios se refiere” fueron declaradas inconstitucionales, con lo cual el artículo 106 cambió su sentido original; quedó de la siguiente forma:

“...Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad mediante contratos de trabajo según los períodos del calendario académico y su remuneración, corresponderá a lo pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborales mes... ”⁸⁴⁹.

En el fallo 410/01 se resolvió una demanda, contra el artículo 60 de la ley número 361 de 1997 que establecía que los automóviles conducidos por una persona con discapacidad podían aparcar en los lugares específicamente demarcados con el símbolo internacional de accesibilidad. Para el actor, de la lectura del precepto, se colegía que la prioridad no sería aplicable si el conductor no era el propio discapacitado. Los magistrados, sustentándose en el principio de igualdad, reconocieron la obligación del estado de promover políticas públicas, entre ellas las acciones positivas, para eliminar las distintas formas de discriminación

⁸⁴⁸Sentencia 517/99 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁴⁹Ídem.

contra grupos históricamente vulnerables⁸⁵⁰. El problema, concluyeron, era que con una acción positiva, en el caso concreto, no se iba a lograr el objetivo de dar un tratamiento preferente a las personas disminuidas físicamente, porque, en últimas, si no conducían ellas mismas un vehículo, podrían ser excluidas de los estacionamientos especiales. Por esto, acabaron diciendo, la norma era constitucional siempre que se entendiera que automóviles conducidos significaba “...vehículos que transportan personas incapacitadas, independientemente de que éstas los conduzcan...”⁸⁵¹. De esta manera se amplió el derecho a todas las personas con discapacidad.

En la sentencia 152/02 se sometió al examen de constitucionalidad una norma que ordenaba que en caso de muerte durante la prestación del servicio militar obligatorio serían beneficiarios de una pensión vitalicia los ascendientes o padres adoptivos del fallecido. Para los magistrados, el principio de protección a la familia, como eje fundamental consagrado en la constitución política, representaba un límite para la libertad configurativa del legislador. Con la decisión de que fueran los ascendientes los posibles beneficiarios, se dejaban por fuera a los hijos y a la pareja del fallecido. Por esta razón, dispusieron que la norma fuera constitucional siempre que se entendiera que los hijos son los primeros llamados a recibir los beneficios y que, aparte de los padres, la pareja estable también recibiera lo correspondiente, según el orden de prelación que prevé la ley civil en materia sucesoria⁸⁵². Evidentemente la Corte adicionó dos supuestos que no estaban en el texto de la norma, con lo cual, una vez más, no se resignó a expulsar normas del ordenamiento jurídico, sino que su trabajo la llevó a dictar a los otros poderes cuáles eran los alcances del artículo demandado y ante la omisión detectada ella misma corrigió el

⁸⁵⁰Se dijo: “El artículo 13 constitucional, por su parte, formula una proposición de imparcialidad sustentada en que todas las personas, por ser iguales, deben recibir el mismo trato y por ello, con el fin de eliminar o prever discriminaciones, se impone a las autoridades la adopción de acciones positivas que consigan hacer realidad el trato que la Carta impone (...)Por ello compete al Estado adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales, psíquicos, de tal suerte que se deben ejecutar medidas concretas, capaces de garantizar su acceso, en condiciones acordes con su situación, a los lugares que les proporcionan vivienda, educación, trabajo, salud, recreación y en general que les permiten disfrutar de los recursos que ofrece la vida en sociedad...” Sentencia 410/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁵¹Ídem.

⁸⁵²Sentencia 152/02 de la Corte Constitucional de Colombia.

entuerto, concediendo el derecho de pensión vitalicia a hijos y compañero/a del fallecido.

En la sentencia 844/10 fue analizado el artículo 1142 del código de comercio. Según el numeral de cita, cuando en un contrato de seguros no existiera un beneficiario designado por el asegurado, en caso de muerte tendría esa calidad, entre otros, el cónyuge. El demandante sostuvo que esta enunciación dejaba fuera al compañero o compañera de la persona fallecida. El tribunal constitucional colombiano centró su análisis en dos principios, protección de la familia y razonabilidad y proporcionalidad. Reconoció, en primer término, que el legislador puede hacer diferencias entre las uniones de hecho y el matrimonio, porque son instituciones distintas “...sin embargo (...) existe una equivalencia sustancial entre el matrimonio y la unión marital de hecho: las dos instituciones dan origen a una familia y, desde este punto de vista, merecen igual protección constitucional...”⁸⁵³. Para que las diferencias sean constitucionalmente legítimas, adelantó la resolución, es necesario que soporten el test de razonabilidad y proporcionalidad, argüido en otras ocasiones por la cámara. Es con base en este principio que los magistrados determinaron que no se encontraba, en la diferenciación establecida, una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la norma, indicaron que la expresión cónyuge era constitucional en el entendido de que abarcaba también al compañero o compañero del asegurado fallecido.

Para concluir el examen de la Corte, la sentencia 1035/08. En ella se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la ley número 797 de 2003 que reformaba el sistema general de jubilaciones. De acuerdo con la norma, al regular los derechos de pensión, en caso de muerte, el beneficiario sería el cónyuge o la pareja permanente supérstite. Si se hubiese dado una convivencia simultánea en los últimos cinco años, con un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión serían la esposa o el esposo. La Corte planteó dos premisas: la pensión del sobreviviente es un derecho fundamental y la existencia de un tratamiento diferenciado, entre cónyuges y

⁸⁵³Sentencia 844/10 de la Corte Constitucional de Colombia.

compañeros, que exigía la aplicación del test de proporcionalidad o razonabilidad. Al realizar el test los jueces resolvieron que “...no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia carta ha considerado como tales...”⁸⁵⁴. Con este fundamento decidieron que “...además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido...”⁸⁵⁵. En otras palabras, la Corte aparte de incluir un beneficiario, que no aparecía en el texto aprobado por el legislador, definió el modo en que debían hacerse los cálculos para conceder una pensión cuando la persona fallecida, además de con su cónyuge, hubiese mantenido simultáneamente una relación estable con un/a compañero/a.

Al analizar las resoluciones en las que apareció el tercer indicador, *reconocimiento o expansión de derechos*, el dato más relevante es que este se encontró siempre en sentencias interpretativas. En síntesis, la Corte Constitucional reconoció o amplió derechos de dos formas: eliminando contenidos de normas que excluían grupos o personas o interpretando los alcances de algunas disposiciones para incluir grupos o personas que no estaban en el texto originalmente.

En este punto, en cambio, la Sala Constitucional de Costa Rica, cuando reconoció o expandió derechos, antes que interpretar los extremos de una norma, prefirió anular o recortar disposiciones. Más aún, de las 28 resoluciones donde se localizó el tercer indicador, únicamente en 2 el reconocimiento o la expansión de derechos se realizó a través de una sentencia interpretativa propiamente dicha.

Una de esos 2 fallos es el 2196/92. En él se examinó la constitucionalidad del artículo 5 del decreto ejecutivo número 18080 de 1998 que regulaba los procedimientos de esterilizaciones dentro de la seguridad social. Indicaba el ordinal citado:

⁸⁵⁴Sentencia 1035/08 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁵⁵Ídem.

“... Toda solicitud de esterilización para ser atendida por el Comité de Esterilizaciones, debe llenar los requisitos siguientes:

a) Presentar solicitud firmada por los interesados.

b) La justificación médica escrita por el especialista de la respectiva especialidad o en su defecto, por el médico encargado de dicha especialidad, siempre y cuando su nombre haya sido considerado y aprobado por el Comité de Reproducción Humana...”⁸⁵⁶.

Para la actora, la norma era inconstitucional en tanto permitía que del inciso 1 se dedujera, como según alegó estaba ocurriendo en los hospitales del país, que las mujeres requerirían de una autorización de sus parejas para someterse a la intervención quirúrgica. Los magistrados aceptaron que la interpretación alegada implicaba una violación a los principios de igualdad y libertad; advirtieron los juzgadores *“... el principio de igualdad, y de igualdad entre cónyuges consagrados por su orden en los artículos 33 y 52 de la constitución política, le otorgan a la mujer capacidad jurídica plena para decidir en el campo que ahora interesa (...) Libertad que implica independencia, libre albedrío, que al igual que el hombre, puede y debe ejercerla con entera autonomía, siempre ateniéndose a las consecuencias legales de sus actos. Esa capacidad jurídica, constitucional y legalmente reconocida no permite someter a la mujer a la decisión de su esposo, ni de otra persona, para determinar ningún acto de su vida, jurídicamente...”⁸⁵⁷. Así, finalizaron, la norma debía ser interpretada en el sentido de que las mujeres, casadas o solteras, eran las únicas que podrían decidir someterse a una esterilización terapéutica, aún en contra de la opinión de sus parejas.*

La otra sentencia interpretativa propiamente dicha en la que se expande un derecho es la 1151/94; surge de una consulta judicial de constitucionalidad. En la consulta un juez le pidió a la Sala pronunciarse acerca de si el artículo 155 del código procesal penal lesionaba el principio de igualdad. La norma reconocía el derecho de abstención, en procesos penales, del cónyuge del imputado. Los magistrados advirtieron que la protección de la familia es un elemento cardinal del derecho

⁸⁵⁶Sentencia 2195/92 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁵⁷Ídem.

constitucional costarricense. Desde este punto de vista, avanzaron, si lo que busca el derecho de abstención es proteger las relaciones familiares, frente a una declaración que pueda generar consecuencias penales, debía entenderse que la facultad cubría tanto a cónyuges como a parejas de hecho⁸⁵⁸.

En las siguientes sentencias la expansión de derechos se originó en la anulación de algunas normas o en la eliminación de parte de sus contenidos. Ejemplo de lo primero son los pronunciamientos 1059/95, 8857/98 y 13704/10.

En la 1059/95 se resolvió una acción de inconstitucionalidad, contra el artículo 68 de la ley número 5150 de 1973 y el artículo 22 del decreto ejecutivo número 15846 de 1984. Las normas prohibían a los extranjeros la posibilidad de ejercer actividades aeronáuticas remuneradas, la primera, por un lado, indicaba que en las empresas nacionales sólo personal costarricense podía ejercer ese tipo de actividades; la segunda, por otra parte, que el personal técnico contratado para desarrollar actividades de aviación agrícola debía ser costarricense. La prohibición, estimó la Sala, representaba una discriminación sin ninguna justificación, que afectaba tanto el principio de igualdad, como el derecho al trabajo. Aseveró, “... *excluír del todo al personal técnico extranjero de poder ejercer actividades aeronáuticas remuneradas en empresas nacionales o en actividades de aviación agrícola, no puede considerarse como racional, pues atiende puramente a criterios discriminatorios...*”⁸⁵⁹. La decisión fue, entonces, anular los 2 artículos atacados y reconocer el derecho de los extranjeros a ser contratados en actividades aeronáuticas remuneradas.

Otra sentencia donde la Sala Constitucional abordó, también, regulaciones que afectaban derechos de los extranjeros es la 8857/98. En ella se revisó la constitucionalidad de los artículos 6 y 9 del decreto ejecutivo número 21989 de 1993. El decreto regulaba la asignación de una ayuda económica para niños de

⁸⁵⁸A juicio de la Sala: “... *La familia (...) es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección...*” Sentencia 1151/94 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁵⁹Sentencia 1059/95 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

familias en situación de pobreza. Los artículos de cita estipulaban que uno de los requisitos para el otorgamiento del beneficio era ser costarricense.

Los jueces hicieron un repaso de la jurisprudencia relacionada al tema de las políticas migratorias que puede promover el estado. En su criterio, las medidas que establezcan diferencias deben respetar al principio de proporcionalidad y razonabilidad. También hicieron un análisis de varias disposiciones de la Convención del Niño, ratificada por Costa Rica. Con ese fundamento jurídico concluyeron que el estado tiene la obligación de brindar una protección especial a los niños que se encuentren dentro de su territorio *“...cualquier infante que se encuentre en territorio de la república, es sujeto activo de todos los beneficios de la convención. Es absolutamente claro que el país puede aplicar las políticas legislativas plasmadas en las leyes de migración, para restringir el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio, a reserva de que sean disposiciones razonables y proporcionadas; pero ello no desdice el hecho incuestionable que en tanto el menor esté bajo su jurisdicción, bajo cualquier status migratorio, deba protegerse en toda la intensidad que la convención prevé...”*⁸⁶⁰. De esta forma, se declaró ha lugar la acción de inconstitucionalidad promovida y se expulsaron del ordenamiento jurídico costarricense los artículos 6 y 9 del decreto ejecutivo combatido. En consecuencia, se amplió el derecho de ayuda escolar a niños extranjeros.

En el fallo 13704/10 se reclamó contra el inciso a) del artículo 63 de la ley número 7268 de 1996. El texto impugnado ordenaba:

“...Extinción de la pensión por viudez.

El derecho a la prestación por viudez se pierde:

- a) Por nuevas nupcias.*
- b) Por unión de hecho debidamente demostrada.*
- c) Por muerte del beneficiario.*
- d) Por rehabilitación.*

⁸⁶⁰Sentencia 8857/98 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

e) *Por prescripción...*”⁸⁶¹.

El cuestionamiento del actor se dirigió contra la extinción del derecho a recibir pensión por viudez al contraer nuevas nupcias. En la resolución, la Sala, que se limitó a transcribir pronunciamientos anteriores en los que se reconoció tanto que el derecho a la jubilación es un derecho fundamental, como la limitación que pesa sobre el legislador para imponer restricciones sobre los derechos fundamentales, consideró que “...*la norma impugnada origina una discriminación injustificada con respecto a las personas que desean contraer matrimonio, a quienes por adquirir esa condición les resulta imposible continuar percibiendo el monto que supone la pensión...*”⁸⁶². Sobre esta base se declaró la inconstitucionalidad del inciso a).

Entre los fallos en los que se ampliaron o expandieron derechos mediante la reducción de algunos apartados de las normas, escrutadas por la Sala Constitucional, se encuentra el 12845/07. La sentencia ordenó la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 30 de la ley número 6815 de 1982 que indicaba:

“...No podrán desempeñar, simultáneamente, cargos en la Procuraduría General de la República, personas ligadas entre sí por parentesco de consanguinidad o afinidad. Esta prohibición incluye, en ambos casos, toda línea recta. En la colateral abarca hasta el tercer grado, inclusive, si fuere de consanguinidad, y hasta el segundo, inclusive, si fuere de afinidad.

Cesará en su cargo el servidor que contrajere matrimonio, a causa de lo cual resulte ligado por parentesco de afinidad que lo inhabilite de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior. En el caso de matrimonio entre servidores de la Dependencia, uno de ellos deberá ser cesado en su relación de servicio...”⁸⁶³.

El criterio de los magistrados fue que era legítimo establecer prohibiciones en razón del parentesco, cuando una persona quisiera ingresar a una institución

⁸⁶¹Sentencia 13704/10 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁶²Ídem.

⁸⁶³Sentencia 12845/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

pública. No obstante, la situación se tornaba distinta si, como en el supuesto estudiado, el vínculo se creaba mientras las personas ya estaban laborando. Dijeron los jueces: *“...el caso que nos ocupa, trata de personas ya nombradas que posteriormente deciden unirse en matrimonio. Como ya fue señalado, este tema involucra no sólo el derecho laboral, sino también el derecho a formar una familia y a elegir libremente su estado. En el supuesto de la norma impugnada se produce un hecho sobreviviente, que produce una causal de despido que violenta la estabilidad propia de los funcionarios públicos y su derecho fundamental a formar una familia, pues no se puede estimar que la supuesta incompatibilidad entre matrimonio de funcionarios -servidores regulares- y la permanencia en su cargo, es suficiente para que uno de los dos esté obligado a dejar el cargo que ocupa, lo cual constituye un modo de causal de despido, pues no deja otra opción al servidor...”*⁸⁶⁴. Por definición, prosiguió el tribunal costarricense, a los funcionarios públicos les asiste el derecho a la estabilidad laboral. Pero además, el derecho a fundar una familia ha recibido tutela constitucional.

Bajo esta línea de pensamiento, la disposición era excesivamente gravosa porque situaba a los empleados de la Procuraduría General de la República en la disyuntiva de elegir, entre el trabajo y la posibilidad de formar una familia. Esta disyuntiva, finalizó, violaba de paso el principio de proporcionalidad y razonabilidad⁸⁶⁵. Por esta razón, se decidió suprimir el último apartado del artículo; no podrían desempeñarse como trabajadores de la institución quienes fueran parientes hasta el tercer grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad. Empero, se reconoció el derecho de los empleados a permanecer en sus puestos, incluso si surgía entre ellos una relación de pareja⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴Ídem.

⁸⁶⁵A mayor abundamiento, se puede leer en la sentencia mencionada: *“... el cese del funcionario como regla general e indiscriminada, no puede ser considerada razonable ni proporcionada. Dependiendo del puesto que ejercen los funcionarios interesados en contraer matrimonio, no llegan a afectar de modo alguno el ejercicio idóneo de la función pública, de manera que se están afectando gravosamente otros derechos fundamentales, como el derecho de libertad el de formar una familia, obligársele a sacrificar a uno de ellos su derecho al trabajo, en pos de la tutela del interés público, muchas veces no afectado con el matrimonio de dos funcionarios. Incluso bajo una relación de jerarquía, hasta la posible reubicación de un funcionario, que es una medida mucho menos gravosa, podría garantizar también el interés público y no conllevar necesariamente a la pérdida del trabajo...”* Ídem.

⁸⁶⁶Tal como quedó recogido en la tabla 18 en 2 sentencias en las que se ampliaron derechos y se contestaron actos de los otros poderes, también se localizó el quinto indicador, *decisión ultrapetita*.

Insístase una vez más, la Sala Constitucional reconoció o amplió derechos contestando actos de los otros poderes del estado, o suprimiendo apartados de ciertas normas que fijaban algunas restricciones. En menor medida, interpretando disposiciones legales para incluir supuestos no previstos originalmente. Esta última técnica fue la que, por su parte, mayormente empleó la Corte Constitucional para el *reconocimiento o la expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas*. En resumen, de la totalidad de la muestra observada, en un 16% del activismo judicial del tribunal costarricense hubo reconocimiento o ampliación de derechos y en un 11% del activismo judicial del tribunal colombiano.

f.2 Definición de política pública y otros indicadores

Se precisó en el capítulo segundo que política pública es el conjunto de acciones o programas que el estado ejecuta para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos, como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc.⁸⁶⁷.

Podría señalarse que la definición es en exceso ambigua y que cualquier decisión de un tribunal, que anule, modifique o reinterprete un acto de otro poder del estado, implica hacer política pública. No obstante, a efectos de esta investigación, se consideró que lo significativo era que los jueces definieran en sentencia las acciones o programas que tendrían que ser desarrollados. Desde esta perspectiva se encontró que, de las 157 resoluciones activistas de la Corte Constitucional de Colombia, en 3 hubo definición de política pública⁸⁶⁸. Asimismo,

Las sentencias son 5597/96 y 4869/04. En ellas la Sala al ampliar o reconocer un derecho consideró que había otras normas, fuera de las recurridas, que representaban una lesión al derecho, ampliado o reconocido. Por ejemplo, en la resolución 5597/96 se analizó unas normas que prohibían contratar, en el sector público, a personas a quienes se les hubiere concedido el beneficio de ejecución condicional de la pena. La Sala estimó que la pena tiene una función resocializadora y que desautorizar la contratación, en el supuesto indicado, impedía tal posibilidad. Esto, adelantó la Sala, presentaba además una contradicción con la prohibición, del artículo 40 constitucional, de penas perpetuas. Los magistrados, sin que las disposiciones hubiesen sido atacadas en la acción de inconstitucionalidad, decidió anular las resoluciones DG-058-92 y DG-082-94 de la Dirección General del Servicio Civil en las que se incluía la prohibición.

⁸⁶⁷Ver, en el capítulo segundo, el apartado D.4.

⁸⁶⁸Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, donde se definió una política pública, son: 027/93, 1647/00 y 393/07.

de los 167 fallos activistas de la Sala Constitucional de Costa Rica, en sólo 1 hubo definición de política pública⁸⁶⁹.

Los fallos colombianos estuvieron presentes a la par del primer indicador, *contestación de actos de los otros poderes del estado* y, sobre todo, del tercero, *utilización de sentencias interpretativas*.

Tabla 19: Combinación indicador definición de política pública y otros indicadores de la Corte Constitucional de Colombia

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
2	Sentencia interpretativa.
1	Contestación, sentencia interpretativa y derecho.

Elaboración propia.

En la resolución 027/93, como se mencionó anteriormente, fue reconocido el derecho a recibir instrucción religiosa en centros educativos, respetando las creencias de los estudiantes. Al mismo tiempo se definió una política pública en tanto la Corte Constitucional ordenó al estado que estableciera una regulación en la que se diera cabida a otras denominaciones religiosas diferentes a la católica. Dentro de los planteles educativos debería haber espacio, como históricamente había ocurrido, para la Iglesia Católica, pero también para otras confesiones⁸⁷⁰.

La sentencia 1647/00 resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 158 del decreto número 647 de 1989, que fijaba exenciones tributarias para ciertas actividades, entre ellas los desmontes y las obras de desecación⁸⁷¹. En criterio de los demandantes, la disposición acusada, en lugar de incentivar la

⁸⁶⁹La sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, donde se definió una política pública es: 17971/07.

⁸⁷⁰Ver apartado f.1 donde se analiza también, en lo que se refiere al reconocimiento de nuevos derechos, la resolución de cita.

⁸⁷¹Sobre estas actividades: “...Técnicamente, entonces, el desmonte significa la erradicación de un bosque natural, y por desecación se entiende (...) la acción de eliminar los excesos de agua que tenga un terreno; drenar el agua de su interior mediante canales de drenaje, para utilizarlo en agricultura o ganadería...” Sentencia 1647/00 de la Corte Constitucional de Colombia.

protección de los humedales, la biodiversidad y los recursos naturales, favorecía su destrucción.

La Corte aceptó que, por mandato constitucional, era obligación del estado proteger la biodiversidad y conservar las áreas de importancia ecológica, pero también garantizar la actividad agropecuaria, que conlleva la explotación de ciertos terrenos. Los magistrados concluyeron que la desecación y el desmonte no implicaban *per se* conductas contrarias a la constitución. Sin embargo, ciertamente, aseveraron, suponían un riesgo que debía conjurarse. Por ello, dispusieron los jueces, estas actividades podrían beneficiarse de la medida tributaria siempre que contaran con un certificado, el cual expediría el Ministerio de Medio Ambiente, en el que se acreditara que no representaban peligro alguno para el ambiente ni para los recursos naturales. Condicionaron, entonces, la constitucionalidad del artículo 158 a que se cumpliera el nuevo requisito. El tribunal constitucional definió una acción para ser ejecutada por un ministerio de la república dirigida a proteger el medio ambiente. Esta acción no estaba contemplada inicialmente en la norma.

El último pronunciamiento de la Corte Constitucional es el 393/07. Se demandó el artículo 6 de la ley número 789 de 2002. El numeral autorizaba a que las cajas de compensación social⁸⁷², al administrar un subsidio de desempleo, destinaran un 30% del fondo a brindar subsidios a los desempleados con afiliación de por lo menos un año dentro de los tres años anteriores a la presentación de la solicitud. Mientras, un 5% de los recursos del fondo tendría por objeto brindar subsidios a los desempleados que no hubiesen estado afiliados por lo menos un año dentro de los tres años anteriores. El demandante cuestionó la constitucionalidad de la disposición porque establecía un trato discriminatorio con base en el tiempo de la afiliación.

⁸⁷²Las cajas de compensación familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro que cumplen, principalmente, funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado. Administran un fondo que proviene del aporte de empresas públicas y privadas para ser redistribuido entre trabajadores de ingresos bajos o medios. El objetivo, además, es que a través de las cajas se creen estructuras que ofrezcan a los trabajadores servicios básicos en áreas como la salud, la recreación, el crédito social, la vivienda, etc. Ver: Ley número 21 de 1982, artículo 39.

La Corte razonó que las diferenciaciones acusadas no eran inconstitucionales. Era lógico que el trabajador que hubiese estado en una relación laboral que más aportó tuviera prioridad a la hora de asignar las ayudas, por cuanto los recursos de las cajas se nutren del pago que hacen los empleadores.

Sin embargo, los jueces plantearon que el verdadero problema, el cual subyacía a la demanda, era la protección, por parte del estado, de las personas desempleadas. Indicaron: “...El principio constitucional fundamental de que Colombia es un estado social de derecho implica que el estado colombiano tiene el deber de garantizarle a los asociados las condiciones necesarias para poder subsistir de una manera digna, a través de los medios y mecanismos que el estado diseñe, en desarrollo de sus políticas sociales. Ello constituye una materialización de lo que se ha denominado por la jurisprudencia constitucional colombiana el derecho al mínimo vital...”⁸⁷³.

A su juicio, con la ley número 789 de 2002, en el artículo 8, se creó otro fondo, alimentado de recursos públicos para garantizar un subsidio a las personas desempleadas y organizado por el Ministerio de Protección Social. No obstante, nunca se había ejecutado y concluyó que, indebidamente, “... en la práctica, la carga de la política de atención al desempleo ha sido trasladada por el estado a las cajas de compensación familiar...”⁸⁷⁴. Consideró que era momento de que el fondo a cargo del Ministerio de Protección Social comenzara a utilizarse y ordenó que, en adelante, si una persona se presentaba a una caja de compensación familiar y ésta no contaba con presupuesto para conceder el subsidio debía remitir la gestión al Ministerio de Protección Social para que se reconociera en esta sede el derecho a acceder al subsidio de desempleo. Los beneficiarios habrían de recibir, entonces, el subsidio del fondo del Ministerio. Declaró que la norma era constitucional en el entendido de que ante la escasez de recursos la caja de compensación respectiva enviaría la petición al Ministerio de Protección Social.

Nuevamente, la Corte definió una acción para ser desarrollada por otro órgano con el objetivo de atender un problema concreto. En la norma demandada

⁸⁷³Sentencia 393/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁷⁴Ídem.

no se establecía ningún trámite adicional, ni se incluía la participación del Ministerio de Protección Social.

Aunque el número de políticas públicas definidas por la Corte Constitucional puede parecer bajo, en cuanto a Costa Rica el resultado ha sido todavía menor. Únicamente se detectó un fallo de la Sala Constitucional en el que se puede afirmar que los jueces definieron una política pública.

Tabla 20: Combinación indicador definición de política pública y otros indicadores de la Sala Constitucional de Costa Rica

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
1	Contestación y sentencia interpretativa.

Elaboración propia.

En efecto, en la sentencia 17941/07 se anuló el artículo 9 y un párrafo del numeral 10 del “Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud” de la Caja Costarricense del Seguro Social, de 2004. Las disposiciones, en resumen, fijaban un plazo de un año, prorrogable hasta por 6 meses como máximo, para que un usuario de la seguridad social pudiera recibir ayuda si, por motivo de enfermedad, se encontraba de baja.

La Sala realizó un análisis de la obligación, que reside en cabeza del estado, de suministrar servicios de salud de calidad. En criterio de los magistrados “... el estado debe de encauzar adecuadamente la tarea de la asistencia vital, asegurando las bases materiales de la existencia individual y colectiva. El ciudadano debe poder obtener de los poderes públicos, todo aquello que siéndole necesario para subsistir dignamente, quede fuera de su alcance...”⁸⁷⁵. De esta forma, aseveró, el régimen de seguridad social constituye un elemento sustantivo del régimen democrático. Por ello, la

⁸⁷⁵Sentencia 17941/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

limitación temporal, contenida en el reglamento, atentaba contra el derecho a la salud, el cual, de acuerdo con la justicia constitucional costarricense, se deriva del derecho a la vida que estatuye la carta política en su artículo 20.

La Sala reconoció que la insuficiencia económica es un problema que aqueja a las instituciones públicas, pero tal situación, añadió, no podía servir como excusa para afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales⁸⁷⁶. En virtud de lo anterior, acabaron los jueces, las normas eran inconstitucionales. Pero, aparte de hacer la correspondiente declaratoria de inconstitucionalidad, ordenaron que en adelante la seguridad social debería mantener la incapacidad de todo trabajador siempre que, según la opinión del médico tratante, subsistiera el motivo que la originó. Además, dispusieron dar trámite a las solicitudes pendientes de resolver y a aquellas que anteriormente, con fundamento en la regulación anulada, hubiesen sido rechazadas.

En este pronunciamiento los magistrados no se limitaron a expulsar normas del ordenamiento jurídico. A la par, concretaron cuáles eran las acciones que debía ejecutar una institución pública, en este caso la Caja Costarricense del Seguro Social, para dar respuesta a una necesidad puntual de la población.

f.3 Decisión ultrapetita y otros indicadores

El quinto indicador, *decisión ultrapetita*, fue posible ubicarlo cuando los tribunales estudiados, al declarar una inconstitucionalidad, no se limitaron al

⁸⁷⁶Se señala en la resolución comentada: “... un año y medio, que es lo dispuesto por los artículos en cuestión, en la forma irrestricta que ha sido estipulado, es un plazo irrazonable y desproporcionado que no obedece a una efectiva tutela de los derechos fundamentales, a los cuales incluso debe su existencia, pues no está cumpliendo uno de los fines del régimen de seguridad social, cual es la protección de los derechos de los trabajadores. Ciertamente la aplicación de un límite al subsidio por incapacidades, es una constante preocupación por la sostenibilidad financiera del sistema, sin embargo, ello no puede arribar a tal extremo, que el régimen de seguridad social lejos de proteger lo establecido por el Estado Social de Derecho, violente el derecho a la salud de los trabajadores, al compelerlos a reintegrarse a sus labores contra indicaciones médicas por tener su salud quebrantada, de tal manera que no pueda incorporarse a sus actividades laborales normales únicamente por superar un plazo máximo de incapacidad establecido en una norma, que no valora su condición particular y que no permite adaptar el derecho –como ordenamiento jurídico– a la protección efectiva de los derechos humanos, sino que más bien, sujeta la esencia del derecho de la persona, a lo que el Estado disponga indiscriminadamente de acuerdo a sus propios intereses...” Ídem.

examen de la norma cuestionada por el demandante, sino que extendieron el análisis y, en consecuencia, la anulación normativa, a otras disposiciones.

Esto sucedió en resoluciones donde se contestaron actos de los otros poderes estatales, primer indicador, y donde se interpretaron los alcances de alguna norma, fuera definiendo su único sentido acorde con la constitución o suprimiendo parte de sus contenidos, tercer indicador.

En cuanto a Colombia, se pudieron identificar 8 sentencias en las que, en el control de constitucionalidad, la Corte anuló normas cuya revisión no fue solicitada por el demandante⁸⁷⁷. A continuación se resumen las combinaciones encontradas:

Tabla 21: Combinación indicador decisión ultrapetita con otros indicadores de la Corte Constitucional de Colombia

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
4	Contestación de actos de los otros poderes del estado.
4	Utilización de sentencias interpretativas.

Elaboración propia.

Un ejemplo puede encontrarse en la sentencia 474/03. El demandante alegó la inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley número 397 de 1997 que establecía que si una persona hallaba especies náufragas tendría derecho a un porcentaje de su valor bruto. Para el recurrente, con esta disposición se desconocía que las especies son, en su totalidad, patrimonio del estado. La Corte afirmó que el patrimonio cultural y arqueológico pertenece, efectivamente, al estado colombiano. Por ello no podría aceptarse que quien encontrara especies náufragas recibiera una parte de ellas. Para los magistrados la norma no violaba la constitución siempre que se entendiera que lo que se adquiere es un derecho a una compensación monetaria,

⁸⁷⁷Las sentencias de la Corte Constitucional en las que estuvo presente el indicador ultrapetita fueron: 102/94, 511/96, 152/97, 373/02, 474/03, 1003/07, 462/08 y 879/08.

pero no un derecho a reclamar un porcentaje de las especies náufragas que son propiedad estatal.

Pero en la sentencia no sólo se examinó el alegato del demandante, el tribunal, de oficio, decidió analizar otra parte del artículo, no cuestionada, que decía que la regulación del patrimonio arqueológico y cultural residía en el poder ejecutivo. Los jueces aseveraron que asignar esa competencia era inconstitucional en virtud de que “...por cláusula general de competencia, dicha regulación corresponde al Congreso. Pero eso no es todo; esa conclusión se ve reforzada por numerosas disposiciones constitucionales que indican que la regulación del tema de la propiedad y del patrimonio arqueológico de la Nación corresponde primariamente a la ley...”⁸⁷⁸. De esta manera, definieron los alcances de una norma y decidieron, *motu proprio*, anular una parte de ella, sin importar que el demandante no formulara reclamo alguno al respecto.

Un caso similar lo constituye la resolución 1003/07; se argumentó contra la constitucionalidad del artículo 315 del código civil que señalaba las causales de emancipación judicial. Establecía la norma:

*“...La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1a) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño. 2a) Por haber abandonado al hijo. 3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad...”*⁸⁷⁹.

El demandante cuestionó la constitucionalidad de la expresión “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”. Al examinar la norma se utilizaron dos criterios. En primer lugar, los alcances de la patria potestad que fue definida como “...un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo...”⁸⁸⁰. En segundo

⁸⁷⁸Sentencia 474/03 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁷⁹Sentencia 1003/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁸⁰Ídem.

lugar, el principio del interés superior del menor y la importancia de los derechos fundamentales de los niños recogidos en la constitución de 1991. Para los magistrados el “...derecho de corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la constitución...”⁸⁸¹. Con sustento en esas consideraciones concluyeron que la expresión “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”, atentaba contra los derechos de los niños y ordenaron su expulsión del ordenamiento jurídico. Pero también la palabra “habitual” que no había sido demandada. De esta manera la causal de emancipación judicial sería el maltrato, puro y simple, ocasionado por los padres a sus hijos menores de edad.

En definitiva, la Corte Constitucional decidió ir más allá de las pretensiones formuladas por los demandantes. Declaró la inconstitucionalidad de otras normas o de otros apartados de las normas, que no había sido solicitada por las partes.

Del mismo modo, la Sala Constitucional dispuso, en algunas ocasiones, ir más allá de las pretensiones formuladas por un accionante. Esto ocurrió más veces que en Colombia. En 21 sentencias se detectó la presencia del quinto indicador⁸⁸². En la tabla 22 se detallan las combinaciones con las que apareció la *decisión ultrapetita*.

Tabla 22: Combinación indicador decisión ultrapetita con otros indicadores de la Sala Constitucional de Costa Rica

Cantidad de sentencias	Otros indicadores
8	Contestación de actos de los otros poderes del estado.
4	Utilización de sentencias interpretativas.
7	Contestación de actos de los otros poderes

⁸⁸¹Ídem.

⁸⁸²Las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en las que hubo *decisión ultrapetita* se citan a continuación: 88/92, 1696/92, 3495/92, 3550/92, 138/93 3410/92, 5386/93, 7549/94, 495/95, 4269/95, 4205/96, 5597/96, 1781/97, 6469/97, 10000/99, 4764/99, 6290/99, 3816/02, 2670/04, 4869/04 y 13851/08.

	y utilización de sentencias interpretativas.
2	Contestación de actos de los otros poderes del estado y reconocimiento o expansión de derechos.

Elaboración propia.

En las 21 sentencias, como logra intuirse, la Sala anuló normas o contenidos normativos que no fueron, al menos directamente, cuestionados por los gestionantes. A título ilustrativo se citan los pronunciamientos 138/93, 7549/94 y 1781/97.

En el primero, el 138/93, se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el inciso h) del artículo 3 del decreto ejecutivo número 4637 de 1975. El inciso h) indicaba que correspondía a la Dirección General de Aviación Civil declarar la caducidad de las licencias a aquellas personas que hubiesen cumplido los 60 años. El tribunal constitucional costarricense estimó que “... *la incapacidad generalizada para trabajar como piloto amputa el derecho constitucional al trabajo y el principio de igualdad porque se basa en una ineptitud iuris et de iure por el solo hecho de cumplir 60 años el piloto, lo cual es contrario a la dignidad humana...*”⁸⁸³. A partir de ese razonamiento declaró la inconstitucionalidad del inciso h). Pero fue más allá. Apuntó que la disposición 2.1 del anexo primero “Convenio sobre Aviación Civil Internacional” de 1944, según la cual ningún estado contratante podía otorgar licencias para el transporte aéreo internacional a personas que hubiesen superado los 60 años de edad, también era inconstitucional⁸⁸⁴.

En la resolución 7549/94, mediante una consulta judicial, se solicitó a la Sala analizar la constitucionalidad de los artículos 2 y 5 de la ley número 3550 de 1965, llamada “Ley contra la Vagancia, la Mendicidad y el Abandono”. Los magistrados recordaron que el sistema costarricense es un sistema penal de autor, no de acto; es decir, que las personas responden penalmente por conductas concretas que

⁸⁸³Sentencia 138/93 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁸⁴Esta disposición fue mencionada por la Dirección General de Aviación Civil, al apersonarse al proceso, para justificar la constitucionalidad del inciso h), artículo 3, del decreto ejecutivo. La Sala rechazó la argumentación y afirmó la inconstitucionalidad de ambas normas.

lesionen bienes jurídicos, “... el ciudadano sólo es responsable por lo que hace y no por lo que es, y conforme al principio de tipicidad, sólo puede ser castigado por lo que hace, si esa conducta está previa y claramente descrita en la ley (...) no toda conducta que dañe la moral, el orden público o a terceros, es susceptible de ser sancionada, sino únicamente aquellas que el legislador ha previsto expresamente en la ley...”⁸⁸⁵.

Al avanzar en su decisión, concluyeron que la ley contenía una serie de normas cuyas sanciones castigaban a las personas por lo que eran y no por lo que hacían⁸⁸⁶. Este vicio, apuntaron, “... lo encontramos a través de toda la ley en la mayoría de sus artículos...”⁸⁸⁷. Admitido el vicio, resolvieron que los artículos 2 y 5 consultados eran inconstitucionales, pero cubrieron, también, de la declaratoria de inconstitucionalidad a los ordinales 1, 3, 4, 10, 16 y 20.

Finalmente, como muestra de la *decisión ultrapetita* de la Sala Constitucional, está la sentencia 1781/97. Fruto de una consulta judicial, la cámara valoró la constitucionalidad del artículo 109 de la ley número 7317 de 1992. La normativa recogía una lista de faltas y contravenciones contra el medio ambiente; el problema constitucional surgió porque los tipos señalaban penas de multa convertibles, por impago, en penas privativas de libertad. Para la justicia constitucional, la carta política “...prohíbe en forma expresa la prisión por deudas (...) la conversión que regula el artículo transcrito es contraria al principio de no prisión por deudas...”⁸⁸⁸. La violación al principio se daba porque el fundamento de la prisión era, en el fondo, la insolvencia del sentenciado, su incapacidad de hacer el pago. La Sala determinó que el artículo 109 era inconstitucional en cuanto admitía la conversión de la pena de multa en pena de cárcel. Pero de paso, explicó, los artículos 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118 y 119 adolecían de idéntico vicio, por lo cual extendió la inconstitucionalidad a estas otras 12 disposiciones.

⁸⁸⁵Sentencia 7549/94 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁸⁶Verbigracia, el artículo 2 castigaba con una multa a “... quienes se encuentren habitualmente en horas laborales en bares, cantinas, lugares de juego o de prostitución o en centros de perversión y que no tengan ocupación conocida...”, también castigaba, específicamente, a las mujeres “... que escandalicen con su conducta inmoral: que habitualmente se encuentren en centros de juego o prostitución, tabernas u otros sitios similares; o que en forma regular practiquen malas costumbres en parajes sospechosos...” Ídem.

⁸⁸⁷Ídem.

⁸⁸⁸Sentencia 1781/97 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

f.4 Contestación de actos de los otros poderes y uso de sentencias interpretativas

Para concluir, debe decirse que otra combinación que se repitió varias veces en los 2 tribunales fue la de *contestación de actos de los otros poderes del estado y uso de sentencias interpretativas*; 11 fallos de la Corte Constitucional se encuentran dentro de este supuesto⁸⁸⁹ y 7 de la Sala Constitucional⁸⁹⁰. En ellos se cuestionó más de un artículo o más de un inciso de un mismo artículo y los tribunales constitucionales, al resolver, interpretaron los alcances de una norma a la par que anularon alguna de las disposiciones demandadas.

Un ejemplo, de la Corte Constitucional colombiana, es la resolución 497/94, en la que, mediante una demanda de inconstitucionalidad, se examinaron tres incisos del artículo 283 de la ley número 05 de 1992. El ordinal enumeraba una lista de excepciones al régimen de incompatibilidades aplicable a los congresistas:

“...Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente o por medio de apoderado: (...) 6. Adelantar acciones ante el gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales. 7. Ejercer las facultades derivadas de las leyes que los autoricen a actuar en materias presupuestales inherentes al presupuesto público. 8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana...”⁸⁹¹.

Según expuso el demandante, la norma desvirtuaba la principal función de los legisladores, dictar leyes, y favorecía, al mismo tiempo, actos de corrupción. Además, alegó, la iniciativa en materia presupuestaria, por mandato constitucional, reside en cabeza del presidente de la república, con lo cual permitir la participación legislativa implicaba una invasión competencial. Según el criterio trazado por los

⁸⁸⁹En la combinación *contestación de los actos de los otros poderes del estado y uso de sentencias interpretativas* de la Corte Constitucional de Colombia fueron identificadas las siguientes sentencias: 497/94, 527/94, 586/95, 535/96, 290/97, 341/98, 157/98, 351/04, 431/04, 987/04 y 953/07.

⁸⁹⁰Este grupo sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica ha sido: 3133/92, 1266/95, 1764/02, 17437/06, 55/07, 2063/07 y 14391/09.

⁸⁹¹Sentencia 497/94 de la Corte Constitucional de Colombia.

magistrados, los incisos 6 y 8 no vulneraban el texto de la constitución siempre que se entendieran *“...que no consisten en la posibilidad de intermediar para servir intereses particulares (...) sino que están orientadas a fines de interés general que los pobladores de la respectiva circunscripción electoral canalizan a través de quien, en el plano nacional, actúa como su representante...”*⁸⁹².

Sin embargo, en relación al inciso 7 el resultado fue distinto. La Corte estimó que, efectivamente, la competencia de los legisladores, en cuanto a los presupuestos anuales elaborados por el poder ejecutivo, a tenor de lo consagrado por el parámetro de legitimidad, se reducía a discutirlos y a aprobarlos al inicio de cada legislatura. Señaló respecto al punto: *“...no se encuentra razón alguna para que el congresista, a título individual, menos todavía mediante apoderado -lo cual hace pensar que actúa en procura de sus propios intereses- lleve a cabo gestión alguna ante el gobierno en relación con el presupuesto nacional. Su función se agota cuando participa, en los términos dichos, en el trámite que debe surtirse para la aprobación anual de la ley correspondiente por parte del Congreso...”*⁸⁹³. Con este argumento se declaró la inconstitucionalidad de la disposición.

En síntesis, se utilizó una sentencia interpretativa que definió los alcances de dos incisos del artículo 283 de la ley número 05 de 1992 y se contestó un acto del poder legislativo⁸⁹⁴.

Otro ejemplo, este de la Sala Constitucional, es la sentencia 3133/92. Se interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el apartado final del artículo 148 de la ley número 8 de 1937, Ley Orgánica del Poder Judicial, que facultaba a los tribunales a ordenar la inhabilitación perpetua de un abogado por faltas disciplinarias. También contra el artículo 16 del decreto ejecutivo número 20 de 1942 que preveía la sanción de inhabilitación perpetua para el ejercicio del derecho.

⁸⁹²Ídem.

⁸⁹³Ídem.

⁸⁹⁴Este supuesto sería de sentencias interpretativas propiamente dichas y contestación de actos de los otros poderes del estado. Si se quisiera precisar, aún más, también hubo otras resoluciones de la Corte Constitucional, como la 290/97, en las que se analizaron varias normas simultáneamente y mientras algunas fueron anuladas en forma integral, a otras sólo se les recortó parte del contenido. Es decir, sentencias interpretativas reductoras y contestación de los actos de los otros poderes del estado.

Además, se impugnaron los incisos 4) y 6) del artículo 36 del código de moral, acuerdo de fecha 01 de septiembre de 1943, del Colegio de Abogados que disponían:

“... Los profesionales en derecho serán corregidos:

1), 2), 3)

4) Con suspensión de 6 meses a 5 años e inhabilitación, de acuerdo con la gravedad de los hechos, si incurriere en malversación, defraudación, exacción o cualquier otro delito o falta de carácter pecuniario en perjuicio de su cliente.

5)

6). Con inhabilitación, si entraren en inteligencia con la parte contraria a su patrocinado o con terceros, para perjudicar a su cliente, o causaren ese perjuicio por malicia inspirada por cualquier otra causa...”⁸⁹⁵.

La justicia constitucional costarricense consideró que las normas impugnadas quebrantaban de manera frontal la prohibición de penas perpetuas que consagra la carta magna. Para los juzgadores *“... el caso en examen no ofrece resistencia alguna, puesto que se trata de un enfrentamiento evidente con la garantía constitucional...”⁸⁹⁶*. En virtud de lo anterior, fueron anulados los apartados impugnados de los artículos de la ley número 8 de 1937 y del decreto número 20 de 1942 –sentencia interpretativa reductora-, en cuanto hacían referencia a una inhabilitación perpetua, y los incisos 4 y 6 del artículo 36 del código de moral –contestación de actos de otros poderes-.

iii. Activismo judicial: la tendencia

Realizada la exposición acerca de cómo se configuró el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia, en el periodo 1992 a 2010, y de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el periodo 1989 a 2010, parece aconsejable dedicar

⁸⁹⁵Sentencia 3133/92 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁸⁹⁶Idem.

el último párrafo a formular una síntesis de los resultados. El objetivo es alcanzar una visión global del comportamiento de los tribunales estudiados en función del concepto de activismo judicial que ha sido utilizado en esta tesis.

Ciertamente el primer aspecto en el que habría que insistir está vinculado a los niveles de activismo judicial. A diferencia de lo que se podría esperar, dadas las críticas que acusan a la Corte Constitucional y a la Sala Constitucional de un desmedido protagonismo, los niveles de activismo judicial, en el control judicial de las normas, no fueron elevados.

Más de las dos terceras partes de la muestra colombiana están compuestas por sentencias que aceptaron las decisiones de los otros poderes del estado, es decir, no anularon disposiciones del legislativo o del ejecutivo, no expandieron ni reconocieron derechos, no utilizaron sentencias interpretativas, no definieron políticas públicas, ni, para terminar, concedieron más de lo pedido por las partes. La muestra costarricense arrojó resultados todavía más discretos, en términos de activismo judicial; únicamente en una cuarta parte pudieron encontrarse uno o algunos de los cinco indicadores aplicados o, lo que es igual, 8 de cada 10 sentencias fueron no activistas.

Alguien podría esgrimir que el dato simplifica en exceso una realidad compleja, como lo es la producción jurídica de un tribunal, porque el impacto que puede tener una resolución depende de muchos factores. En este tanto, dirá un crítico de los resultados presentados, la cuantificación no valoró otros aspectos que también podrían medir las repercusiones de las sentencias, por ejemplo individualmente y no vistas de manera general⁸⁹⁷. En otras palabras, que una sola sentencia puede tener más impacto que una decena, con lo cual el activismo no debería examinarse únicamente a través de datos generales, sino revisando los efectos que en una coyuntura particular pudo generar una resolución.

⁸⁹⁷Un ejemplo de lo anterior es el trabajo de Amelia Brenes Barahona de la reelección presidencial en Nicaragua y Costa Rica. En los dos casos, existiendo una prohibición constitucional para que quien hubiese ocupado la primera magistratura pudiera volver a elegirse, a través de sendos recursos, los tribunales constitucionales anularon la disposición. La autora realizó un estudio acerca del impacto que tuvieron las sentencias respectivas, las cuales, por cierto, siguiendo el modelo teórico propuesto por Courtis, calificó como activistas, ver: Brenes Barahona (Amelia). *Op. Cit.* 77 p.

La crítica debe rechazarse porque lo que aquí se ha hecho atiende a otras motivaciones. Desde luego, es verdad que una sentencia a nivel de opinión pública o de estrategia política podría tener muchísimo alcance, pero no es eso lo que se ha buscado investigar con el estudio. La intención ha sido establecer un perfil del comportamiento de dos tribunales constitucionales a lo largo de casi 2 décadas de existencia desde la perspectiva del concepto de activismo judicial.

Independientemente de las consecuencias que un fallo puntual pueda producir, el debate sobre el funcionamiento de un tribunal no puede quedarse en unas pocas sentencias, al menos si lo que se quiere es obtener conclusiones con una pretensión de validez general acerca de su desempeño. De allí que el resultado alcanzado, en materia del control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Constitucional costarricense, permite recolocar la discusión. Se desmonta, de esta forma, la creencia de que estos tribunales invaden permanentemente los ámbitos competenciales de los otros poderes del estado. Luego de revisar 1435 resoluciones, equivalente al 10% de su producción total, la conclusión es que no ha sido así, aunque el estudio no se detiene en el peso individual de las decisiones activistas. Lo anterior conduce a que deban trazarse las líneas generales acerca del activismo judicial de los periodos comprendidos entre los años 1992 y 2010, para el tribunal colombiano, y los años 1989 y 2010, para el tribunal costarricense.

El mecanismo más común utilizado por la Corte de Colombia para imponerse a los otros poderes fue la sentencia interpretativa. A través de esta técnica en dos de cada tres (65%) de las resoluciones calificadas como activistas el tribunal constitucional suramericano definió la interpretación válida que debería hacerse sobre una norma jurídica demandada. Esta interpretación llevó a que, en algunos casos, se excluyeran otras interpretaciones posibles, derivadas de la literalidad de una proposición, en otros se recortaran contenidos de las disposiciones cuestionadas y, finalmente, a incluir supuestos que no estaban originalmente en el texto.

Antes que anular leyes o decretos los jueces prefirieron, cuando detectaron visos de inconstitucionalidad, redefinir los alcances de las normas, lo que supuso ir

claramente más allá de su contenido literal. Las sentencias interpretativas han sido tan importantes en el quehacer de la Corte Constitucional que fue por medio de ellas que se definieron en 3 ocasiones políticas públicas o se ampliaron o reconocieron, en 17 resoluciones, nuevos derechos o se concedió, en 4 oportunidades, más de lo solicitado por el demandante.

Lo anterior no es cosa baladí si se recuerda que, como se ha observado⁸⁹⁸, este tipo de sentencias rompe con la idea tradicional del juez sometido a la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo, pero también con la de la visión más clásica de la justicia constitucional. La judicatura no se circunscribe a aplicar mecánicamente las normas dictadas por otros órganos; tampoco se limita, al ejercer la jurisdicción constitucional, a actuar como legislador negativo. Es decir, como una simple expulsora de normas que exhiben problemas de constitucionalidad. Prefiere, después de señalar dónde se encuentra el quebranto a la constitución, establecer ella misma la solución a la eventual inconstitucionalidad. Con esto no invalida lo dispuesto por los otros poderes, pero sí lo reorienta.

Distinto fue el resultado obtenido en Costa Rica, donde su tribunal constitucional se impuso a los otros poderes del estado, principalmente, anulando las disposiciones que dictaron aquellos. El primer indicador ha representado más de la mitad del activismo judicial registrado en la Sala. También hubo sentencias interpretativas; pero cuantitativamente el número fue inferior al de la Corte Constitucional.

En definitiva, se llega a la conclusión que la anulación de actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, incluso de otros órganos, fue la primera ruta tomada por la Sala Constitucional para ejercer el activismo, y la utilización de sentencias interpretativas la de la Corte Constitucional.

Por otra parte, con vista también en el estudio de las sentencias, fue posible hallar, a lo largo de los aproximadamente 20 años de análisis, la presencia de los otros indicadores, esto es, de las otras formas a través de las cuales, ha apuntado la

⁸⁹⁸Olano García (Hernán Alejandro). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”... p. 579 y Sagües (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”... p. 201.

doctrina, los jueces ejercen también el activismo. No obstante, más que su hallazgo, lo verdaderamente significativo es que, considerando el volumen de las muestras, las veces en que se definieron políticas públicas o se ampliaron o reconocieron derechos, al ejercer el control de constitucionalidad, fueron, más bien, escasas. No puede olvidarse que, por ejemplo, de 502 sentencias, sólo en 17 la Corte reconoció o amplió derechos y que de 933 resoluciones, únicamente en 27 la Sala hizo lo propio. De la misma manera, no consigue sino valorarse como sorprendente que 2 tribunales a los que se les ha acusado continuamente de usurpar las funciones de los otros órganos estatales hayan definido, por la vía del control constitucional de las normas, una política pública en 4 oportunidades, 3 el tribunal colombiano y 1 el tribunal costarricense.

Los resultados suministran los insumos necesarios para que, sobre la base del marco teórico desarrollado en los capítulos anteriores, especialmente en los capítulos primero y segundo, se tenga una perspectiva más clara para calificar el trabajo de la Corte y de la Sala, en materia de control judicial de las normas. Esto será abordado en el apartado C).

B.2 La sentencia activista de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica

Definido cómo se ejerció, por cerca de dos décadas, el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el control de constitucionalidad de las normas, interesa describir un perfil de lo que podría denominarse la sentencia activista de cada tribunal. Se han identificado, como claves, cinco elementos. Ellos son: forma de sentencia, actores y otros intervinientes, materias de pronunciamientos, razonamientos del tribunal y límites o fronteras de los pronunciamientos.

i. Forma de sentencia

Las sentencias de la Corte Constitucional variaron en cuanto a su extensión. Las resoluciones oscilaron entre los 20 y los 40 folios, aunque hubo algunas

particularmente extensas como la 543/01 de casi 80 páginas –sobre rentas parafiscales a la Federación Nacional de Cafetaleros- con una extensión similar, la 757/01 -en la que los magistrados debatieron si al regular el régimen civil del Ministerio de Defensa hubo, en ejercicio de facultades extraordinarias, exceso por parte del presidente de la república al expedir un decreto-. También superaron el promedio otros fallos, como el 591/05 de 165 folios –en el cual se conocieron una serie de cuestionamientos contra el proceso penal colombiano- y el 417/09 con 119 – que resolvió una demanda por las limitaciones a la prueba de verdad en delitos contra el honor-.

Las resoluciones de la Sala Constitucional, no obstante fueron más cortas, entre 2 y 15 folios, el formato seguido fue distinto, el entrelinado simple y el tamaño de la letra más pequeño. Entre las sentencias más breves puede mencionarse la 1175/93 con 2 folios –sobre una ley que fijaba cargas tributarias distintas a las establecidas previamente en un tratado de libre comercio-. De otro lado, entre los pronunciamientos de mayor extensión están el 4569/08 de 75 folios – que resolvió una consulta legislativa sobre el proyecto de ley que buscaba abrir el mercado de telecomunicaciones- y el 13099/10 con 50 folios–el cual declaró “ha lugar” una acción de inconstitucionalidad formulada contra un decreto ejecutivo a través del que se redujo el área de un Parque Nacional-.

En cuanto a la estructura debe decirse que las sentencias de ambos tribunales son claras, aparte de una corrección lingüística notable, principalmente los fallos colombianos. La diversidad de temas, al versar el control de constitucionalidad sobre distintas materias, hace que hubiera algunas de más difícil lectura. Esto obedece tanto a la práctica común del derecho del sistema romano-civil de utilizar “... un lenguaje innecesariamente recargado o rebuscadamente técnico...”⁸⁹⁹ como a los asuntos tratados.

Así, algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre derecho tributario - 152/97-, presupuesto estatal -402/97-, autonomía territorial -535/96- y responsabilidad patrimonial del estado -484/02- fueron particularmente complejas.

⁸⁹⁹Pásara (Luis). *La producción judicial en Ecuador...* p. 76.

De la Sala Constitucional exhibieron un nivel de dificultad mayor, al momento de su revisión, entre otras, las siguientes resoluciones: 4681/97 –sobre exenciones tributarias-, 5947/98 –sobre contratación administrativa-, 8197/00 –sobre trámite legislativo- y 17900/10 – sobre competencias judiciales en materia laboral-.

Un último aspecto, relativo a la forma de las resoluciones activistas estudiadas, que merece destacarse es el de la organización seguida dentro del texto de cada sentencia. Hacer una breve referencia a esto no es tema menor si se parte de que la sentencia y el modo como se ordena permite que el producto de un tribunal resulte, en definitiva, más o menos accesible tanto para quienes poseen estudios en una disciplina específica, como para cualquier otra persona, por igual. No debería olvidarse que “...las resoluciones tienen como destinatarios a integrantes de la sociedad que, por regla general, carecen de conocimientos jurídicos, lo que determina que sea muy importante que esas resoluciones sean estructuradas con la mayor claridad posible, a fin de que sean comprensibles para cualquier persona...”⁹⁰⁰.

El formato o plantilla de la Corte Constitucional estaba compuesto en primer lugar por los antecedentes –donde se consignaban generalidades como nombre de los intervinientes o trámites previos que tuvieron que haberse realizado, por ejemplo si fue necesario hacer alguna corrección a la demanda, detectada en la etapa de admisibilidad-. Luego se transcribía la norma cuestionada. En tercer lugar se hacía un resumen de los argumentos esgrimidos por el demandante. Posteriormente se incluían, cuando los hubo, los razonamientos vertidos por otros intervinientes, ciudadanos e institucionales. El cuarto apartado de la sentencia de constitucionalidad en Colombia estuvo reservado a consignar la posición de la Procuraduría General de la Nación. En quinto lugar, generalmente bajo los títulos “Consideraciones de la Corte” o “Fundamentos Jurídicos”, los magistrados centraron su examen en la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Esta sección, sin duda la más importante, puesto que allí se establecían las valoraciones de fondo de la cámara, se ajustaba a cada caso. La Corte volvía a indicar los principales extremos de la demanda y la posición de los intervinientes y

⁹⁰⁰Ibarra Fernández (Pablo Antonio) citado por Pásara (Luis). *Ley, Justicia y Sociedad en América Latina...* p. 211.

señalaba cuáles puntos serían tratados, los que recibían una titulación y una numeración específicas dentro del texto. Desarrollaba primero un marco teórico referencial y terminaba examinando a la luz de éste los cargos esgrimidos.

Si bien se detectaron pequeñas variaciones, en cuestiones como el tipo de numeración empleada –romana o arábiga- o el orden del esquema, todas las sentencias siguieron un mismo formato o plantilla para analizar las demandas de inconstitucionalidad.

El formato o plantilla de la Sala Constitucional fue diferente. Se tomó el modelo tradicional de dividir la sentencia entre “resultandos” y “considerandos”. Modelo que, por cierto, Rubio Llorente ha criticado al calificarlo como el “...origen de la redacción oscura y farragosa que caracteriza a muchas de nuestras decisiones judiciales. No solo por el pie forzado del gerundio inicial, sino sobre todo por la convención que prohíbe hacer puntos y aparte dentro de cada resultando o considerando...”⁹⁰¹. En el orden mantenido por la Sala en sus sentencias se ponía, en primer lugar, los datos del recurrente y sus calidades personales, en segundo lugar, bajo el título “Resultando”, se resumían los alegatos del actor así como los de la Procuraduría General de la República y de los otros intervinientes. Finalmente, en el apartado “Considerando” se hacía el análisis de los argumentos y de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

En los últimos años se observó una ligera modificación, que consiste en hacer algunas titulaciones en cada considerando, algo que ordena mejor el hilo argumentativo adoptado por la Sala⁹⁰². No obstante, en términos generales, se ha respetado el modelo descrito en los párrafos precedentes.

En resumen, la principal falencia al explorar las 157 sentencias activistas de la Corte Constitucional, aunque también las 345 calificadas como no activistas, en relación a la forma, se encuentra, probablemente, en el hecho de que son repetitivas. Se puede decir, por ejemplo, que en la totalidad se reprodujeron varias

⁹⁰¹Rubio Llorente (Francisco). “Los males del Constitucional”, en: www.elpais.com/elpais/2012/08/08/opinion/1344428642_876035.html consulta realizada el 25 de agosto de 2012.

⁹⁰²Véase, para ejemplificar la modificación, la sentencia 14288/09 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

veces los argumentos de las partes, lo cual impidió realizar una lectura más fluida de las sentencias. Con relación a la Sala Constitucional, las sentencias, tanto las 167 activistas como las 766 no activistas, encuentran en la organización del fallo el punto que más podría objetárseles. Siguiendo a Rubio Llorente, la vieja convención, de hacer de los considerandos textos inacabables, soporta la obligada consecuencia de que las sentencias se volvieron, no pocas veces, escritos tediosos e innecesariamente densos⁹⁰³.

ii. Actores y otros intervinientes

En los casos correspondientes a las sentencias de la Corte Constitucional, la gran mayoría, tuvo como demandantes a ciudadanos y no a actores u órganos políticos. De las 157 resoluciones activistas, 144 fueron producto de acciones de inconstitucionalidad formuladas por ciudadanos colombianos. Esto constituye el 92% del total. Las otras 13 sentencias, 8%, fueron producto de revisiones de oficio de tratados internacionales y de decretos de emergencia -9- y objeciones presidenciales -4-⁹⁰⁴.

Este punto difiere sustancialmente de lo registrado en la Sala Constitucional. En el tribunal costarricense, por el contrario, en 102 sentencias activistas el gestionante fue un ciudadano. En 65 quienes promovieron el pronunciamiento constitucional fueron autoridades públicas. La lista es variada, desde jueces⁹⁰⁵ hasta alcaldes⁹⁰⁶, diputados⁹⁰⁷, partidos políticos⁹⁰⁸, defensor del pueblo⁹⁰⁹ etc. Un 39% del activismo judicial surge de procesos incoados por órganos estatales o

⁹⁰³En otro artículo, publicado en prensa, Pablo Salvador Coderch plantea una lista de propuestas de reforma para el Tribunal Constitucional de España. Una de ellas, escribe el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, y aplicable a los casos estudiados, se refiere a la importancia de que los magistrados redacten las sentencias “... del modo más sencillo posible...”. Salvador Coderch (Pablo). “Cinco propuestas para el Tribunal Constitucional” en: www.elpais.com/elpais/2012/07/10/opinion/1341937984_143768.html consulta realizada el 18 de agosto de 2012.

⁹⁰⁴Las sentencias activistas de la Corte Constitucional de Colombia que se originaron en procedimientos de oficio o en objeciones presidenciales fueron: 300/94, 466/95, 923/00, 1435/00, 1488/00, 577/01, 940/02, 309/04, 333/05, 930/05, 541/08, 932/09 y 289/10.

⁹⁰⁵Sentencia 601/99 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹⁰⁶Sentencia 6970/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹⁰⁷Sentencia 4569/08 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹⁰⁸Sentencia 8297/10 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹⁰⁹Sentencia 5649/05 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

claramente políticos, como los partidos, y un 61% por ciudadanos. No obstante, del total de procesos conocidos el 14% fue producto de consultas judiciales, el 8% de consultas legislativas y un 78% de acciones de inconstitucionalidad.

Lo anterior quiere decir que las acciones de inconstitucionalidad fueron también un mecanismo utilizado por otros órganos, salvo los jueces que se limitaron a la consulta judicial, para llegar hasta la Sala, situación que no fue detectada en el tribunal colombiano⁹¹⁰. En otras palabras, como se vio en el capítulo cuarto, la legislación costarricense ha admitido dos procedimientos específicos de control de constitucionalidad en los que funcionarios estatales pueden acudir a la Sala directamente, son la consulta judicial y la consulta legislativa. Los datos demuestran que tanto diputados como otros órganos recurrieron a la Sala Constitucional muchas veces a través de la vía de la acción de inconstitucionalidad⁹¹¹.

Un aspecto que también habría que mencionar es el de los intervinientes y coadyuvantes en los procesos de constitucionalidad. Parte de la doctrina, incluso la que objeta el control judicial de las normas, ha sostenido que los tribunales constitucionales pueden generar un diálogo institucional y ciudadano⁹¹². Este diálogo favorecería la creación de espacios de deliberación política. Lo que se dice, en resumen, es que el proceso judicial permite que se escuchen más voces⁹¹³ y que se amplíe, en consecuencia, el proceso democrático.

En los procesos que dieron pie a las sentencias activistas de la Corte colombiana participaron, aparte de la Procuraduría de la Nación, como órgano asesor⁹¹⁴, instituciones públicas, defendiendo la constitucionalidad de las normas

⁹¹⁰Las sentencias activistas de la Sala Constitucional de Costa Rica que se originaron en consultas judiciales o legislativas fueron: 121/89, 615/90, 1059/90, 557/91, 2232/91, 3990/92, 4027/92, 526/93, 1151/94, 1823/94, 5988/94, 6624/94, 7549/94, 2967/96, 1781/97, 3565/97, 4681/97, 102/98, 3664/98, 601/99, 1306/99, 2992/00, 5495/00, 5496/00, 6304/00, 7156/00, 8197/00, 10352/00, 247/01, 8560/01, 317/03, 6307/03, 11344/06, 11158/07, 18486/07 y 4569/08.

⁹¹¹También fue dicho, en el apartado C.3 del capítulo cuarto, que aunque para interponer una acción de inconstitucionalidad el primer requisito de admisión es que la norma cuestionada se esté aplicando en un procedimiento, judicial o administrativo, se contempla, además, la posibilidad de ir directamente a la Sala cuando se trate de intereses colectivos. Ha sido bajo ese supuesto que diputados, alcaldes y otros funcionarios han presentado las acciones de inconstitucionalidad.

⁹¹²Fiss (Owen). *The forms of justice...* p. 13 y Linares (Sebastián). “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”... p. 177.

⁹¹³Martí (José Luis). *Op. Cit.* pp. 293-295.

⁹¹⁴Ídem.

demandadas, ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil, universidades, etc. En las resoluciones activistas se encontraron 6 sentencias en las que no hubo intervención ciudadana ni institucional, lo que equivale, apenas, a un 3.8%. En esos procedimientos, una vez tramitada la demanda, sólo se contó con el pronunciamiento de la Procuraduría⁹¹⁵.

El porcentaje aumenta, sensiblemente, al examinar a la Sala Constitucional; esto demuestra que, ante el tribunal costarricense, la participación institucional y ciudadana, en los procesos de control de constitucionalidad, fue menor. En efecto, en 39 sentencias activistas el único interviniente fue la Procuraduría General de la República, 25.1%, y en 32, 19.1%, la Procuraduría no se apersonó al proceso ni tampoco hubo otro tipo de coadyuvancias, con lo cual el tribunal resolvió, únicamente, con base en los argumentos esgrimidos en el escrito de acción o de consulta⁹¹⁶.

iii. Materias de pronunciamientos

Al analizar los indicadores, presentes en la muestra de los dos tribunales, se hizo ver que los pronunciamientos versaron sobre una variedad de temas y materias. En efecto, no es posible, incluso, sistematizar la totalidad de las sentencias activistas, según las materias, dada la pluralidad registrada. En la siguiente tabla se exponen las principales:

Tabla 23: Materias sobre las que versaron las sentencias activistas de los tribunales

Materias	Número de sentencias Corte Constitucional	Número de sentencias Sala Constitucional
Penal y procesal penal	32	26
Laboral y seguridad social	28	44

⁹¹⁵Las sentencias fueron por dos revisiones de oficio de tratados internacionales, 087/93 y 1137/00, y por demandas de inconstitucionalidad, 428/93, 497/94, 269/98 y 042/03.

⁹¹⁶Ejemplos de resoluciones donde sólo intervino la Procuraduría General de la República: 2996/92, 2570/97, 1894/99 y 12845/07. Por otra parte, ejemplo de resoluciones donde no hubo ningún interviniente: 568/90, 6577/94, 7156/00 y 15390/03.

Tributaria/presupuestario	11	22
Militar	9	0
Familia	6	3
Organización órganos del estado y partidos políticos	6	14
Tránsito	5	3
Procesal	3	6
Educación	3	5
Ambiental	2	4
Indígena	2	1
Laicidad estatal	2	0
Desplazados	1	0
Otros	47	39

Elaboración propia.

No se puede, en pocas palabras, concluir que las sentencias activistas de la Corte Constitucional de Colombia, durante el periodo 1992-2010, ni, tampoco, de la Sala Constitucional de Costa Rica, entre los años 1989 y 2010, al ejercer el control de constitucionalidad, estuviesen dirigidas a resolver una materia principalmente. Por el contrario, es la heterogeneidad de los temas resueltos por los magistrados lo que tendría que calificarse como la nota predominante.

Debe ser indicado, eso sí, que numéricamente las dos cámaras comparten que las cuestiones sobre las que más resoluciones se profirieron fueron asuntos laborales y de seguridad social, y penales y procesal-penales. Las sentencias que se pronunciaron acerca de la constitucionalidad de normas penales y procesales

penales fueron las que más se repitieron en la Corte Constitucional de Colombia, en 32 fallos, representan una quinta parte del total. Luego siguen, 28 fallos sobre materia laboral y de seguridad social y 11 pronunciamientos que decidieron respecto a disposiciones tributarias.

En Costa Rica, los pronunciamientos de normas laborales y de seguridad social fueron 44, la materia más abordada por la Sala, lo que equivale a una cuarta parte del total del activismo judicial del periodo de análisis. Posteriormente se ubicaron 26 resoluciones sobre disposiciones penales y procesales penales. En tercer lugar, estuvieron, como en la Corte Colombiana, las sentencias en las que se discutió el arreglo con el texto de la constitución de normas tributarias y presupuestarias, 22 en total.

El resto se ocupó de cuestiones muy diversas como tránsito, familia, ambiental, comercio, patrimonio histórico, educación, etc. Hubo temas que, en razón de las diferencias contextuales, sólo se abordaron en la Corte Constitucional. Dos ejemplos son las sentencias sobre normas militares y de desplazados; en Costa Rica el ejército fue abolido en 1948 y el problema del desplazamiento de la población, fruto de los conflictos entre guerrillas, que ha sido una de las dificultades que más ha afectado a Colombia, es una experiencia ajena a la historia del país centroamericano.

iv. Razonamientos

Otro aspecto para trazar el perfil de la sentencia activista es el modo en que los jueces justificaron sus fallos. Aunque al presentar los indicadores se ahondó en parte de los razonamientos empleados, en este parágrafo se propone un abordaje general de los puntos más sobresalientes.

En las resoluciones activistas, de ambos tribunales, se usaron varios criterios, de los cuales destacaron dos: uso de principios constitucionales e invasión de competencias por parte de los otros poderes del estado. En 89 pronunciamientos

de la Corte Constitucional⁹¹⁷ se afrontaron las demandas planteadas, a la luz de principios de raigambre constitucional; lo mismo sucedió en 102 sentencias de la Sala Constitucional⁹¹⁸.

En 34 decisiones activistas de la Corte colombiana⁹¹⁹ y en 42 de la Sala costarricense⁹²⁰, el razonamiento central fue lo que se calificó como desbordamiento o exceso de las funciones de los poderes del estado.

En las sentencias “principistas” de los 2 tribunales, uno de los principios más utilizados fue el principio de igualdad⁹²¹. Se encontraron otros principios a los que se

⁹¹⁷Las sentencias activistas de la Corte Constitucional de Colombia donde se utilizaron principios para justificar la decisión fueron: 588/92, 019/93, 027/93, 150/93, 537/93, 070/94, 102/94, 320/94, 562/94, 483/95, 586/95, 535/96, 511/96, 552/96, 049/97, 087/97, 150/97, 152/97, 487/97, 540/97, 660/97, 017/98, 087/98, 199/98, 269/98, 299/98, 562/98, 595/98, 002/99, 197/99, 247/99, 517/99, 109/00, 369/00, 531/00, 1319/00, 1435/00, 1488/00, 1647/00, 1714/00, 046/01, 410/01, 553/01, 973/01, 1176/01, 152/02, 246/02, 373/02, 615/02, 806/02, 875/02, 940/02, 1081/02, 033/03, 042/03, 125/03, 312/03, 400/03, 429/03, 044/04, 106/04, 375/04, 431/04, 464/04, 987/04, 538/05, 591/05, 1177/05, 456/06, 804/06, 209/07, 279/07, 310/07, 393/07, 544/07, 654/07, 720/07, 1001/07, 1003/07, 462/08, 857/08, 1035/08, 131/09, 287/09, 378/09, 417/09, 807/09, 702/10 y 844/10.

⁹¹⁸Las sentencias activistas de la Sala Constitucional de Costa Rica fundamentadas sobre la base de principios y valores constitucionales se indican a continuación: 615/90, 719/90, 1059/90, 1331/90, 52/91, 2232/91, 193/92, 660/92, 2196/92, 2996/92, 3133/92, 3495/92, 4027/92, 138/93, 526/93, 5751/93, 1823/94, 1975/94, 5965/94, 5988/94, 6624/94, 7549/94, 1059/95, 2313/95, 3195/95, 4269/95, 4287/95, 2353/96, 3769/96, 3864/96, 4848/96, 5597/96, 7033/96, 184/97, 545/97, 1781/97, 4570/97, 4587/97, 4713/97, 2570/97, 102/98, 110/98, 1317/98, 2409/98, 3460/98, 4883/98, 8857/98, 601/99, 616/99, 1118/99, 1250/99, 1306/99, 1894/99, 4764/99, 4846/99, 8197/99, 9874/99, 10000/99, 2096/00, 2306/00, 4257/00, 5495/00, 5496/00, 6304/00, 10352/00, 247/01, 1749/01, 8560/01, 11594/01, 1764/02, 3816/02, 317/03, 6306/03, 6307/03, 15390/03, 2670/04, 4869/04, 10492/04, 846/05, 5649/05, 11344/06, 15492/06, 17437/06, 55/07, 1144/07, 11154/07, 2063/07, 12845/07, 14486/07, 17971/07, 4569/08, 13851/08, 4960/09, 13590/09, 14027/09, 14288/09, 16964/08, 5221/10, 8297/10, 13704/10, 15058/10 y 18965/10.

⁹¹⁹Las sentencias activistas de la Corte Constitucional de Colombia donde se arguyó exceso en el ejercicio de las competencias de los otros poderes fueron: 428/93, 300/94, 425/94, 497/94, 527/94, 466/95, 596/95, 137/96, 343/96, 365/96, 433/96, 290/97, 341/98, 847/99, 923/00, 713/01, 757/01, 1374/00, 1137/00, 1435/00, 979/02, 531/03, 228/03, 309/04, 333/05, 930/05, 672/05, 1152/05, 421/06, 953/07, 541/08, 879/08, 932/09 y 289/10.

⁹²⁰Las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en las que el razonamiento giró alrededor de la extralimitación de las competencias de los otros poderes fueron: 121/89, 69/90, 88/90, 128/90, 568/90, 718/90, 1260/90, 1587/90, 1195/91, 1684/91, 495/92, 2994/92, 3410/92, 3550/92, 4028/92, 980/93, 2305/93, 2754/93, 6830/93, 5411/94, 5602/94, 6577/94, 7335/94, 783/95, 1266/95, 4205/96, 3721/97, 4681/97, 4971/97, 6469/97, 3664/98, 7291/98, 6290/99, 6970/00, 7156/00, 8197/00, 1822/01, 8012/04, 14391/09, 12299/10, 13099/10 y 21258/10.

⁹²¹En el fallo 588/92 de la Corte Constitucional de Colombia se conoció una demanda de inconstitucionalidad contra una disposición que concedía un derecho de pensión a las hijas solteras de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, dependientes económicamente de sus padres. Dijeron los magistrados: “...La (...) condición exigida por el artículo impugnado, que se refiere al estado de soltería como requisito (...) para que la hija de un oficial o suboficial tenga derecho a percibir los beneficios en él previstos (...) riñe abiertamente con el principio de igualdad, ya que mediante aquella se está consagrando un diverso trato para las hijas de los militares en cuestión, con base en el único criterio del estado civil (...) el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio...” Sentencia 588/92 de la

recurrió, también, reiteradamente para fundamentar una decisión. Entre ellos está el principio de razonabilidad y proporcionalidad⁹²², y también apareció el principio

Corte Constitucional de Colombia. De otro lado, respecto a Costa Rica un ejemplo, del razonamiento a partir del principio de igualdad, es la sentencia 5965/94. En este fallo se analizó una acción de inconstitucionalidad contra una norma que prohibía a personas extranjeras explotar medios de comunicación o agencias de publicidad. La exclusión, consideraron los jueces constitucionales, “...del artículo configura un caso de trato desigual injustificado de los extranjeros, y, por ende, se estima que ese artículo es inconstitucional. En el criterio del tribunal, la exclusión absoluta que allí se establece (...) carece de racionalidad. Se trata, obsérvese bien, de la completa y definitiva supresión de una libertad...” Sentencia 5965/94 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹²²Por ejemplo en la resolución 1176/01 se analizó la constitucionalidad de una norma que establecía que para obtener una pensión vitalicia por viudez era necesario que al momento de la muerte, el cónyuge superviviente acreditara que “...estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido...” . Señalaron los jueces: “...Ahora bien, en desarrollo de los juicios de inconstitucionalidad adelantados ante la Corte, esta Corporación ha venido utilizando un sistema de verificación que permite determinar la adecuación de las normas legales a las reglas y principios insertos en la Carta Política, a fin de decidir si en cada caso particular, la restricción a los derechos y garantías públicas se ajusta o no a ellos. El test de razonabilidad es el mecanismo aplicado para ese propósito. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido con claridad, cuáles son las etapas de análisis que constituyen dicho test. La primera de ellas es un supuesto elemental: debe ser posible deducir del texto de la norma estudiada, un trato diferenciado respecto de situaciones diferentes. El objetivo del test es determinar si el trato diferencial se justifica en términos constitucionales. El segundo estadio del análisis constitucional consiste en identificar si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la constitución política, y el tercero consiste en develar la proporcionalidad de dicho fin. En este punto, la Corte considera necesario resaltar que la proporcionalidad de la medida es la relación que existe entre los medios y el fin, esto es, la racionalidad de la medida que se analiza. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, la cual propone tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes...” Sentencia 1176/01 de la Corte Constitucional de Colombia. En el análisis sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala Constitucional de Costa Rica, acudió a la doctrina estadounidense y alemana. En el fallo 846/05, por ejemplo, se valoró la constitucionalidad de un artículo que establecía que el servicio de transporte público de estudiantes debería tener un mínimo de 45 plazas. La Sala estimó que la disposición no se justificaba. Acerca del principio mencionado indicó: “...para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada razonabilidad técnica dentro de la que se examina la norma en concreto. Una vez establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de razonabilidad técnica hay que analizar la razonabilidad jurídica. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa (...) b) razonabilidad de igualdad (...) c) razonabilidad en el fin (...) no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal (...) La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la razonabilidad al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (...) El decreto impugnado señala dentro de sus motivaciones que se pretende reorganizar todo el sistema de transporte público, a efecto de que se ajuste a la época actual y futura, procurando que las empresas operadoras cuenten con un mayor grado de organización y capacidad, lo que permita un mejor servicio de calidad y eficiencia (...) no se demuestra la idoneidad de la medida de elevar la capacidad de las unidades a cuarenta y cinco asientos,

del debido proceso⁹²³.

El segundo criterio, adoptado por los tribunales constitucionales al dictar sentencias activistas, según los resultados que arrojó el estudio, fue, como se anotó, el de los excesos en los que incurrieron los otros órganos estatales. Las 34 resoluciones de la Corte Constitucional, y las 42 de la Sala Constitucional, en las que el argumento esgrimido fue la invasión competencial, como logra deducirse fácilmente, giraron en torno a una demarcación, realizada por los magistrados constitucionales, de ciertas atribuciones del poder legislativo y el poder ejecutivo.

En sus sentencias, el tribunal colombiano estimó que un poder excedía las funciones que le habían sido encargadas, bien porque estaban reservadas a otro órgano⁹²⁴, bien porque iban más allá de un contenido normativo específico⁹²⁵.

con el hecho de que se preste un servicio más ágil y óptimo..." Sentencia 846/05 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹²³Con base en este principio se argumentó el fallo 429/03. La ley número 729 de 2002 ordenaba que, al producirse un accidente de tránsito, la policía levantaría un informe, el cual sería firmado por los conductores, o en su defecto por un testigo. A juicio de la Corte no había una obligación de firmar el informe. Pero además, con el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho al debido proceso, como el derecho de defensa, resultaba imperioso aclarar que la norma era constitucional bajo el entendido de que *"... el conductor no está obligado a firmar, que puede consignar por escrito sus observaciones, y su firma o abstención de hacerlo no significan aceptación de los hechos..."* Sentencia 429/03 de la Corte Constitucional de Colombia. Una resolución que permite ilustrar el uso del principio del debido proceso, como criterio argumentativo, por la Sala Constitucional de Costa Rica es la 15390/03. En ella se resolvió una acción contra el artículo 161 del código notarial, el cual disponía que la notificación de la sanción disciplinaria contra un notario se hiciera mediante una única publicación de la misma en el Boletín Judicial. La Sala Constitucional analizó el principio del debido proceso; afirmó *"...este principio deriva de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la constitución política, y () resulta de aplicación para todos los procesos de índole jurisdiccional, no sólo el penal, (...) se entiende extendido respecto de todos los procedimientos administrativos. Se ha identificado o equiparado con los conceptos de bilateralidad de la audiencia, debido proceso legal y principio de contradicción; y tiene implicaciones directas en las diversas etapas del procedimiento, lo que evidencia su carácter instrumental del proceso, en tanto está dispuesto para garantizar la mejor resolución del procedimiento..."* Sentencia 15390/03 de la Sala Constitucional de Costa Rica. Los magistrados añadieron que la norma era constitucional en el entendido de que la notificación era válida respecto a los efectos hacia terceros. Ello, sin embargo, no eximía a la administración de la obligación de notificar personalmente al notario al que se le siguiera un proceso disciplinario, en tanto la notificación integraba el debido proceso.

⁹²⁴En una resolución de 1995 se cuestionó la constitucionalidad del artículo 70 de la ley número 179 de 1994 que establecía que, en la enajenación de las participaciones estatales en empresas, el Consejo de Ministros fijaría el procedimiento a seguir. Para la Corte, por mandato del artículo 60 de la constitución, esa reglamentación sólo podía ser proferida por el legislador, ver: Sentencia 596/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹²⁵Pueden citarse varias de las resoluciones enumeradas en los apartados anteriores en las que la Corte anuló normas de decretos ejecutivos justificándose, precisamente, en que el presidente reguló materias no autorizadas por el legislador. Un ejemplo es un pronunciamiento del año 2005, la Corte, examinando el numeral 20 del decreto número 1295 de 1994, concluyó que el presidente había sido

Asimismo, el tribunal costarricense consideró que un órgano incurría en una extralimitación cuando se regulaban materias que escapaban de las competencias⁹²⁶ que había recibido, o cuando estas habían sido otorgadas a un órgano distinto al que emitió la norma cuestionada⁹²⁷.

autorizado para dictar una reglamentación para “... organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos (para) prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan...”. En el impugnado artículo 20 se reguló el carácter del ingreso base que serviría para la liquidación del subsidio por accidentes en el trabajo. Por eso, continuaron los magistrados constitucionales, “... una vez confrontadas la disposición acusada y la norma legal habilitante (...) el Gobierno Nacional, mediante la expedición del artículo 20 del decreto ley 1295 de 1994, se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias, ya que la delegación legislativa se concedió, de manera precisa y clara, únicamente para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales...” Sentencia 1152/05 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹²⁶Un ejemplo, que se repitió en las sentencias de la Sala Constitucional, es el de la regulación que se hacía de derechos a través de la vía del decreto ejecutivo. En la sentencia 6830/93 se examinó el artículo 14 decreto ejecutivo número 16765 de 1985. El artículo prohibía la existencia de botiquines – establecimientos pequeños dedicados al comercio de medicamentos- cuando en la localidad se instalara una farmacia. La Sala recordó que “... las acciones que dañen la moral o el orden públicos, o que perjudiquen a terceros, sean susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el poder ejecutivo por vía de decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la carta fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho...” Sentencia 6830/93 de la Sala Constitucional de Costa Rica. Desde esta perspectiva, añadieron los jueces, no se había encontrado ninguna ley que autorizara al poder ejecutivo a establecer una limitación como la impugnada: “... el principio de legalidad, o de regulación mínima, es el título justificativo de la potestad, de tal forma que, conforme se expresó en el considerando anterior, solo mediante una ley formal puede imponerse un límite o carga pública a la libertad de comercio, agricultura o industria. En el caso que se examina, es evidente que la norma del decreto impugnado excedió las atribuciones conferidas por la ley...” Ídem.

⁹²⁷De esta manera ocurrió en un fallo en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del decreto ejecutivo número 23646 de 1994, porque disponía que la “Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público”, un ente creado para revisar los salarios del sector público e integrada por representantes del estado y de los trabajadores, decidiría, en definitiva, los aumentos de sueldos que se hacen, según la legislación costarricense, cada 6 meses a los funcionarios. Los magistrados advirtieron que la constitución política dispuso que la materia salarial fuera parte de la política de gobierno encargada al poder ejecutivo. De esta manera, avanzaron los jueces, “... corresponde entonces al poder ejecutivo adoptar con carácter vinculante las decisiones en ese campo del sector público centralizado, quedando las entidades autónomas sometidas a las directrices de carácter general que en materia de salarios dicte ese poder de la república (...) es claro que no puede el poder ejecutivo, vía decreto, otorgar, con fuerza vinculante, la decisión final sobre el tema a las resoluciones emanadas de la Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público, como lo pretende hacer con el artículo 6 impugnado (...) en efecto, la Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público, es un foro creado para el diálogo y para realizar una serie de actos preparatorios en torno a la fijación de la política salarial para ese sector, pero no puede tener el poder de decidir, con carácter definitivo, los aumentos salariales; es decir, no puede ser la última instancia en esta materia. La fijación de la política salarial para el sector público, es una competencia constitucionalmente atribuida al poder ejecutivo, de manera que éste no puede delegarla...” Sentencia 1822/01 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

En los fallos restantes se acudió a otra clase de argumentos. En la Corte Constitucional, por ejemplo, en algunos casos se tomó un concepto y los jueces definieron sus alcances⁹²⁸. Para esto se apoyó en técnicas interpretativas que se limitaron a indicar que se hacían, verbigracia apuntar que se estaba siguiendo una interpretación sistemática⁹²⁹ o una interpretación de acuerdo con la voluntad del constituyente o del legislador⁹³⁰. En idéntico sentido, se ubicaron sentencias de la Sala Constitucional en las que se expresó que la decisión tomada respondía a la voluntad del constituyente originario⁹³¹ o a una interpretación sistemática de la constitución política⁹³².

v. Los límites

Las críticas contra el activismo judicial, fue visto en el capítulo segundo, son muy diversas⁹³³. Pueden recordarse, entre ellas, las siguientes, la falta de legitimidad democrática del juez⁹³⁴, la supresión de la decisión política en nombre del discurso jurídico⁹³⁵, la dificultad de que la inacción de los órganos representativos sea suplida por la magistratura⁹³⁶, los rasgos del proceso judicial que impiden que los jueces puedan calibrar los costes políticos, sociales o económicos de una resolución⁹³⁷, el conservadurismo tradicional del gremio jurídico⁹³⁸, etc.

En este orden de ideas, el último punto para trazar el perfil de la sentencia activista de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica atiende al modo como los tribunales han respondido, a través de las sentencias activistas, a esas críticas que teóricamente se han venido formulando contra el

⁹²⁸Dos casos se encuentran en la definición, que hicieron los jueces, de los conceptos de autonomía territorial o doble militancia política, ver: Sentencias 342/06 y 1051/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹²⁹Sentencias 245/95 y 795/00 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹³⁰Sentencias 350/94 y 879/03 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹³¹Sentencia 2621/95 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹³²Sentencia 11158/07 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹³³Ver capítulo segundo, apartado F.

⁹³⁴Linares (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes...* pp. 45-47.

⁹³⁵Guarnieri (Carlo) y Pederzoli (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia...* p. 169.

⁹³⁶Pásara Pazos (Luis). "Estado de derecho y justicia en América Latina"... p. 320.

⁹³⁷Cappelletti (Mauro). *Giudici legislativi?*... pp. 72-82.

⁹³⁸Ídem.

activismo judicial. Dicho de otra forma, interesa en este último acápite hacer referencia a lo que podrían denominarse límites o fronteras de la actuación activista de la Corte y de la Sala.

Los límites o las fronteras serán entendidos como las prácticas detectadas en las resoluciones activistas que revelaron una insuficiencia de la decisión judicial. Debe recordarse que aún cuando la idea tradicional del juez se ha ido desmantelando progresivamente, este continúa siendo parte del sistema político; sus decisiones, también las activistas, tendrán diversas repercusiones y algunas, como de hecho ha ocurrido, podrían ser cuestionadas en virtud de sus efectos.

En otras palabras, que un brazo del estado se haya empoderado no significa su infabilidad, ni que se baste para responder a la amplia gama de intereses y necesidades de la sociedad. Los límites o fronteras se agruparán en 3 categorías: los efectos perversos que podrían generarse de una sentencia, la tensión entre derechos de eficacia horizontal y derechos de eficacia vertical y la leve generación de un proceso “dialógico” por parte de los tribunales constitucionales.

Los efectos perversos se refieren a aquellos pronunciamientos en los que la decisión, aunque activista de acuerdo a los indicadores, produciría consecuencias que restringen o desvirtúan su alcance original, o bien evidencian un matiz conservador. En el primer caso, se pueden citar sendas resoluciones de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional.

Respecto al tribunal colombiano, se tiene el fallo 199/98; en él se demandó la constitucionalidad del artículo 207 del decreto ejecutivo número 1355 de 1970 el cual concedía, a la policía, la facultad de retener a las personas en 3 supuestos: “... 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones. 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. 3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal...”⁹³⁹. El razonamiento de la Corte fue que las medidas restrictivas de la libertad personal deben ser excepcionales y fruto de una orden judicial. Con este argumento anuló el inciso 1. Sin embargo,

⁹³⁹Sentencia 199/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

consideró que los incisos 2 y 3 constituían medidas razonables. Si la justificación fue que la policía no podía hacer detenciones sin que mediara un mandato judicial, la tesis palideció con la declaratoria de constitucionalidad de los incisos 2 y 3; especialmente problemática la última disposición, porque la definición de “estado de grave excitación para cometer una infracción penal” no sólo correspondería hacerla a la policía, sino porque además se excluyó la obligación de que la detención estuviera precedida por la orden de un juez. Al final, un policía podría detener a una persona amparándose no en el inciso 1, aunque sí en el inciso 3⁹⁴⁰.

Írrita, en el fondo, podría calificarse también la sentencia 1684/91 de la Sala Constitucional en la que se concluyó que el último apartado del inciso a) del artículo 121 de la ley número 7033 de 1986 era inconstitucional, porque otorgaba al poder ejecutivo un margen de discrecionalidad absoluto para ordenar la expulsión de extranjeros. La norma expresaba: “...Existe causal de expulsión: a) Cuando, cualquiera que fuere el status migratorio, se considere que la presencia del extranjero es nociva, o que sus actividades comprometen la seguridad nacional, la tranquilidad u orden público, o cuando circunstancias especiales lo aconsejen...”⁹⁴¹. La Sala, como se comentó en el acápite c.3 del apartado B. anuló la frase “o cuando circunstancias especiales lo aconsejen”. Aunque la eliminación de la frase, del ordenamiento jurídico costarricense, buscaba, según se motivó en el pronunciamiento, controlar un ejercicio arbitrario de parte de las autoridades, lo cierto es que el resto del numeral, en especial la expresión “cuando, cualquiera que fuere el status migratorio, se considere que la presencia del extranjero es nociva” dejó abierta la posibilidad de que se cometiera eventuales excesos.

Seguramente, por otro lado, el ejemplo más claro de activismo judicial conservador es la sentencia 2306/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica. El argumento de la protección de la vida y la prohibición de que el poder ejecutivo regulara, vía reglamento, los derechos fundamentales supuso, en últimas, que una técnica científica, aceptada en la mayoría de países, como un remedio contra los

⁹⁴⁰Incluso la Corte reconoció la amplitud del margen de apreciación concedido a la policía. Frente a ese reconocimiento se limitó a hacer un llamado a las autoridades policiales para que se sometieran a un marco de razonabilidad y prudencia, ídem.

⁹⁴¹Sentencia 1684/91 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

problemas de fertilidad esté, en la actualidad, a la mano únicamente de las personas con recursos económicos suficientes para practicársela en el extranjero. La posición, alineada con la de los grupos más conservadores, como la Iglesia Católica, ha hecho que, 12 años más tarde, muchas parejas hayan visto frustrada la posibilidad de concebir.

El segundo de los límites mencionados es la tensión entre derechos de eficacia horizontal y derechos de eficacia vertical. En este punto hay que decir que casi todos los derechos reconocidos o ampliados por los tribunales constitucionales analizados, en el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas, tienen una característica común, ser derechos de efecto horizontal. De acuerdo con Alexy, no todos los derechos tienen la facultad de ser derechos subjetivos frente al estado –o de relaciones verticales-, hay otros cuyos efectos se producen en relaciones entre particulares, estos son los derechos de efectos horizontales⁹⁴². Por ejemplo, reconocer el derecho a una pensión vitalicia de los hijos, antes que de los padres, de personas fallecidas mientras prestaban el servicio militar, como sucedió en la sentencia 152/02 de la Corte Constitucional de Colombia. Asimismo, cuando la Sala Constitucional dispuso en el fallo 616/99 que era contraria al parámetro de legitimidad constitucional la prohibición de contratar, en el sector privado, a menos de un 90% de trabajadores costarricenses se ampliaban derechos a un grupo de cara a sujetos particulares, no frente al estado.

Aunque lo positivo de ello es que se reconoce el efecto expansivo de los derechos fundamentales como normas que influyen todos los ámbitos del sistema social y jurídico, se echaron de menos más pronunciamientos donde el obligado frente al ciudadano hubiese sido el estado. En la misma línea, aunque hubo decisiones en las que se protegieron derechos de grupos históricamente vulnerables, como extranjeros⁹⁴³ o discapacitados⁹⁴⁴, en general se trató, también, de derechos respecto a particulares, en cambio, otros grupos discriminados, como gays o indígenas, estuvieron prácticamente ausentes.

⁹⁴²Alexy (Robert). *Teoría de los derechos fundamentales...* pp. 464-481.

⁹⁴³Sentencia 1059/95 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁹⁴⁴Sentencia 410/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

La última de las fronteras, se ha denominada la leve generación de un proceso “dialógico” por parte de los tribunales constitucionales. En el punto ii. de esta subsección se indicó que en los procesos de control de constitucionalidad hubo participación institucional y ciudadana. Sin embargo, deben hacerse 2 puntualizaciones. La primera, en relación con la Corte Constitucional de Colombia, aun cuando aquí la participación fue más alta en comparación con la de Costa Rica, la mayoría de las veces sólo participó la Procuraduría de la Nación y alguna institución pública, además casi nunca se celebraron audiencias donde se pudieran confrontar oralmente los argumentos. La segunda, en relación con la Sala Constitucional de Costa Rica, de igual manera, se realizaron pocas audiencias orales, pero aquí la participación, en general, fue sensiblemente menor respecto a Colombia, en 4 de cada 10 sentencias activistas no hubo ningún tipo de intervención ni coadyuvancia.

Lo expuesto permite afirmar que el planteamiento, según el cual los tribunales constitucionales pueden crear un diálogo y favorecer los procesos deliberativos, no se ha comprobado en los órganos estudiados. Las decisiones activistas fueron el resultado de procesos en los que no hubo demasiada participación, aparte de, claro está, cuando los actores y demandantes fueron ciudadanos.

Seguramente las fronteras reseñadas confirman que, como cualquier otro actor político, las cortes tienen un radio de acción que no es ilimitado. No pueden, como quiera, suplir la ineficacia de los otros brazos del estado. Los tribunales activistas pueden dar respuestas a ciertas demandas, pero es imposible que logren responder a todas.

B.3 Activismo en el tiempo

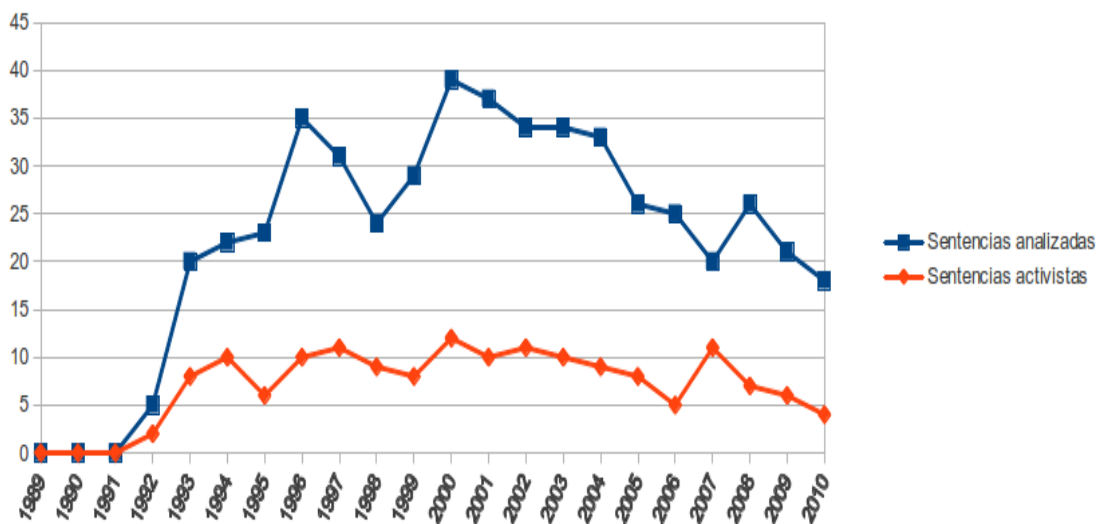
Para finalizar el estudio empírico, una pregunta que convendría plantear es si en el periodo explorado se constataron variaciones significativas del comportamiento activista de los tribunales. En el apartado B.1 se detalló el activismo judicial, de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional

de Costa Rica, durante aproximadamente 20 años, al realizar el control de constitucionalidad de las normas.

Considerando que el tribunal colombiano experimentó la renovación de más de la mitad de sus miembros en dos ocasiones⁹⁴⁵, se podría pensar que su activismo judicial exhibiría cambios más claros y evidentes, en atención a las integraciones. Empero, ha sido, el tribunal costarricense, cuyos relevos nunca han llegado a 3 magistrados simultáneamente, el que presentó mayores oscilaciones en el activismo judicial ejercido.

En cuanto a la Corte Constitucional de Colombia, el siguiente gráfico muestra la tendencia en el tiempo:

Gráfico 6: Activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia en el tiempo



Elaboración propia.

Desde 1992, cuando se crea la Corte Constitucional de Colombia, hubo un aumento tanto de los procesos tramitados como de la producción activista. A partir de 1994 la cifra se mantiene con pocas oscilaciones. No hubo cambios especialmente relevantes. Alzas y bajas se correspondieron con la cantidad de asuntos que conoció

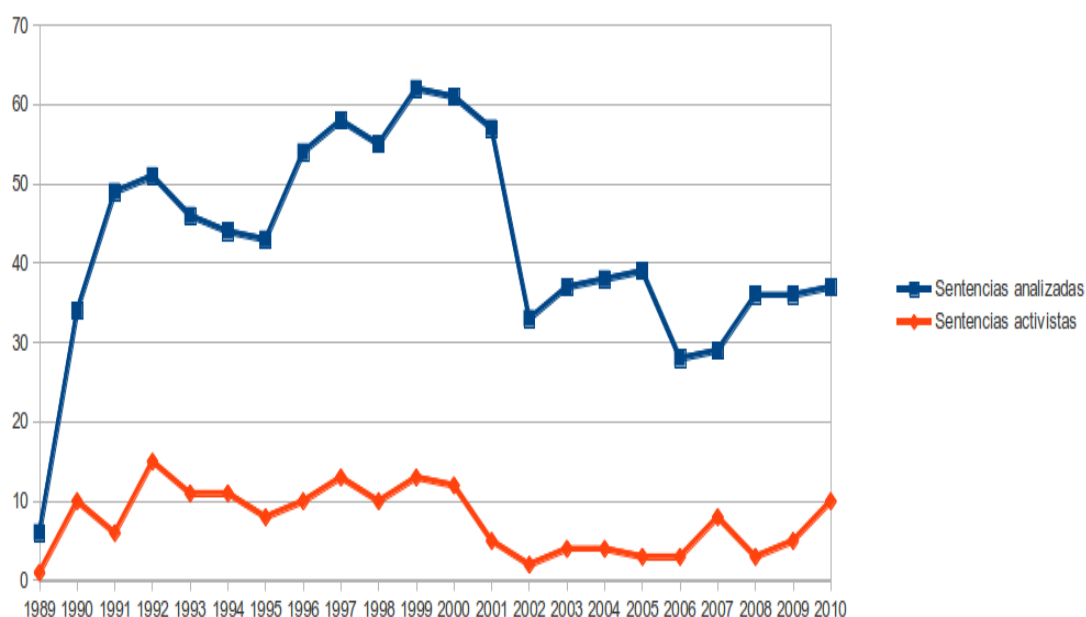
⁹⁴⁵Ver tabla 10.

el tribunal. Es decir, aumentaron o disminuyeron las sentencias calificadas como activistas casi en la misma medida en que aumentó o disminuyó el número de expedientes recibidos anualmente por la Corte.

Esta aseveración, que podría ser reconocida como la regla general, se quiebra en dos años. Primero, en 1995, cuando en comparación con los años anteriores se registraron menos sentencias activistas. Segundo, en 2007, cuando, a pesar de que el número de procesos de control de constitucionalidad disminuyó, las sentencias activistas evidenciaron un incremento.

El activismo de la Sala Constitucional de Costa Rica, se adelantaba al iniciar este apartado, ha experimentado cambios ostensibles en los 22 años que fueron evaluados. En el gráfico 7 se pormenoriza su evolución en el periodo 1989-2010:

Gráfico 7: Activismo judicial de la Sala Constitucional de Costa Rica en el tiempo



Elaboración propia.

El trabajo de la Sala Constitucional, que en 1989 llegó a 56 sentencias de control de constitucionalidad, se incrementó notablemente a partir del año 1991

cuando se pasó a 341 resoluciones originadas en acciones de inconstitucionalidad o en consultas, legislativas y judiciales, de constitucionalidad. El aumento de los expedientes, recibidos por el tribunal, quedó reflejado también en su activismo judicial.

En estos términos, es posible identificar dos etapas. La primera que va de 1989 hasta 2000. Si bien fue 1992 el año en que se registró el mayor comportamiento activista de la Sala Constitucional, lo cierto es que hasta el año 2000 los números, con algunas diferencias menores, por ejemplo, 1994 respecto a 1995 y 1996 en relación con 1997, fueron bastante parecidos.

El segundo periodo comienza en el 2001. Ese año hubo un descenso de los sumarios que se presentaron ante la Sala, la disminución se hizo más patente aún en 2002, cuando se recibieron 296 asuntos por control de constitucionalidad, 267 menos que en 2001. Ulteriormente, desde 2002 hasta 2010, las cifras han fluctuado, sin embargo no volvieron a alcanzar las de la primera década.

La caída se manifestó, también, en el activismo. Puede comprobarse en el gráfico 7 que las sentencias activistas decrecen de 2001 a 2006 en comparación con los 11 primeros años. Luego sobreviene un aumento en 2007, comparado con los años 2001 a 2006, una baja en 2008 y, finalmente, los años 2009 y 2010 revelan un crecimiento del activismo judicial de la Sala. Si la tendencia actual es de un ascenso de las resoluciones activistas sólo podría cotejarse con una revisión de los años 2011 y 2012, algo que excede el límite temporal impuesto para esta investigación⁹⁴⁶.

C. Corte Constitucional y Sala Constitucional: jueces delegados

En el capítulo segundo se propuso una tipología de juez⁹⁴⁷ mediante la cual se buscó vertebrar la relación entre judicialización de la política y activismo judicial⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶El sitio web del poder judicial de Costa Rica tiene cifras estadísticas hasta el año 2011. Aunque el estudio de sentencias, por las razones expuestas al iniciar este último capítulo, alcanzó al año 2010 y no es posible, por tanto, conocer el comportamiento activista posterior, de la Sala Constitucional, es importante señalar que para 2011 el incremento, al menos en número de expedientes recibidos, ha seguido la tendencia de los años 2009 y 2010, ver: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm consulta realizada el 28 de agosto de 2012.

⁹⁴⁷Ver capítulo segundo apartado C.3.

De otro lado, se presentó, en el capítulo cuarto, el diseño institucional de los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica, aparte de la valoración que ha hecho la doctrina de su desempeño. Con la revisión de los resultados obtenidos del trabajo empírico, y atendiendo a la información de los capítulos mencionados, la investigación se sitúa en un momento oportuno para intentar definir con mayor exactitud el quehacer de la Corte colombiana y de la Sala costarricense en el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas.

En primer lugar, por judicialización de la política se entendió el desplazamiento que se hace hacia el poder judicial de algunos temas para que sean evaluados por los jueces, temas que históricamente fueron resueltos por los otros poderes del estado⁹⁴⁹. La judicialización de la política, se dijo, puede tener una dimensión ciudadana y una dimensión institucional, algo que dependerá de quiénes son los actores que promueven ese desplazamiento hacia las cortes⁹⁵⁰. Autores, como Fix, han dicho que la creación de tribunales constitucionales, en países sin tradición de *judicial review*, es un signo *per se* de judicialización de la política.

Desde este punto de vista, la evidencia acreditaría, entonces, que los órganos estudiados son dos claros ejemplos de una alta judicialización de la política. Para justificar la afirmación es posible recurrir a tres argumentos. Por una parte, ambos supusieron, en su día, la refundación de la justicia constitucional de Colombia y de Costa Rica. Tradicionalmente el control judicial de las normas estuvo, en estos 2 países, reservado a las Cortes Supremas de Justicia. En 1991 y 1989,

⁹⁴⁸La propuesta contempló 4 tipos de juez que se resumen a continuación: **Juez Custodio:** juez que se asume como parte del poder político, sus preferencias compiten con las de los otros actores y utiliza los mecanismos de control que le han sido concedidos para hacerlas prevalecer. La combinación de una actitud activa de cara a los otros poderes y las competencias formalmente asignadas amplía la influencia de los criterios judiciales. **Juez Delegado:** juez que ha recibido el encargo de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos en la toma de decisiones de los otros poderes. Se limita a confirmar que esto ocurra y sólo en algunas ocasiones se opone a las decisiones o las cuestiona. **Juez Interventor:** juez que procura espacios para intervenir en la toma de decisiones de los otros actores políticos, aunque formalmente no le hayan sido otorgados. Su intervención, cuando logra hacerlo, cuestiona y revierte las decisiones de los otros poderes. **Juez Gestor:** juez tradicional y pasivo; sometido a la voluntad de los otros poderes, se abstiene de intervenir en los asuntos resueltos en otros espacios políticos porque entiende que su función social consiste en ser un aplicador de la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo. Se corresponde con la figura histórica el juez, que queda encorsetada en el rigor del sistema legal, de allí no puede apartarse.

⁹⁴⁹Ver capítulo segundo apartado C.2.

⁹⁵⁰Ver gráfico 1.

respectivamente, se promovieron sendas reformas que llevaron a la creación de órganos novedosos y especializados, a los que se les encargó, dicho muy general, como única función, salvaguardar la supremacía constitucional a través de la revisión normativa de constitucionalidad y de los procedimientos de protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte, no sólo se trata de dos tribunales constitucionales, sino de dos tribunales constitucionales poderosos. Como se puede ver en el capítulo cuarto, las competencias de las que fueron revestidos son muy grandes. Estas cámaras tienen, la facultad de ejercer el control de constitucionalidad *a priori* y *a posteriori* y tanto a gestión de parte como de oficio. Con algunos matices, lo cierto es que la capacidad de incidencia en las decisiones de los otros poderes del estado no puede sino calificarse como alta.

Por último, los canales de acceso han facilitado extraordinariamente la posibilidad de que cualquiera pueda presentarse a la Corte o a la Sala para intentar un pronunciamiento sobre el tema que sea. De hecho, los datos revelan que ha ocurrido así, sólo en el control judicial de las normas la Corte pasó de conocer 52 asuntos en 1992 a 182 en 2010 y la Sala de 56 en 1989 a 371 en 2010, cifras muy superiores a las de otros tribunales constitucionales de la región⁹⁵¹.

En Costa Rica, la situación fue mucho más evidente, porque a la par de la dimensión ciudadana se identificó fuertemente la dimensión institucional. Casi un 40% de sus decisiones activistas en la materia se originaron en requerimientos de autoridades públicas, es decir, no sólo fueron ciudadanos los que acudieron a ella, sino otros actores institucionales los que llevaron hasta el ámbito jurisdiccional una serie de cuestiones para que fuera zanjada en esa sede.

Esta judicialización de la política ha sido reconocida por algunos de los integrantes de una y otra instancia. El magistrado colombiano Gabriel Mendoza indicó: “...si se entiende política como cosa pública, la corte judicializa la política. Entre más avanza, más se le critica. Ese problema siempre existirá. La Corte está diseñada para impactar todas las estructuras. Esa dimensión siempre estará presente,

⁹⁵¹Ver nota al pie de página 716.

es inevitable... ”⁹⁵². De la misma manera el juez costarricense Fernando Cruz, señaló “...la Sala judicializa la política porque su función es la interpretación de una norma política. La Sala ha priorizado la defensa de los derechos frente a los poderes del estado, eso inevitablemente crea tensiones...”⁹⁵³.

Dentro de esta tesitura parece llevar razón Gargarella cuando, en una obra sobre constitucionalismo latinoamericano, de próxima publicación, ha asegurado que los cambios que dieron origen a la Corte Constitucional de Colombia y a la Sala Constitucional de Costa Rica fueron consecuencia de “...rupturas modestas, pero significativas...”⁹⁵⁴. Sin embargo, el planteamiento más sugerente del profesor argentino lo hace afirmar que los efectos de la creación de estos tribunales, que vincula directamente con la supresión del tradicional paroxismo formalista que ha caracterizado el acceso a los jueces latinoamericanos, nunca fueron anticipados por quienes promovieron el nacimiento de la Sala y de la Corte ni por quienes se encargaron de diseñar su estructura institucional.

La creación de los nuevos organismos judiciales no desencadenaron mayores preocupaciones, ni resistencias, continúa Gargarella, empero, casi de inmediato, los 2 dieron muestras de fortaleza y de una capacidad de desafío sorprendente para sus propios creadores⁹⁵⁵. Probablemente, volviendo a las palabras del magistrado

⁹⁵²Mendoza (Gabriel). *Entrevista*. Magistrado, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011. Posición parecida asumió el magistrado suplente Alejandro Ramelli: “...La Corte judicializa la política, es inevitable que sea así por el texto que controla. La Corte es poderosa, tiene la última palabra. El derecho es lo que la Corte dice que es...” Ramelli (Alejandro). *Entrevista*. Magistrado suplente, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

⁹⁵³Cruz Castro (Fernando). *Entrevista*. Magistrado, Sala Constitucional de Costa Rica, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010. Aunque no considera que eso pueda llamarse judicialización de la política la magistrada presidenta de la Sala Constitucional, Ana Virginia Calzada, aseveró que lo inevitable en la historia de este tribunal ha sido el uso que de él han hecho los políticos. Dijo la magistrada Calzada “...se nos acusa de que nos metemos en los asuntos políticos, pero son los asuntos políticos los que llegan a la Sala. Son los políticos los que buscan que la Sala se pronuncie...” Calzada (Ana Virginia). *Entrevista*. Magistrada presidenta, Sala Constitucional de Costa Rica, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010.

⁹⁵⁴Gargarella (Roberto). *200 años de constitucionalismo en América Latina*. Obra inédita, fue proporcionada por el autor durante un Seminario de Ciencia Política de la Universidad de Salamanca, 1 de febrero de 2012, p. 226.

⁹⁵⁵Abunda el académico de la Universidad de Buenos Aires: “...Las reformas en cuestión incluyeron algunos otros detalles que resultarían finalmente decisivos para explicar lo que se vería luego (...) en Colombia, como en Costa Rica, la creación de un nuevo organismo judicial (...) tampoco pareció generar mayores preocupaciones ni resistencias. Políticamente, la nueva Corte no era percibida como una amenaza, en el contexto de un país en donde los tribunales se caracterizaban por una extensísima

colombiano, no se previó que se estaban creando unas instituciones con una, difícilmente igualable, aptitud de impactar muchas estructuras de la sociedad.

Ahora bien, el segundo aspecto por el que debe transitarse, en el empeño de calificar el quehacer de los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica, es el de si esta alta judicialización de la política ha derivado en un alto activismo judicial. La respuesta impone formular dos precisiones.

La primera precisión es que si se atiende únicamente al criterio cuantitativo, como se ha desarrollado en los párrafos previos, habría que decir que el activismo judicial de los tribunales constitucionales no ha sido alto. Incluso algunos de los magistrados entrevistados con ocasión de esta tesis, en las ciudades de Bogotá y San José, admitieron una deferencia de su parte⁹⁵⁶ a los poderes legislativo y judicial.

La segunda precisión, sin embargo, es que si se valora a estos órganos desde su incidencia, la respuesta no soportaría, como quiera, negar que los sistemas políticos de Colombia y Costa Rica experimentaran una transformación atribuible a la incursión de la Corte y de la Sala. Pero esta transformación no se debe a que los tribunales hayan irrumpido con la agresividad de la que se les ha querido acusar. La acusación, en términos cuantitativos, en lo que al control de constitucionalidad se refiere, no se corresponde con la realidad registrada en esta investigación. No puede obviarse, empero, que hubo temas de relevancia que fueron respondidos por los jueces constitucionales desde el concepto de activismo judicial adoptado en la tesis.

Ha sido por intermedio de la justicia constitucional colombiana y costarricense que, por ejemplo, se fueron estableciendo límites a la actuación del poder ejecutivo.

tradición de independencia, a la vez que deferencia frente al poder político. (...)En Colombia, como en Costa Rica, la reforma judicial incorporó drásticos cambios en términos procesales (...) Es decir: una apertura máxima (...) en términos de acceso al tribunal... ” Ídem, pp. 227-229.

⁹⁵⁶Es la posición por ejemplo del magistrado Mendoza y del magistrado Cruz. Respondió el primero: “...La Corte se ha autorestringido, hay mucho que se debe resolver en este país, la gente espera respuestas de la Corte. Actualmente es más restringida, y se autolimita más, al menos en cuestiones económicas. Sin embargo, en países pobres como Colombia, es inevitable que si un órgano se encarga de verificar el respeto por la constitución se exijan cosas a los poderes, que en lo inmediato no gusta, pero es nuestro deber...” Mendoza (Gabriel). Entrevista... El segundo, dijo: “...la Sala, a pesar de lo que se dice, ha tenido un ejercicio deferente y se ha autocontenido. Aunque eso no quede plasmado en las sentencias...” Cruz Castro (Fernando). Entrevista...

Esto no podría, bajo ningún punto de vista, considerarse, más allá de una cifra, una nimiedad. En países como los latinoamericanos, con regímenes presidencialistas en los que se ha dicho que por décadas el poder en manos del ejecutivo se condujo con formidables márgenes de discrecionalidad, el surgimiento de actores capaces de controlar ese poder y fijarle límites no puede ser visto con ligereza⁹⁵⁷.

La posición de la Corte Constitucional en cuanto a los decretos de emergencia, convertidos en la regla por más de 30 años, o la de la Sala Constitucional con relación a la imposibilidad de que el poder ejecutivo regule, a través de decretos, los derechos fundamentales, dan cuenta de ese fenómeno.

Lo mismo podría decirse de otros fallos en los que se establecieron límites al legislador. Verbigracia, cuando frente a una reforma constitucional la Corte le recordó al Congreso que debió contar con la opinión de los pueblos indígenas antes de votar la aprobación y que no hacerlo justificaba revertir lo actuado⁹⁵⁸. O, cuando la Sala, analizando un proyecto de ley sobre telecomunicaciones, obligó a la Asamblea Legislativa a que antes de la votación final resolviera las mociones presentadas por diputados de partidos minoritarios porque, de lo contrario, se lesionaba el proceso democrático de los parlamentos⁹⁵⁹.

Que los números no atestigüen un activismo judicial exacerbado, o que algunas sentencias mostraran ciertas limitaciones sobre, por ejemplo, sus alcances o sobre el nivel de vinculación del estado, no impediría reconocer que, cuando se ha practicado, se han tomado decisiones muy significativas. Cotos al ejercicio del poder, participación política de partidos minoritarios, derechos de mujeres, de extranjeros, de personas con discapacidad y, en definitiva, respeto a la supremacía del texto de la constitución es el más importante legado que han rentabilizado la Corte y la Sala.

⁹⁵⁷Chasqueti (Daniel). *Democracia, presidencialismo y partidos políticos en América Latina: evaluando la difícil combinación*, Ediciones CAUCE, Uruguay, 2008, pp. 141-146.

⁹⁵⁸Sentencia 702/10 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁵⁹Sentencia 4569/08 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Conclusión

En el escenario descrito, los jueces constitucionales examinados, al contrastar el arreglo de las normas jurídicas con la carta magna, han actuado, desde una perspectiva global, como jueces delegados. Han roto con una vieja tradición de sometimiento absoluto a los otros poderes del estado y han respondido asumiendo un rol más protagónico, imponiendo sus preferencias en no pocas ocasiones, pero menos de lo que suelen asegurar sus críticos. Es difícil, sino imposible, determinar cuál debería ser el punto justo de intervención judicial, para que ello no acarree, como escribió O'Donnell hablando de las agencias de *accountability* horizontal, un problema de parálisis decisoria⁹⁶⁰. Sin embargo, más que eso lo que, sin ningún género de dudas, se deduce, de los resultados alcanzados, es que con la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica emergió un tipo de juez que se convirtió en un actor crucial; fue puesto para asumir un papel de control. Este control lo ha llevado a imponer sus preferencias y a reivindicar que la última palabra en la protección de la supremacía constitucional es suya. Esta reivindicación ha permitido que algunas veces, por ejemplo, se hayan revertido decisiones de los otros poderes del estado o se hayan reconocido o ampliado derechos.

⁹⁶⁰O'Donnell (Guillermo). "Estado de derecho y democracia en América Latina"... p. 25.

Conclusiones generales

Esta tesis comenzó proponiendo una pregunta, con relación a dos tribunales constitucionales de América Latina; dos tribunales reconocidos por la literatura especializada porque su creación ha registrado repercusiones en distintos niveles, institucionales, políticos y sociales. Para poder responder a aquella pregunta ha sido necesario abordar un elenco de temas cuyo hilo conductor, si hubiera que simplificarlo al máximo, sería el papel de los jueces en la democracia.

1. Examinar a la Corte Constitucional de Colombia y a la Sala Constitucional de Costa Rica llevó, en primer lugar, a describir los rasgos históricos que han definido a la judicatura de los sistemas jurídicos europeos continentales. Esta revisión era inevitable para conjurar un riesgo. Al hablar de la magistratura se puede pensar, equivocadamente, que los jueces funcionan igual en todos los contextos o que, al menos, están diseñados para hacerlo.

Bajo esta línea de pensamiento, se hizo ver que la judicatura de la familia del *civil law*, en virtud de aspectos como la estructura organizativa, los mecanismos de acceso, la fuerte cultura legalista, anclada en la creencia de un silogismo judicial que daba solución a todos los asuntos que se planteaban, etc. fue entendida como el ejercicio de una función pública destinada a resolver conflictos, especialmente entre particulares. La consecuencia inmediata de todo aquello fue la dificultad de que, mediante sus pronunciamientos, los jueces incidieran en un nivel más general; más allá de casos concretos.

Esta visión fue reforzada con el surgimiento de los procesos constitucionales del siglo XVIII. Del constitucionalismo francés salió más claramente la idea de separación de poderes, que es funcional respecto de una visión constreñida de la tarea de los jueces. Del constitucionalismo estadounidense salió, en cambio, el acento en los *checks and balances* que, sin salirse de la separación de poderes, abren paso al control judicial sobre el ejercicio del poder. La noción, en los países influenciados por el constitucionalismo francés, larvada en un pasado en el que los

jueces hicieron parte del *statu quo*, legitimador de los privilegios de las elites, moldeó un aparato judicial que se asumió como un ente apolítico. Su apoliticidad se garantizaba mediante la idea de que debía existir un sometimiento textual a las normas proferidas por los otros brazos del estado. A todos estos rasgos habría que agregar, al analizar al juez latinoamericano, otra lista de condiciones particulares que facilitaron el afianzamiento, también, de este modelo de magistratura en la región, como su proximidad con las oligarquías y los grupos dominantes y la dependencia económica de los otros poderes públicos.

2. Al juez que bebió de las fuentes de la tradición del *civil law* y de los movimientos constitucionales de Europa continental se le llamó, en esta investigación, el juez sacralizado, una figura situada por encima de los problemas que la sociedad resuelve a través de los otros órganos públicos. El juez sacralizado reivindicó un halo sacerdotal, pero debilitó, al tiempo, las posibilidades de que mediante la magistratura se pudieran alcanzar respuestas que reconocieran y ofrecieran alternativas para los grandes dilemas sociales.

Empero, y a contramano de esta imagen descrita, que se corresponde con el estilo judicial tradicional, en los últimos años se ha advertido una transformación en el impacto que, en muy diversos ámbitos, tienen los jueces. El cambio, se argumentó en el capítulo primero, pasa por hacer una relectura del viejo principio de separación de poderes.

La posición asumida es que los países democráticos contemporáneos, más que una división de poderes, han diseñado, al menos teóricamente, un modelo constitucional de *check and balances*, con lo cual “invadir” de alguna forma es no sólo irremediable, sino también necesario, es la ruta para evitar abusos y excesos. Cosa distinta es que a lo largo de los siglos el poder judicial haya ejercido un papel sumiso de cara a los otros dos poderes del estado. Los acentos, con relación al rol de la justicia, se explican en tradiciones jurídicas distintas, cuyo desarrollo, ciertamente, fue posible en ambientes también distintos.

Con las matizaciones que se hicieron en ese primer capítulo, se entendió que si el poder público se asume como dividido y ejercido por actores –gobernantes- a los que se les asignan funciones específicas que se cruzan entre sí, habría que aceptar que los jueces ejercen también el gobierno, que los jueces gobiernan y, en consecuencia, que los jueces son también gobernantes. La afirmación, se aceptó, puede sonar, en atención al perfil descrito, algo atrevida. Sin embargo, una serie de acontecimientos acaecidos en los las últimas décadas –como el nacimiento del estado social, la regulación positiva de los derechos fundamentales, la historia de abusos del poder por parte de quienes lo han detentado, etc.- pueden explicar el punto de quiebre en el ejercicio de la magistratura y esta relectura, en lo que a ella atañe, del principio de separación de poderes.

3. El cambio se vio acelerado con la creación de los tribunales constitucionales o con su reinstauración en Europa, después de la II Guerra Mundial. Con la justicia constitucional hubo un fortalecimiento de la visibilización del juez como actor político. La creatividad jurisprudencial aumentó, dadas las características de estos tribunales. El rutilante desarrollo de los tribunales constitucionales durante la segunda mitad del siglo XX llegó a América Latina, aunque con diferencias muy significativas en cuanto a su diseño institucional.

Aparcadas las diferencias puntuales entre los modelos de justicia constitucional de América Latina y Europa; que merecerían, ciertamente, un tratamiento completo en futuras investigaciones, lo destacable, sin duda, es que los tribunales constitucionales de los países de influencia románica nacen de contextos donde los jueces se distinguieron por tener unas ciertas características. La mayoría de ellas francamente opuestas al perfil que se le ha dado, o ha asumido, la jurisdicción constitucional con el transcurrir de los años.

4. La transformación que, se convino, ha experimentado la judicatura en las últimas décadas hizo que se fueran instalando nuevos conceptos que intentan describir este fenómeno que dio paso al juez cogobernante: judicialización de la política, activismo judicial, politización de la justicia, etc. Todos estos conceptos participan de una característica común, describir una forma en la que los jueces se involucran en los asuntos políticos y principalmente los jueces constitucionales. En la tesis se consideró indispensable fijar con claridad los alcances de estos conceptos.

Se entendió que el término politización de la justicia se da cuando los entes estatales, de forma irregular, utilizan al poder judicial para obtener objetivos espurios. Esta utilización surge básicamente por situaciones de debilidad institucional en las que se agrietan principios elementales, como la independencia judicial y las garantías de estabilidad. Frente a este escenario los sistemas de justicia se convierten en un botín más, a manos de políticos y miembros de otros poderes del estado

Cuando se habla de activismo judicial y de judicialización de la política se busca retratar un comportamiento institucional distinto. Es frecuente encontrar que estas expresiones han sido empleadas por algunos autores como términos equivalentes. Sin embargo, en la tesis se estimó que era necesario fijar diferencias y otorgar un significado particular a cada una.

5. En la judicialización de la política, se concluyó, el elemento crucial es el desplazamiento que se hace hacia el poder judicial de algunos temas, para que sean evaluados por los jueces. La judicialización de la política implica, en síntesis, otorgar a las cortes una determinada labor de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se solventaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo. Llevan razón los autores que consideran que un ejemplo de judicialización de la política es el surgimiento de tribunales constitucionales, los cuales tienen *per se* la función de

controlar, con arreglo a la constitución política, las normas emitidas por los poderes del estado.

El desplazamiento, se avanzó, tiene fundamentalmente dos dimensiones. Una dimensión que se llamó institucional, ocurre cuando algunas de las decisiones de los otros poderes del estado pasan por el filtro del poder judicial. En esta dimensión habría que incluir los mecanismos a través de los cuales órganos estatales o partidos políticos pueden cuestionar decisiones de los poderes estatales para que sean los jueces quienes las examinen. La otra dimensión, se llamó ciudadana, se da cuando las personas, individualmente o a través de grupos organizados, objetan decisiones del estado ante los jueces o cuando articulan sus intereses a través de demandas que llevan ante las cortes para que sean resueltas allí.

6. El activismo judicial describe una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo. No basta el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control. Precisada la diferencia, en la tesis se ha creído conveniente proponer una definición de activismo judicial.

Así, el concepto de activismo judicial, desarrollado en el capítulo segundo, fue el siguiente: tipo de relación que establecen los jueces -constitucionales- con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. El núcleo esencial es la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.

Sobre la base de ese concepto, a fin de poder utilizarlo como mecanismo de medición del activismo judicial, la definición fue operacionalizada en cinco indicadores. Los indicadores fueron: contestación de los actos de los otros poderes, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas, utilización de sentencias interpretativas o moduladoras, definición o redefinición de una política pública y decisión ultra petita.

7. Establecida la diferenciación entre judicialización de la política y activismo judicial, se formuló una tipología de juez a partir del cruce de aquellos conceptos. Una corte puede ser ejemplo de una alta judicialización de la política y ser poco activista. Podría darse el caso, además, de que haya poca judicialización de la política y alto activismo judicial, o bien, poca judicialización de la política y poco activismo judicial. Por último, que se esté en presencia de una alta judicialización de la política y de un alto activismo judicial. Los cuatro tipos de juez son: juez custodio, juez delegado, juez interventor y juez gestor.

La intención que subyace a la tipología radicó en describir el comportamiento de los jueces, sea que formalmente hayan recibido, o no, el encargo de vigilar el funcionamiento de los otros órganos del estado. En función de la clasificación se va desde un juez cuyas preferencias compiten con las de los otros actores y utiliza los mecanismos de control que le han sido concedidos para hacerlas prevalecer, hasta otro, sometido a la voluntad de los poderes y que se abstiene de intervenir en los asuntos resueltos en otros espacios políticos, porque entiende que su función consiste en ser un aplicador de la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo.

8. El debate sobre las ventajas y desventajas de la también llamada expansión judicial no fue, como no podría ser de otra manera, ignorado en la investigación. La discusión es compleja, en tanto fue posible encontrar desde la defensa más

apasionada, hasta la condena menos indulgente contra un mayor involucramiento de los jueces. Si bien la posición adoptada, desde el comienzo de la tesis, es que nada impide, salvo los resabios de un pasado que los subordinó, a que los jueces puedan participar de las grandes decisiones y que sus preferencias compitan con las de los otros actores, con los que comparten el poder público, no puede negarse que algunas de las críticas son razonables y deben ser tomadas, seriamente, en cuenta. Por ejemplo, el riesgo de una parálisis decisoria o los costes económicos de las decisiones judiciales.

Es difícil zanjar el debate con una postura que se reduzca a un sí o a un no. Posiblemente, partiendo de que las relaciones entre los actores políticos son dinámicas, lo mejor sea superar una polémica, que muchas veces se ha reducido al plano teórico, para examinar casos nacionales, en concreto.

9. Es la necesidad de pasar de lo teórico a lo empírico lo que justificó que del tercer capítulo en adelante el análisis, finalmente, se centrara en el estudio de dos tribunales constitucionales latinoamericanos, la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional costarricense. Dos tribunales constitucionales a los que la doctrina ha categorizado como ejemplos de protagonismo judicial.

Ambas cámaras, que pese a encontrarse en países con diferencias políticas e históricas muy significativas, las cuales pareciera no tener la vocación de explicar el comportamiento similar de sus tribunales constitucionales, evidenciaron también algunos rasgos en común. Debe subrayarse uno de ellos, tradicionalmente, tanto en Colombia como en Costa Rica, el juez tuvo un discreto desenvolvimiento. Su relación con los otros poderes del estado se construyó sobre la premisa de una estricta visión del principio de separación de poderes.

10. La Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional costarricense no sólo poseen, cuantitativamente, muchas competencias, algunas ejercidas *a priori* y

otras *a posteriori*, varias de ellas se ejercen de oficio. La Corte es ejemplo de un modelo de justicia constitucional mixto, porque en materia de protección de derechos fundamentales los jueces ordinarios intervienen en una primera instancia y la Sala de un modelo concentrado, todos los procedimientos son resueltos, exclusivamente, por ella. Aunque hay matices, la conclusión general a la que llevó su análisis, en el cuarto y el quinto capítulos, es similar: dos órganos con vías de ingreso muy amplias para el ejercicio del control de la constitucionalidad. El punto más relevante de este procedimiento es la participación ciudadana, un aspecto inusitado si se compara con el modelo austriaco de control de constitucionalidad, donde lo común es que sean actores políticos los únicos órganos legitimados para cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

Cuando se valora el desempeño de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica se reconoce que con ellas aumentaron los controles sobre el ejercicio del poder, al mismo tiempo que se blindaron, como nunca antes, los derechos fundamentales contenidos en las constituciones políticas. Empero, también se les acusa de un desmedido protagonismo que ha provocado un desorden institucional y ha lesionado la seguridad jurídica porque las decisiones las toman los magistrados constitucionales y no los poderes representativos.

11. El estudio empírico, presentado en el último capítulo, permitió que se analizara el trabajo de los dos tribunales durante aproximadamente veinte años en el ejercicio del control constitucional de las normas. Los resultados confirmaron que, en efecto, ambos reflejan una alta judicialización de la política. Es innegable que la Corte y la Sala se convirtieron, en dos décadas, en actores decisivos. Muchos temas fueron llevados hasta ellas para resolverlos en definitiva.

Lo que también atestigua el estudio es que los órganos examinados no han practicado un activismo judicial desproporcionado. Las críticas, recogidas en el capítulo cuarto, parecieran, por el contrario, la reacción de quienes no estaban demasiado familiarizados con la noción de una judicatura actuando como

contrapeso. Las acusaciones que apuntan a un gobierno de los jueces en Colombia y en Costa Rica si parecen, en cambio, desmedidas y no ajustarse a la realidad.

El resultado visto en términos cuantitativos es que el activismo judicial de los tribunales constitucionales no ha sido alto. Sin embargo, su incidencia dentro de los sistemas políticos respectivos es contundente. Esta transformación, como se indicó, no obedece a que los tribunales se hayan “metido en todo”, ni a que hayan despojado los espacios de los otros poderes. La realidad registrada en el trabajo empírico no se corresponde con esas imputaciones.

Es verdad que la justicia constitucional de Colombia y de Costa Rica ha contribuido notablemente, como se ha reseñado, a proteger los derechos y a fiscalizar posibles abusos de poder de los otros órganos estatales, fijando los cotos frente a excesos del legislativo o del ejecutivo; los dos grandes vectores del activismo judicial de los tribunales estudiados. Muchas de las decisiones comentadas lo han acreditado así. También se han proferido decisiones polémicas, como la muchas veces citada sentencia sobre la fertilización *in vitro* de la Sala Constitucional, que evidencian los propios límites de las cortes.

A propósito del tema de los límites, se analizaron resoluciones en las que se señaló que algunas sentencias calificadas como activistas, ofrecieron soluciones que deberían tenerse por insuficientes o, incluso, problemáticas. Este aspecto es crucial porque desmonta también la creencia de que la expansión judicial implicaría la salida a los problemas de las sociedades, incluidas, desde luego, las latinoamericanas, entrampadas en la histórica ineficacia de muchas de sus instituciones.

Al hilo de la fábula, narrada al comenzar el primer capítulo, sobre los jueces de Berlín, un rey y un molinero, podría decirse, parafraseando al último de los personajes, que “aún hay jueces constitucionales en Bogotá, aún hay jueces constitucionales en San José”. Pero esto no basta. En resumen, que deviene en absolutamente imprescindible el concurso del estado en su totalidad para dar respuesta a las demandas que se van suscitando. Bregar una democracia no puede ser, tampoco, únicamente cosa de jueces.

12. Al llegar a este momento, se concluye que la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica son dos ejemplos de tribunales que rompieron con una dilatada tradición de sometimiento a los otros poderes. Lo han hecho así a lo largo de su existencia. Sin embargo, su preminencia descansa, más que en un frenético activismo judicial, mayor en el órgano colombiano, en la responsabilidad protagónica que les fue otorgada, gracias a un robusto diseño institucional que permite que prácticamente cualquier decisión, relevante o no, pueda someterse al escrutinio de los jueces.

Se insistió, al inicio del último capítulo, que analizar conceptos como activismo judicial exige, algo que no se hace con demasiada frecuencia en los estudios jurídicos, revisar el comportamiento de los jueces en lo que constituye su trabajo, dictar sentencias. A lo largo de las páginas anteriores se ha penetrado en el trabajo de los jueces constitucionales de Colombia y de Costa Rica al ejercer el control de constitucionalidad.

Se hizo una revisión de cerca de 1500 sentencias. El escrutinio ha permitido conocer el modo en que las distintas expresiones que, de acuerdo a la literatura, son manifestación de activismo judicial, han estado presentes en estas cámaras. Se ha podido conocer cómo fue ejercido, por aproximadamente dos décadas, el activismo judicial de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional en la contestación de actos de los otros poderes del estado, en la ampliación o reconocimiento de derechos, en la utilización de sentencias interpretativas, en la definición de políticas públicas y en la concesión de más de lo solicitado por quien acudió a ellas.

No interesa repetir los hallazgos obtenidos del examen empírico, lo cual implicaría alargarse innecesariamente. La conclusión más significativa, aparte del recorrido que se hizo por las resoluciones y la sistematización según los indicadores, seguramente se encuentre en que los resultados al romper un mito, creado alrededor de estos tribunales por su presunto híper activismo, deja abierta la puerta de la investigación a cuatro asuntos, principalmente, uno, a extender el estudio a los procedimientos de protección de derechos fundamentales de las cámaras, dos, a

proponer un debate, libre del apasionamiento que puede generarse al calor de una sentencia concreta, acerca de la conveniencia, o no, de redefinir algunas de las competencias de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional, tres, a aplicar estos indicadores a otros tribunales de la región para profundizar en el comportamiento de la justicia constitucional de América Latina; un abordaje que se ha limitado, según se pudo constatar al hacer la revisión bibliográfica, a poco más que describir las normas procedimentales que las regulan y las competencias asignadas y, cuatro, adaptando los indicadores de activismo judicial, indagar si el tipo de juez, representado por los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica, ha contagiado a otras ramas de la judicatura; el comportamiento del juez constitucional colombiano y del juez costarricense no es suficiente para generalizar una redefinición de lo que hacen los jueces de todo el sistema judicial de esos países.

Al comienzo de la tesis, se decía, fue formulada una pregunta, ¿son ejemplo de activismo judicial los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica? Al acabarla, la respuesta es afirmativa. Han sido, al ejercer el control judicial de las normas, órganos activistas. Pero también han sido, y esto la mayoría de las veces, deferentes a los otros poderes del estado. Responder de esta forma permite tener por analizados todos los puntos propuestos al iniciar la investigación. Sin embargo, como no podría ser distinto al examinar instituciones judiciales, abre nuevos flancos de examen con los que habrá de encontrarse en el futuro, al menos, si el propósito es saber qué hacen nuestros sistemas de justicia.

Bibliografía

Libros y revistas

AGIUS (Carmel) y GROSSELFINGER (Nancy). *The judiciary and politics in Malta*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 381-402.

AGUILAR MOYA (Rodrigo) y BERMÚDEZ CHAVES (Carlos). *La potestad reglamentaria del poder ejecutivo en relación con el principio de reserva de ley a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, San José, 1997.

AHUMADA RUÍZ (Marian). *La expansión del control de constitucionalidad*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2007, pp. 101-149.

AHUMADA RUÍZ (Marian). *La jurisdicción en Europa*, Editorial Civitas, Navarra, 2005.

ALCÁNTARA SÁEZ (Manuel). *Sistemas políticos de América Latina*, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

ALEXY (Robert). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALIVITAZOS (Nicos). *Judges and veto players*, en: Döring (Herbert) edr. *Parliaments and majority rule in Western Europe*, Saint Martin Press, 1995, pp. 566-591.

ALMOVIST (Jéssica) y ESPÓSITO (Carlos). *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

ANDRÉS IBAÑEZ (Perfecto). *¿Qué cultura constitucional de la jurisdicción?* en: Gutiérrez-Alviz Conradi (Faustino) y Martínez Lázaro (Javier) eds. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 301-317.

ANDRÉS IBAÑEZ (Perfecto) y ALEX Y (Roberto). *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ (Perfecto). “El velo de la justicia” en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, pp. 57-74.

ANDREUT (Armando). *La sentencia judicial*, en: Ghirardi (Olsen) edr. *El razonamiento judicial*, Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2001, pp. 59-81.

ANSOLABEHERE (Karina). *More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico*, en: Couso (Javier), Huneeus (Alexandra) y Sieder (Rachel) eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 78-111.

ANSOLABEHERE (Karina). “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, FLACSO, número 22, abril, México, 2005, pp. 39-63.

ARAGÓN REYES (Manuel). *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2009.

ARANGO (Rodolfo). *Constitucionalismo Latinoamericano*, en: Von Bogdandy (Armin), Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Morales Antoniazzi (Mariela) eds, *La justicia constitucional y su internalización*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 3-24.

AUTEL BARROS (José Luis). *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, CEDECS Editorial, Barcelona, 1998.

BACHOF (Otto). *Jueces y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

BALAGUER CALLEJÓN (María Luisa). *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BARAK (Aharon). *The judge in a democracy*, Princeton University, New Jersey, 2006.

BARILE (Paolo). *Poder Judicial y sociedad civil en las democracias contemporáneas*, en: _____. *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales*, Editorial UNAM, México, 1977, pp. 74-81.

BARKER (Robert). “Stability, activism and tradition: the jurisprudence of Costa Rica’s Constitutional Chamber”, *Duquesne Law Review*, volumen 45, número 3, 2007, pp. 523-555.

BAUM (Lawrence). *The puzzle of judicial behavior*, University of Michigan Press, Estados Unidos, 2005.

BAUM (Lawrence). *American Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990.

BELLAMY (Richard). *Constitucionalismo Político*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

BICKEL (Alexander). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.

BLASCO SOTO (María del Carmen). *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

BOBBIO (Norberto). *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BOBBIO (Norberto) y Matteucci (Nicola). *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1981.

BONILLA PARDO (Guido). *Justicia para la justicia: violencia contra jueces y abogados en Colombia*, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Andina de Juristas de Colombia, Bogotá, 1992.

BOSCÁN CARRASQUERO (Guillermo). “Judicialización y politización en América Latina: una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos”, *Revista Cuestiones Jurídicas*, volumen 4, número 2, julio-diciembre 2010, pp. 51-83.

BOUZAT (Gabriel). *El control constitucional: un estudio comparado*, en: _____, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 69-96.

BRENES BARAHONA (Amelia). *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional: Los casos de Costa Rica y Nicaragua*, Tesis para optar al grado de máster, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca, 2010.

BRENES VILLALOBOS (Luis Diego). *El rol político del juez electoral: El Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, España, 2012.

BREWER CARÍAS (Allan). *La justicia constitucional en América Latina*, en: _____. *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 466-517.

BUSTOS GISBERT (Rafael). *La Constitución Red: un estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*, Editorial Oñati: IVAP, Bilbao, 2005.

CÁCERES CORRALES (Pablo). *Crítica constitucional*, Editorial del Banco de la República, 1989.

CALAMANDREI (Prieto). *Proceso y democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

CÁMARA VILLAR (Gregorio). “Justicia y política en la España democrática: a propósito de los llamados jueces estrella y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, número 47, 2000, España, pp. 27-52

CAPELLA (Juan Ramón). *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas: consideraciones oblicuas*, Editorial Fontanell, Barcelona, 1970.

CAPPELLETTI (Mauro). *The judicial process in comparative perspective*, Clarendon Press Oxford, 1989.

CAPPELLETTI (Mauro). *Giudici legislatori?* Dott. A. Giuffré Editore, Milán. 1984.

CAPPELLETTI (Mauro). *Judicial Review in the contemporary world*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971.

CARDOZO (Benjamin). *La naturaleza de la función judicial*, Editorial Comares, Granada, 2004.

CARAZO ZELEDÓN (Rodrigo). *La justicia como garante de los derechos humanos en Costa Rica: la visión de la Defensoría de los Habitantes de la República*, en: Zaffaroni (Eugenio) edr. *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, ILANUD, San José, 1996, pp. 128-136.

CARBONELL (Miguel). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010, pp. 153-164.

CARBONELL (Miguel) y GARCÍA JARAMILLO (Leonardo). *Desafíos y retos del canon neoconstitucional*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010, pp. 11-30.

CARBONELL (Miguel). Prólogo, en: Guastini (Riccardo). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, México, 2008p. 9.

CASTAÑO ZULUAGA (Luis Ociel). *El constitucionalismo colombiano en sus orígenes*, Editorial Panibérica Ltda, Colombia, 2008.

CASCAJO CASTRO (José Luis) y GIMENO SENDRA (Vicente). *El recurso de amparo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). *La posición del juez en Costa Rica*, en: Zaffaroni (Eugenio) edr. *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, ILANUD, San José, 1996, pp. 68-127.

CEPEDA ESPINOSA (Manuel José). *El juez de tutela como juez constitucional: qué ha cambiado en 15 años de construcción de una jurisdicción constitucional*, en: _____, *III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2006, pp. 337-365.

CEPEDA ESPINOSA (Manuel José). *Derecho Constitucional Jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Editorial Legis, Bogotá, 2001.

CERDAS CRUZ (Rodolfo). *El desencanto democrático: crisis de partidos y transición democrática en Centroamérica*, Editorial REI, San José, 1993.

CHASQUETTI (Daniel). *Democracia, presidencialismo y partidos políticos en América Latina: evaluando la difícil combinación*, Ediciones CAUCE, Uruguay, 2008.

CLAVERO (Bartolomé). *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

CLAVIJO (Sergio). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Editorial Alfa y Omega, Colombia, 2001.

COLLIER (David) y MAHON (James). “Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis”, *American Political Science Review* 87/4, diciembre, 1993, pp. 845–855.

CORCHETE (María José). “Derechos Fundamentales”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 20, II semestre, España, 2007, pp. 535-556.

CORREA (Jorge). *Judicial reforms in Latin America: good news for the privileged*, en: Méndez (Juan), O' Donnell (Guillermo) y Sérgio Pinheiro (Paulo) eds. *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame, Indiana, 1999, pp. 257-279.

CORTÉS NIETO (Johanna Pilar). *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control de constitucionalidad como mecanismo de protección de derechos humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009.

COURTIS (Christian). *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2009.

COURTIS (Christian). *Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en: Ojesto (Fernando), Orozco (Jesús) y Vázquez (Rodolfo) eds. *Jueces y Política*, Editoria Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 59-84.

COURTIS (Christian). *Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, pp. 389-417.

COURTIS (Christian). “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en *Nexos*, número 329, mayo, México, 2005, p. 37.

COUSO (Javier), HUNEEUS (Alexandra) y SIEDER (Rachel) eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 3-24.

COUSO (Javier). *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Great Britain, Ashgate, 2006, pp. 61-82.

COUSO (Javier). *The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was*, en: Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan) eds. *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 105-131.

COUSO (Javier). “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencias Políticas*, volumen 24, número 2, 2004, Chile, pp. 29-48.

CRUZ VILLALÓN (Pedro). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

CRUZ VILLALÓN (Pablo), LÓPEZ GUERRA (Luis), JIMÉNEZ CAMPO (Javier) y PÉREZ TREMPES (Pablo). *Los procesos constitucionales: segundo simposio de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992.

CRUZ MANACA (Rogelio). *Correlates of Judicial Negation: When Do Gavel Go Against the Guns?* Paper prepared for presentation at the Annual Conference of the Southern Political Science Association, January, 2006.

D' ATENA (Antonio). "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 1, enero-junio, 2004, Granada, pp. 293-306.

DA SILVA RAMOS (Elival). *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

DAHL (Robert). *La poliarquía*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

DALLA VIA (Alberto). *Los jueces frente a la política*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto) y Uprimny (Rodrigo) eds. *Los jueces entre el derecho y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2008, pp. 63-79.

DAMASKA (Mirjan). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DE ANTONIO GÓMEZ (Alberto). *Pedagogía constitucional: un análisis jurídico de la constitución de 1991*, Editorial Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2001.

DE ASÍS (Rafael). *El juez y la motivación en el derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

DE SOUSA SANTOS (Boaventura) y GARCÍA VILLEGAS (Mauricio). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.

DEAS (Malcom). "Algunas notas sobre la historia del caciquismo en Colombia", *Revista de Occidente*, número 127, Madrid, 1973, pp.118-140.

DIEZ PICAZO (Luis-María). *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

DI FEDERICO (Giussepe). *Italy: A peculiar case*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 233-242.

DÍAZ REVORIO (Francisco Javier). *La Constitución como orden abierto*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

DOMINGO (Pilar). *Novel Appropriations of the Law in the Pursuit of Political and Social Change in Latin America*, en: Couso (Javier), Huneus (Alexandra) y Sieder (Rachel), eds. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 254-279.

DOMINGO (Pilar). *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores*, en: Pásara (Luis) edr. *Los actores de la justicia latinoamericana*, Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 147-168.

DOMINGO (Pilar). *El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México*, en: Palacio (Juan Manuel) y Candiotti (Magdalena) eds. *Jueces, políticos y derechos en América Latina*, Editorial Prometeo, Buenos Aires, 2007, pp. 27-44.

DOMINGO (Pilar). "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, volumen 11, número 1, 2004, pp. 104-126.

DUEÑAS RUIZ (Óscar José). *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008.

DWORKIN (Ronald). *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.

EDELMAN (Martin). *Israel*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 403-416.

ELY (John). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

EPP (Charles). *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

ESCOBAR GIL (Rodrigo). “El papel de la Corte Constitucional”, *Revista Javeriana*, abril, 2004, Bogotá, pp. 12-20.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (Eloy). “Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana”, *Estudios Constitucionales*, noviembre, volumen 4, número 002, Santiago de Chile, 2006, pp. 203-220.

ESPINOZA SOLANO (Herbert) y RAMÍREZ LEÓN (Karla). *La ejecución de las resoluciones de la Sala Constitucional*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, San José, 2001.

ESTRADA (Alexis Julio). *Las Ramas Ejecutiva y Judicial en la Constitución colombiana de 1991*, Universidad del Externado, Bogotá, 2003.

FAJARDO SÁNCHEZ (Luis Alfonso). *Utopía y jurisprudencia constitucional*, Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010.

FEREJOHN (John), ROSENBLUTH (Frances) y SHIPAN (Charles). *Comparative Judicial Politics*, en: Boix (Charles) y Stokes (Susan) eds. *The Oxford Handbook of comparative politics*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 727-752.

FEREJOHN (John). *Judicialización de la política, politización de la ley*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo) eds. *Los jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá. 2008, pp. 9-39.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (José Julio). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO (Francisco). *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO (Francisco). “Los inicios del control de constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 49, año 17, enero-abril, 1997, España, pp. 93-118.

- FERRAJOLI (Luigi). *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI (Luigi). *Sobre los derechos fundamentales*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, pp. 71-90.
- FERRARO (Agustín). *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009.
- FERRARO (Agustín). *El censor de la democracia: Problemas de legitimidad en la justicia constitucional en América Latina*, en: _____. *Instituciones, legalidad y estado de derecho en la transición mexicana*, Editorial Fondevila-Fontamara, México, 2005, pp. 201-249.
- FERRER MAC-GREGOR (Eduardo). *Derecho procesal constitucional: origen científico (1928-1956)*, Editorial Marcial Pons, México, 2008.
- FERRERES COMELLA (Víctor). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011.
- FERRERES (Victor). *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- FIORAVANTI (Maurizio). *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FIORAVANTI (Maurizio). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- FISS (Owen). *¿Por qué el Estado?* en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, pp. 105-120.
- FISS (Owen). "The forms of justice", *Harvard Law Review*, volume 93, número 1, 1979, pp. 1-58.
- FIX FIERRO (Héctor). *Judicialización de la política*, en: _____. *Justicia Constitucional Electoral*, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de

Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo VII, Morelia, 2002, pp. 7-10

FIX (Héctor). "El Poder Judicial", *Revista Jurídica UNAM*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 3, México, 1999, pp. 170-187.

FIX ZAMUDIO (Héctor). *La legitimación democrática del juez constitucional*, en: Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Molina Suárez (César). *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, Tomo I, Editorial UNAM, 2009, pp. 135-183.

FUENTES HERNÁNDEZ (Alfredo). *La reforma en Colombia: tendencias recientes 1991-2003*, en: Pásara (Luis) edr. *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2004, pp. 141-194.

FUENTES LÓPEZ (Adriana). *Corte Constitucional y políticas públicas*, trabajo presentado como requisito para obtener el título de especialista en derecho constitucional, Universidad Nacional, Colombia, 2005.

GARAPON (Antoine). *El poder inédito de los jueces*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, pp. 369-388.

GARAPON (Antoine). *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, España, 1997

GALLIGAN (Brian). *Judicial activism in Australia*, en: Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, 1991, pp. 70-89.

GARCÍA AMADO (Juan Antonio). *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, pp. 237-264

GARCÍA BELAUNDE (Domingo) y Fernández Segado (Francisco). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

GARCÍA MARTÍNEZ (María Asunción). *El recurso de inconstitucionalidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1992.

GARCÍA PASCUAL (Cristina). *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons El Magnànim, Valencia, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ (Sergio). *Jurisdicción interamericana sobre derechos humanos*, en: Von Bogdandy (Armin), Ferrer Mac-Gregor (Eduardo) y Morales Antoniazzi (Mariela) eds. *La justicia constitucional y su internalización*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 355-402.

GARCÍA VILLEGAS (Mauricio). *Jueces sin Estado*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

GARGARELLA (Roberto). *200 años de constitucionalismo en América Latina*. Obra inédita, fue proporcionada por el autor durante un Seminario de Ciencia Política de la Universidad de Salamanca, 1 de febrero de 2012.

GARGARELLA (Roberto), DOMINGO (Pilar) y ROUX (Theunis) eds. *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Ashgate, Great Britain, 2006.

GARGARELLA (Roberto). *Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights* en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Ashgate, Great Britain, 2006, pp. 13-35.

GARZÓN VALDÉS (Ernesto). *Derecho y democracia en América Latina*, en: Carbonell (Miguel) y Vásquez (Rodolfo) eds. *El Estado de Derecho: dilemas para América Latina*, Editorial Palestra, Lima, 2009, pp. 145-182.

GASCÓN ABELLÁN (Marina). “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 14, número 41, mayo-agosto, España, 1994, pp. 63-68.

GINSBURG (Tom). *Judicial Review in new democracies: constitutional courts in asian cases*, Cambridge University, New York, 2003.

GIRALDO (Fernando). *Sistema de partidos políticos en Colombia*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2003.

GIRALDO ÁNGEL (Jaime), OROZCO (Iván) y UPRIMNY (Rodrigo). *Justicia y Sistema Político*, Universidad Nacional, Bogotá. 1997.

GLOPPEN (Siri), *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*, en: Gargarella (Roberto) Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Ashgate, Great Britain, 2006, pp. 35-60.

GÓMEZ MEJÍA (Santiago). *Partidos políticos, construcción nacional y conflicto armado en Colombia*, Institut de ciències polítiques i socials, Barcelona, 2006.

GONZÁLES RIVAS (Juan José). *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

GRANDE YÁÑEZ (Miguel). *Independencia judicial: problemática ética*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

GUARNIERI (Carlo). *Guiztiza e politica: I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003.

GUARNIERI (Carlo) and PEDERZOLI (Patricia). *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford University, New York, 2002.

GUARNIERI (Carlo) y PEDERZOLI (Patrizia). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Editorial Taurus, Madrid, 1997.

GUASTINI (Riccardo). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, México, 2008.

GUASTINI (Riccardo). *Estudios de teoría constitucional*, Editorial UNAM/Fontamara, México, 2003.

GUEVARA PUENTES (Gladys) y GRANADOS SARMIENTO (Ricardo). *Estructura y cultura organizacional de la Rama Judicial*, Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2006.

GUTIÉRREZ (Carlos José). *Evolución de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en: _____ . *Seminario sobre justicia constitucional: III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 1993, pp. 171-211.

HABERLE (Peter). *El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania*, en: Fix-Zamudio (Héctor) y Ferrer Mac-Gregor (Eduardo). *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM, México, 2006, pp. 695-760.

HÄBERLE (Peter). *El Estado Constitucional*, Traducción Héctor Fix, Universidad Autónoma de México, México, 2001.

HART (Herbert). “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Revista Sistema*, número 36, mayo, 1980, pp. 3-18.

HELMKE (Gretchen). *Courts under Constraints: judges, generals and presidents in Argentina*, Cambridge University, Cambridge, 2005.

HELMKE (Gretchen) y RÍOS-FIGUEROA (Julio). *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2011.

HENAO HIDRÓN (Javier). *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2003.

HERDEGEN (Matthias). *La Corte Constitucional en la relojería del Estado de Derecho*, en: Samín Restrepo (Ricardo) edr. *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá, 2006, pp. 65-80.

HERNÁNDEZ RAMOS (Mario). *La relevancia del contenido constitucional en la admisión del recurso de amparo: aportaciones de la experiencia de los casos estadounidense y alemán al caso español*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, España, 2008.

HERNÁNDEZ RAMOS (Mario). “Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales”, *Revista de las Cortes Generales*, número 73, 2008, España, pp. 31-68.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y Consolidación Democrática*, Suprema Corte de la Nación, México, 2007, pp. 319-359.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*, Editorial Juricentro, San José, 1978.

HERREO (Alvaro). “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”, *Revista Política*, volumen 49, número 1, Chile, 2011, pp. 71-106.

HERRERA LLANOS (Wilson). *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Uninorte, Barranquilla, 2004.

HESSE (Konrad). *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HOLLAND (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, 1991.

IBÁÑEZ NAJAR (Jorge Enrique). *Corte Constitucional: ¿autoridad económica?* en: Molina Betancur (Carlos Mario) edr. *Corte Constitucional 10 años: balances y perspectivas*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2001, pp. 235-243.

ITURRALDE SESMA (Victoria). *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ITURRALDE SESMA (Victoria). *El precedente en el common law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

JARAMILLO ZULETA (León José). “¿La judicialización de la política?”, *Revista Consigna*, número 465, año 24, III Trimestre, Bogotá, 2000, pp. 54-60.

JIMÉNEZ ASENSIO (Rafael). *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005.

JURADO (Julio). “Críticas a la Sala Constitucional”, *La Nación (Periódico)*, jueves 23 de abril de 2009.

KECK (Thomas). *The most activist Supreme Court in history the road to modern judicial conservatism*, University of Chicago Press, Chicago, 2004.

KELSEN (Hans). *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Granada, 2002.

LAMBERT (Edouard). *El gobierno de los jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

LANDAU (David). "Political institutions and judicial role in comparative constitutional law", *Harvard International Law Journal*, volumen 51, número 2, 2010, pp. 320-377.

LANDFRIED (Christine). *Germany*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 307-324.

LE SUEUR (Andrew). *Building the UK's new supreme court: National and comparative perspectives*, Oxford University Press, New York, 2007.

LEHOUCQ (Fabrice). *Institutos democráticos y conflictos políticos en Costa Rica*, Editorial Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, 1998.

LINARES (Sebastián). *Apuntes de seminario de ciencia política*, Doctorado en Procesos Políticos Contemporáneos, Universidad de Salamanca, 2011.

LINARES (Sebastián). *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

Linares (Sebastián). "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", *Revista Isonomía*, número 28, abril, México, 2008, pp. 49-179.

Linares (Sebastián). *La independencia judicial: conceptualización y medición*, en: Burgos (German) edr. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Colección Textos de aquí y ahora. Bogotá, 2003, pp. 108-166.

LIJPHART (Arend). *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Editorial Ariel, Barcelona, 2008.

LOGUADO DUCA (Arturo Claudio). “La formación del Estado y la nación en Colombia”, *Revista Memoria y sociedad*, volumen 6, número 11, abril, Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pp. 108-109.

LÓPEZ DAZA (German Alfonso). *La justicia constitucional ¿un gobierno de los jueces?* Editorial Universidad Surcolombiana, Colombia, 2005.

LÓPEZ MEDINA (Diego Eduardo). *El derecho de los jueces*, Editorial Legis, Bogotá, 2006.

LÓPEZ MICHELSEN (Alfonso). “¿Los jueces están gobernando o estamos frente a una revolución del derecho?”, *Revista Consigna*, año 24, número 465, III Trimestre, Bogotá, 2000, pp. 18-22.

LÓPEZ ULLA (Juan Manuel). *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

LÖSING (Norbert). *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Konrad Adenauer, Madrid, 2004.

LÖSING (Norbert). *La Sala Constitucional de Costa Rica: ejemplo de una exitosa jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 1995, pp. 219-227.

MARÍN (José Ángel). *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

MARTÍ (José Luis). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2006.

MASSÉ NARVÁEZ (Carlos) y SANDOVAL FORERO (Eduardo). *Política públicas y desarrollo municipal*, México, Colegio Mexiquense, 1994.

MARTÍN DE LA VEGA (Augusto). *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz). *La independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ BARAHONA (Elena). *Seeking the Political Role of the Third Government Branch. A comparative approach to High Courts in Central America*, Tesis para optar al grado de doctor, European University Institute, Florencia, 2007.

MARTÍNEZ CABALLERO (Alejandro). *Tipos de sentencias*, en: _____. *La jurisdicción constitucional de Colombia*, Escuela Judicial, Bogotá, 2001, pp. 383-407.

MARTÍNEZ CABALLERO (Alejandro). “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, volumen 2, número 1, Bogotá, 2000, pp. 9-32

MARTÍNEZ ESTAY (José Ignacio). “El sistema europeo-continental de justicia constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 3, número 001, Bogotá, 2005, pp. 152-153.

MARTÍNEZ (Mauricio). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*, Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 2009.

MEJÍA QUINTANA (Oscar). *¿Estado y cultura mafiosa en Colombia?* Universidad Nacional, Bogotá, 2010.

MÉNDEZ (Juan), O’ DONNELL (Guillermo) y SÉRGIO PINHEIRO (Paulo) eds. *The (un) rule of lay and the underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame, Indiana, 1999.

MENDONCA (Daniel) y GUIBOURG (Ricardo). *La odisea constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

MERRYMAN (John Henry). *La tradizione di civil law: analisi di un giurista di common law*, Editorial AG, Varese, 1973.

MOLINA BETANCUR (Carlos Mario). *Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional*, en: Mantilla Espinosa (Fabricio) edr. *Controversias Constitucionales*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2002, pp. 224-266.

MOLINA BETANCUR (Carlos Mario). *¿Limitar o fortalecer la Corte Constitucional?* en: Molina Betancur (Carlos Mario) edr. *Corte Constitucional 10 años: balances y perspectivas*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2001, pp. 297-327.

MONGE CAMPOS (Cristian). “Telecomunicaciones, Apertura y Expectativas”, *Revista El Foro*, Colegio de abogados, número 9, San José, Costa Rica, 2009, pp.5-13.

MONTESQUIEU. *De l' Esprit des Loix*, Texte établi et présenté par Jean Brethe De La Gressaye, Société Les Belles, Lettres, Paris, 1955.

MONTORO PUERTO (Miguel). *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Editorial Colex, Madrid, 1991.

MORA MORA (Luis Paulino). *Historia del poder judicial en la segunda mitad del siglo XX*, Editorial UNED, San José, 2001.

MORELLI RICO (Sandra). *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001.

MORENO RODRÍGUEZ (Diego). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, 2009.

MORESO (José Juan). *La Constitución: modelo para armar*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

MORESO (José Juan). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997

MORLINO (Leonardo). *Democracia y democratizaciones*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2009.

NERUDA (Pablo). *Canto General*, Editorial Ayacucho, Venezuela, 1976.

NEUBORNE (Burt). *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

NIETO (Alejandro). *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

NINO (Carlos). *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en: _____ . *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-140.

NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto). “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales”, *Revista de Derecho*, volumen XIV, julio, 2003, Universidad Austral, Chile, pp. 43-66.

NOHLEN (Dieter). *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, en: Ortiz Mayagoitia (Guillermo) edr. *Tribunales Constitucionales y consolidación democrática*, Suprema Corte de la Nación, México, 2007, pp. 3-51.

O’ DONNELL (Guillermo). *Disonancias: Críticas democráticas a la democracia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007.

O’ DONNELL (Guillermo). *General conclusions*, en: Sieder (Rachel), Schjolden (Line) and Angell (Alan) edr. *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 293-299.

O’DONNELL (Guillermo). “Estado de derecho y democracia en América Latina”, *Revista Isonomía*, número 14, abril, 2001, México, pp. 8-31.

OLANO GARCÍA (Hernán Alejandro). *Constitucionalismo histórico: historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

OLANO GARCÍA (Hernán Alejandro). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, número, 108, diciembre, Bogotá, 2004, pp. 571-602.

OLIVECRONA (Karl). *Lenguaje jurídico y realidad*, Editorial Fontarama, México, 1999.

OSUNA PATIÑO (Néstor Iván). *La importancia de la Corte Constitucional para la justicia colombiana*, en: Bernal Cuellar (Jaime) edr. *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Editorial Universidad del Externado, Colombia, 2003, pp. 49-58.

ORDÓNEZ SOLÍS (David). *El poder, el lenguaje y la argumentación de los jueces españoles en una sociedad europea y global*, en: Gutiérrez-Alviz Conradi (Faustino) y Martínez Lázaro (Javier) eds. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 171- 172.

ORDÓNEZ SOLÍS (David). *Jueces, derecho y política: los poderes del juez en una sociedad democrática*, Editorial Arazandi, Navarra, 2004.

OSUNA PATIÑO (Néstor Iván). *Tutela y Amparo: derechos protegidos*, Universidad del Externado, Bogotá, 1998.

PARODI REMÓN (Carlos). *¿Activismo o garantismo judicial?* en: Robles Garzón (Juan Antonio) y Ortells Ramos (Manuel) eds. *XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo II, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, pp. 467-514.

PÁSARA (Luis). *Tres claves de la justicia en el Perú*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

PÁSARA (Luis). *Ley, Justicia y Sociedad en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2010.

PÁSARA PAZOS (Luis). “Estado de derecho y justicia en América Latina”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República, tomo 1, número 1, 2007, Lima, Perú, pp. 309-323.

PÁSARA (Luis). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2004.

PECES BARBA (Gregorio). *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

PEGORARO (Lucio). *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

PEGORARO (Lucio). “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 4, julio-diciembre, 2004, pp. 131-159.

PEGORARO (Lucio). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.

PERDOMO PÉREZ (Rogelio). *Los abogados de América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

PÉREZ ROYO (Javier). *Curso de derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

PÉREZ ROYO (Javier). *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

PÉREZ TREMPES (Pablo). *Sistema de justicia constitucional*, Editorial Civitas, Pamplona, 2010.

PÉREZ TREMPES (Pablo) y Hernández Valle (Rubén). *La justicia constitucional como elemento de consolidación en la democracia en Centroamérica*, Editorial Tirant lo balnch, Valencia, 2000.

PIZA ESCALANTE (Rodolfo). *Justicia Constitucional y derecho constitucional*, en: _____. *Seminario sobre justicia constitucional, III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 1993, pp. 11-50.

POMBO (Manuel Antonio) y GUERRA (José Joaquín). *Constituciones de Colombia*, Editorial Banco Popular, Bogotá, 1986.

POSNER (Richard). *Cómo deciden los jueces*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

PRIETO SANCHÍS (Luis). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

PRIETO SANCHÍS (Luis). *El constitucionalismo de los derechos*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, pp. 213-236.

PRIETO SANCHÍS (Luis). *Ley, principios derechos*, Editorial Dyckinson, Madrid, 1998.

QUESADA ALPÍZAR (Tomás). *Gobierno de los jueces: interpretación de la teoría democrática liberal por parte de la jurisdicción constitucional en Costa Rica*, Universidad de Costa Rica, San José, 2008.

QUIROGA CUBILLOS (Héctor Enrique). *El concepto de jurisdicciones en la constitución de 1991: sus imprecisiones*, en: _____. *La constitución por construir: balance de una década de cambio institucional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2001, pp. 179-193.

RAMÍREZ CARDONA (Alejandro). *El Estado de la Justicia*, Editorial El Búho, Bogotá, 2001.

REYES BLANCO (Sergio). *El control de constitucionalidad: su evolución en España y Colombia*, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Colombia, 2004.

RODRÍGUEZ (Juan Carlos). *Entre curules y estrados: la consulta preceptiva de reforma constitucional en Costa Rica*, Editorial Investigaciones Jurídica SA, San José, 2002.

ROGOWSKI (Ralf) y GAWRON (Thomas). *Constitutional Courts in comparison*, Berghahn Books, New York, 2002.

ROMÁN JACOBO (Gustavo). “Democracia Electoral e Inclusión Social”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, número 3, San José de Costa Rica, 2007, pp. 1-49.

ROSENBERG (Gerald). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press, Chicago, 1993.

ROUSSEAU (Jean Jacques). *Contrato Social*, Edición Austral, Madrid, 1990.

RUBIO LLORENTE (Francisco). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

RUBIO LLORENTE (Francisco) y JIMÉNEZ CAMPO (Javier). *Estudios sobre justicia constitucional*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.

RUIZ PÉREZ (Joaquín). *Juez y Sociedad*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

SÁCHICA (Luis Carlos) y VIDAL PERDOMO (Jaime). *Aproximación crítica a la constitución de 1991*, Editorial Cámara de Comercio, Bogotá, 1991.

SÁENZ CARBONELL (Jorge Francisco). *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorama, San José de Costa Rica, 2006.

SAGER (Lawrence). *Juez y democracia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

SAGÜES (Néstor Pedro). “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, número 2, año 4, Universidad de Talca, Chile, 2006, pp. 189-202

SAGÜES (Néstor Pedro). *Reflexiones sobre las variables de éxito y de fracaso de un tribunal constitucional*, Escuela Judicial, Colombia, 2001.

SAGÜES (Néstor Pedro). *Los desafíos del derecho procesal constitucional*, en: Bazan (Víctor) edr. *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 21-42

SAIZ ARNAIZ (Alejandro). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAZAR VARGAS (Carlos). *Las políticas públicas*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

SAMÍN RESTREPO (Ricardo). *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá, 2006.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Abraham). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, Bogotá, 2005.

SARTORI (Giovanni). *Elementos de Teoría Política*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.

SHAPIRO (Martin). *Judicial review en developed democracies*, en: Gloppen (Siri), Gargarella (Roberto) y Skaar (Elin) eds. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass Publishers, London, 2003, pp. 5-18.

SHAPIRO (Martin) y STONE SWEET (Alec). *On law politics and judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

SHAPIRO (Martin). *The United States*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 42-66.

SCHEDLER (Andreas), DIAMOND (Larry) y PLATTNER (Marc). *Conceptualizing Accountability: The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999.

SCHMITT (Carl) y KELSEN (Hans). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, estudio Preliminar de Giorgio Lombardi, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

SCHWARTZ (Bernard). *Súper Chief. Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*, New York University, New York, 1983.

SIEDER (Rachel), SCHJOLDEN (Line) and ANGELL (Alan). *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

SIEDER (Rachel). “Renegociando la ley y el orden: reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *Revista América Latina Hoy*, volumen 35, Salamanca, 2003, pp. 61-86.

SIERRA CADENA (Greenfieth de Jesús). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: el caso de la descentralización en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009.

SKAAR (Elin). “Un análisis de las reformas judiciales de Argentina, Chile y Uruguay”, *Revista América Latina Hoy*, volumen 34, Salamanca, 2003, pp. 147-186.

SOLANO CARRERA (Luis Fernando). *Supremacía y Eficacia de la Constitución con referencia al sistema costarricense*, en: _____. *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo, Barcelona, 2008, pp. 11-47.

SOLANO CARRERA (Luis Fernando). “Aplicación directa de la constitución”, *Revista Judicial*, número 61, abril, San José de Costa Rica 1995, pp. 35-71.

SOLÍS FALLAS (Alex). “La dimensión política de la justicia constitucional”, *Revista Parlamentaria*, volumen 7, número 2, agosto, 1999, San José de Costa Rica, pp. 198-332.

SOLÓRZANO GARAVITO (Carlos). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010.

SOSPEDRA NAVAS (Francisco José). *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Editorial Civitas, Pamplona, 2011.

SUNSTEIN (Cass). *One Case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Massachusetts, 1999.

TAJADURA (Javier) y DE MIGUEL (Josu). *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

TATE (Neal) and VALLINDER (Torbjörn). *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995.

TATE (Neal). ¿Why de expansion of judicial power? en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 27-38.

TILLY (Charles). *Coerción, capital y los Estados europeos: 990-1990*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.

TORRES MURO (Ignacio). *Legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007.

TSEBELLIS (George). *Jugadores con veto: cómo funcionan las instituciones políticas*, Editorial FCE, México, 2006.

UPRIMNY (Rodrigo). *¿Existe un nuevo constitucionalismo Latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales recientes en América Latina*,

en: Zambrano Cetina (William) edr. *Instituciones Judiciales y Democracia*, Instituto Francés de Estudios Andinos, Bogotá, 2011.

UPRIMNY YEPES (Rodrigo). *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Via (Alberto) y Uprimny (Rodrigo) eds. *Los jueces entre el derecho y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2008, pp. 81-95.

UPRIMNY (Rodrigo), RODRÍGUEZ GARAVITO (César) y GARCÍA VILLEGAS (Mauricio). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2007.

UPRIMNY (Rodrigo). *The enforcement of social rights by the Colombian Court: Cases and Debates*, en: Gargarella (Roberto), Domingo (Pilar) y Roux (Theunis) eds. *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Great Britain, Ashgate, 2006, pp. 127-152.

VALLEJO MEJÍA (Jaime). *Reflexiones críticas sobre la constitución de 1991*, en: _____. *La constitución por construir: balance de una década de cambio institucional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2001, pp. 13-29.

VALLINDER (Torbjörn). *When the Courts go marching in*, en: Tate (Neal) and Vallinder (Torbjörn) eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 13-27.

VAN HOECKE (Mark). “Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation”, *Ratio Juris*, volumen 14, número 4, diciembre, 2001, pp. 415-423.

VÁSQUEZ (Rodolfo). *Justicia constitucional y democracia: la independencia y el argumento contramayoritario*, en: Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, 2010, pp. 381-402.

VÉLEZ (Eduardo), GÓMEZ DE LEÓN (Patricia) y GIRALDO (Jaime). *Jueces y justicia en Colombia*, Instituto Ser de Investigaciones, Bogotá, 1987.

VENTURA RODRÍGUEZ (Manuel). *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad Carlos III de Madrid, 2004.

VOLCANSEK (Mary). *Judges, courts and policy-making in Western Europe*, en: Volcansek (Mary) edr. *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Frank Cass, London, 1992, pp. 1-8.

VOLCANSEK (Mary). *Judicial activism in Italy*, en: Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, 1991, pp. 117-132.

WALDRON (Jeremy). *Law and disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

WALTMAN (Jerold). *Judicial activism in England*, en: Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, 1991, pp. 33-52.

WALUCHOW (Wilfrid). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

WAYNE (William). "Two faces of judicial activism", *George Washington Law Review*, número, 1, 61, noviembre, 1992, pp. 1-13.

WEBER (Max). *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

WILSON (Bruce). *Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Cost Rica and Colombia*, *Journal of Politics in Latin America*, 1-2, 2009, GIGA, pp. 59-85.

WRÓBLEWSKI (Jorge). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

YOUNG (Ernest). "Judicial activism and conservative politics", *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, 2002, pp. 1140-1216.

ZAFFARONI (Eugenio). *Dimensión política del Poder Judicial*, en: Carbonell (Miguel), Fix Fierro (Héctor) y Vásquez (Rodolfo) eds. *Jueces y derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 113-150.

ZAGREBELSKY (Gustavo). *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

ZAGREBELSKY (Gustavo). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

ZAGREBELSKY (Gustavo). *Jueces constitucionales*, en: Carbonell (Miguel) edr. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, México, 2007, pp. 91-104.

_____. *Incidencia social de la acción de tutela*, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1996.

_____. *Régimen procedimental de los jueces ante la Corte Constitucional*, Editorial Leyes, Bogotá, 2001.

Artículos en red

ANDRÉS IBAÑEZ (Perfecto). *Derecho y justicia en el siglo XXI: más difícil todavía*, Coloquio Direito e justiça no século XXI, Universidad de Coimbra, 29 a 31 de mayo de 2003, en: www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/PerfectoAndresIbanez.pdf consulta realizada el 27 de noviembre de 2010.

ANSOLABEHERE (Karina). *Más poder ¿más derechos? Control de constitucionalidad y ciudadanía*, en: www.nuffield.ox.ac.uk/repla/REPLA_ANSOLABEHERE.doc consulta realizada el 22 de mayo de 2010.

BACHOF (Otto). *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional: entre derecho y política*, Conferencia pronunciada en la Universidad Nacional Autónoma de México, en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/57/art/art1.pdf consulta hecha el 25 de mayo de 2010.

BAYÓN (Juan Carlos). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en: www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf consulta hecha el 13 de enero de 2010.

BOTERO (Catalina). *La acción de tutela en el ordenamiento colombiano*, en: www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf consulta realizada el 22 de mayo de 2010.

BRENES VILLALOBOS (Luis Diego). *Judicialización de la política*, Semanario Universidad de Costa Rica, en: www.semanario.ucr.ac.cr/index.php/opinion/5262-judicializacion-de-la-politica.html consulta realizada el 26 de febrero de 2012.

CAÑAS ESCALANTE (Alberto). *Chisporroteos*, en: www.larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=5322401 consulta realizada el 12 de febrero de 2012.

CASTILLO VÍQUEZ (Fernando). *El control de constitucionalidad en Costa Rica*, en: www.pgr.go.cr/revista/rev_publicacion.aspx?nRevista=7&nPar3=6&nPar5=0&strPar2=P consulta realizada el 15 de octubre de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). *Estadísticas y sentencias*, disponible en: www.corteconstitucional.gov.co consulta realizada 13 de mayo de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL (Guatemala). *Estadísticas*, disponible en: www.cc.gob.gt consulta realizada 13 de mayo de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Costa Rica). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf consulta realizada el 16 de agosto de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (El Salvador). *Estadísticas*, disponible en: www.csj.gob.sv consulta realizada 13 de mayo de 2012

FERRERES COMELLA (Víctor). *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, en: www.islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf consulta realizada el 22 de agosto de 2010

FISS (Owen). *Between Supremacy and Exclusivity*, en: www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2328&context=fss_papers consulta realizada el 10 de marzo de 2012.

GARCÍA BELAUNDE (Domingo). *Los tribunales constitucionales en América Latina*, en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2004-61-4C6F6927&dsID=PDF> consulta realizada el 21 de marzo de 2010.

GARCÍA VILLEGAS (Mauricio) y UPRIMNY YEPES (Rodrigo). *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* en: www.dejusticia.org consulta realizada el 27 de agosto de 2010.

MAC GREGOR FERRER (Eduardo). *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, *Observatório Jurisdição Constitucional*, Año 4, 2010-2011, en: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/560/372 consulta realizada el 11 de junio de 2011.

MAYORGA (Armando). *Sala IV desbocada*, en: www.nacion.com/2010-07-18/Opinion/ColumnistaDelDia/Opinion2450673.aspx consulta realizada el 14 de agosto de 2011.

ROJAS ORTEGA (Alex). *Reforma de la Sala Constitucional*, www.nacion.com/2010-12-23/Opinion/Foro/Opinion2629765.aspx consulta realizada 10 de mayo de 2012.

RODRÍGUEZ CORDERO (Juan Carlos). *Sala Constitucional y equilibrio de poderes*, en: www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/009/docs/Sala_constitucional.pdf consulta realizada el 21 de octubre de 2011.

RUBIO LLORENTE (Francisco). *Los males del Constitucional*, en: www.elpais.com/elpais/2012/08/08/opinion/1344428642_876035.html consulta realizada el 25 de agosto de 2012.

RUBIO LLORENTE (Francisco). *Seis tesis sobre jurisdicción constitucional*, en: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_035_009.pdf Consulta hecha 11 de diciembre de 2009.

RUBIO LLORENTE (Francisco). *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. En la forma de poder*, en: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_022_017.pdf consulta hecha el 11 de diciembre de 2009.

RUIZ (Miguel). *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, en: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_07.pdf consulta realizada el 22 de agosto de 2010.

SAGOT (Montserrat). *La marcha de las putas y la Costa Rica que ya no es*, en: www.nacion.com/2011-09-02/Opinion/la-marcha-de-las-putas-y-la-costa-rica-que-ya-no-es.aspx consulta realizada el 24 de octubre de 2011.

SALA CONSTITUCIONAL (Costa Rica). *Estadísticas y sentencias*, disponible en: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ consulta realizada el 13 de mayo de 2012.

SALAS (Luis) y RICO (José María). *La carrera judicial en América Latina*, en: www.enj.org consulta realizada el 10 de mayo de 2011.

SALVADOR CODERCH (Pablo). *Cinco propuestas para el Tribunal Constitucional* en: www.elpais.com/elpais/2012/07/10/opinion/1341937984_143768.html consulta realizada el 18 de agosto de 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (México). *Estadísticas*, disponible en: www.scjn.gob.mx consulta realizada el 13 de mayo de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Perú). *Estadísticas*, disponible en: www.tc.gob.pe consulta realizada el 13 de mayo de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Chile). *Estadísticas*, disponible en: www.tribunalconstitucional.cl consulta realizada el 13 de mayo de 2012.

UPRIMNY (Rodrigo), RODRÍGUEZ (César), GARCÍA VILLEGAS (Mauricio). *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, en: www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/644 consulta realizada el 19 de julio de 2011.

VILLANUEVA (Luis Gerardo). *En defensa de la democracia*, en: www.nacion.com/2010-08-01/Opinion/Foro/Opinion2468249.aspx consulta realizada el 29 de noviembre de 2010.

_____. Precipitada reforma de la justicia constitucional, en: www.nacion.com/2010-09-21/Opinion/Editorial/Opinion2529113.aspx consulta realizada el 17 de setiembre de 2011.

www.elmundo.es/elmundo/2012/06/21/espana/1340291065.htm consulta realizada el 15 de septiembre de 2012

www.repubblica.it/2009/10/sezioni/politica/giustizia-12/lodo-7ott/lodo-7ott.html consulta realizada el 15 de septiembre de 2012.

www.nacion.com/2012-04-15/ElPais/chinchilla-llama-a-sala-iv--lquo-camara-alta-rsquo--que-aletarga-avance-de-leyes----.aspx consultada realizada el 10 de mayo de 2012.

www.oas.org/dsp/Observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicator=17 consulta realizada el 1 de mayo de 2012.

www.constitution.org/fed/federa10.htm consulta realizada el 5 de marzo de 2012

www.asepsa.org/latinobarometro/LATBD_INFORME%20LATINOBAROMETRO%202010.pdf consulta realizada 10 de febrero de 2012.

www.rae.es consulta realizada el 15 de enero de 2012.

www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf consulta realizada el 13 de agosto de 2012.

www.nacion.com/2010-09-08/ElPais/NotasSecundarias/ElPais2512407.aspx consulta realizada 7 de noviembre de 2011.

www.nacion.com/2011-07-24/ElPais/caja-preocupada-porque-cumplir-fallos-de-la-sala-iv-le-sale-carro.aspx consulta realizada 30 de octubre de 2011.

www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/009/docs/info9cap5.pdf consulta realizada el 28 de septiembre de 2011.

www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/016/1-cap%201-sinopsis.pdf consulta realizada el 19 de septiembre de 2011.

www.economist.com/node/18558254 consulta realizada el 26 de agosto de 2011

www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=sxarqTMWtRI%3D&tabid=110 consulta realizada el 19 de agosto de 2011.

www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/historia.htm consulta realizada el 9 de agosto de 2011.

www.elheraldo.co/pol-tica/abc-de-la-reforma-constitucional-a-la-justicia-32177 consulta realizada el 4 de agosto de 2011 .

www.semana.com/nacion/cortes-desacuerdo-reforma-justicia/161732-3.aspx consultada realizar el 4 de agosto de 2011.

www.ceja.cl/reporte/2008-2009/pdf4/Colombia_08-09.pdf consulta realizada el 19 de julio de 2011.

www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/644 consulta realizada el 19 de julio de 2011.

www.cejamericas.org/reporte/2008-2009 consulta realizada el 19 de julio de 2011.

www.mensual.prensa.com/mensual/contenido/2004/10/30/hoy/opinion/5884.html consulta realizada 21 de junio de 2011.

www.nacion.com/2011-05-15/ElPais/ consulta realizada 19 de junio de 2011.

www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/brasileno/reconoce/uniones/ consulta realizada el 21 de mayo de 2011.

Legislación

Acuerdo 05 de 1992 de Colombia, reglamento interno de la Corte Constitucional de Colombia.

Constitución Política de Colombia de 6 de julio de 1991.

Constitución Política de Costa Rica de 8 de noviembre 1949.

Decreto número 2067 de 1991 de Colombia por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional de Colombia.

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, ley número 270 de 1996 de Colombia.

Ley de Regulación de Referéndum de Costa Rica, ley número 8492 de 2006,

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, ley número 7135 de 1989.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, ley número 6815 de 1982.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, ley número 7333 de 1993.

Entrevistas

CALZADA (Ana Virginia). *Entrevista*. Magistrada presidenta, Sala Constitucional de Costa Rica, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010.

CRUZ CASTRO (Fernando). *Entrevista*. Magistrado, Sala Constitucional de Costa Rica, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010.

MENDOZA (Gabriel). *Entrevista*. Magistrado, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

MORA MORA (Luis Paulino). *Entrevista*. Magistrado, Sala Constitucional de Costa Rica, San José. En su despacho, 18 de diciembre de 2010.

RAMELLI (Alejandro). *Entrevista*. Magistrado suplente, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

SÁCHICA MÉNDEZ (Martha). *Entrevista*. Secretaria General, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.

Lista de sentencias analizadas por año

Corte Constitucional de Colombia:

	C-265/94	C-011/96
	C-150/94	C-027/96
Sentencia	C-300/94	C-047/96
C-434/92	C-320/94	C-058/96
C-465/92	C-350/94	C-073/96
C-504/92	C-366/94	C-095/96
C-517/92	C-377/94	C-110/96
C-588/92	C-407/94	C-119/96
	C-425/94	C-137/96
C-027/93	C-475/94	C-173/96
C-059/93	C-497/94	C-190/96
C-094/93	C-527/94	C-221/96
C-142/93	C-562/94	C-245/96
C-150/93		C-263/96
C-197/93	C-038/95	C-284/96
C-265/93	C-088/95	C-310/96
C-377/93	C-130/95	C-333/96
C-428/93	C-221/95	C-343/96
C-467/93	C-245/95	C-365/96
C-503/93	C-264/95	C-381/96
C-537/93	C-294/95	C-390/96
C-557-93	C-319/95	C-413/96
C-004/93	C-345/95	C-433/96
C-019/93	C-373/95	C-488/96
C-034/93	C-399/95	C-511/96
C-074/93	C-421/95	C-535/96
C-087/93	C-447/95	C-552/96
C-104/93	C-466/95	C-581/96
C-133/93	C-483/95	C-601/96
	C-504/95	C-658/96
C-009/94	C-523/95	C-619/96
C-024/94	C-540/95	C-634/96
C-049/94	C-567/95	C-663/96
C-070/94	C-586/95	C-687/96
C-102/94	C-583/95	
C-130/94	C-600/95	C-016/97
C-154/94	C-596/95	C-031/97
C-214/94		C-049/97
C-239/94	C-002/96	C-067/97

C-087/97	C-562/98	C-429/00
C-110/97	C-595/98	C-486/00
C-127/97	C-625/98	C-531/00
C-150/97	C-677/98	C-565/00
C-157/97	C-716/98	C-601/00
C-152/97	C-769/98	C-640/00
C-186/97		C-660/00
C-197/97	C-197/99	C-700/00
C-243/97	C-221/99	C-734/00
C-252/97	C-247/99	C-795/00
C-290/97	C-269/99	C-805/00
C-327/97	C-299/99	C-927/00
C-353/97	C-330/99	C-923/00
C-380/97	C-368/99	C-1045/00
C-402/97	C-400/99	C-1065/00
C-429/97	C-453/99	C-1137/00
C-447/97	C-479/99	C-1147/00
C-469/97	C-517/99	C-1182/00
C-487/97	C-541/99	C-1192/00
C-510/97	C-584/99	C-1268/00
C-540/97	C-644/99	C-1319/00
C-561/97	C-708/99	C-1342/00
C-582/97	C-784/99	C-1374/00
C-583/97	C-847/99	C-1405/00
C-600/97	C-893/99	C-1435/00
C-660/97	C-921/99	C-1488/00
C-650/97	C-952/99	C-1505/00
	C-965/99	C-1548/00
C-017/98	C-990/99	C-1647/00
C-042/98	C-002/99	C-1714/00
C-061/98	C-053/99	C-1515/00
C-087/98	C-055/99	
C-110/98	C-081/99	C-046/01
C-130/98	C-114/99	C-056/01
C-157/98	C-1022/99	C-091/01
C-188/98	C-993/99	C-140/01
C-199/98	C-742/99	C-170/01
C-232/98		C-199/01
C-269/98	C-040/00	C-246/01
C-299/98	C-109/00	C-303/01
C-341/98	C-130/00	C-363/01
C-378/98	C-208/00	C-410/01
C-407/98	C-288/00	C-479/01
C-457/98	C-328/00	C-543/01
C-493/98	C-369/00	C-553/01
C-519/98	C-387/00	C-617/01

SENTENCIAS ANALIZADAS

C-651/01	C-763/02	
C-675/01	C-806/02	C-012/04
C-713/01	C-832/02	C-022/04
C-757/01	C-875/02	C-044/04
C-782/01	C-892/02	C-074/04
C-811/01	C-940/02	C-106/04
C-829/01	C-979/02	C-128/04
C-839/01	C-1028/02	C-157/04
C-868/01	C-1067/02	C-176/04
C-915/01	C-1081/02	C-230/04
C-948/01	C-1077/02	C-279/04
C-973/01		C-309/04
C-998/01	C-009/03	C-351/04
C-1051/01	C-033/03	C-375/04
C-1069/01	C-042/03	C-431/04
C-1109/01	C-070/03	C-464/04
C-1145/01	C-099/03	C-512/04
C-1176/01	C-125/03	C-559/04
C-1196/01	C-149/03	C-574/04
C-1252/01	C-160/03	C-620/04
C-1262/01	C-187/03	C-700/04
C-1297/01	C-531/03	C-755/04
	C-228/03	C-783/04
C-039/02	C-252/03	C-817/04
C-065/02	C-312/03	C-864/04
C-093/02	C-331/03	C-890/04
C-152/02	C-400/03	C-935/04
C-178/02	C-429/03	C-987/04
C-246/02	C-474/03	C-997/04
C-284/02	C-484/03	C-1030/04
C-294/02	C-573/03	C-1054/04
C-312/02	C-627/03	C-1118/04
C-336/02	C-654/03	C-1127/04
C-373/02	C-694/03	C-1171/04
C-394/02	C-775/03	
C-419/02	C-800/03	C-103/05
C-453/02	C-840/03	C-152/05
C-484/02	C-879/03	C-181/05
C-493/02	C-900/03	C-207/05
C-518/02	C-943/03	C-333/05
C-561/02	C-967/03	C-421/05
C-615/02	C-1033/03	C-424/05
C-645/02	C-1061/03	C-475/05
C-674/02	C-1095/03	C-503/05
C-710/02	C-1200/03	C-538/05
C-736/02	C-1149/03	C-591/05

C-672/05	C-209/07	C-131/09
C-712/05	C-279/07	C-146/09
C-821/05	C-310/07	C-227/09
C-856/05	C-336/07	C-248/09
C-880/05	C-393/07	C-258/09
C-930/05	C-403/07	C-287/09
C-986/05	C-505/07	C-307/09
C-1040/05	C-544/07	C-352/09
C-1049/05	C-654/07	C-375/09
C-1079/05	C-720/07	C-378/09
C-1152/05	C-783/07	C-417/09
C-1177/05	C-833/07	C-443/09
C-1194/05	C-910/07	C-489/09
C-1236/05	C-928/07	C-506/09
C-1299/05	C-953/07	C-558/09
	C-1001/07	C-667/09
C-028/06	C-1003/07	C-727/09
C-041/06		C-763/09
C-073/06	C-031/08	C-807/09
C-111/06	C-064/08	C-892/09
C-121/06	C-186/08	C-932/09
C-174/06	C-261/08	
C-189/06	C-123/08	C-055/10
C-243/06	C-289/08	C-073/10
C-318/06	C-380/08	C-181/10
C-342/06	C-386/08	C-254/10
C-392/06	C-462/08	C-289/10
C-421/06	C-534/08	C-335/10
C-456/06	C-541/08	C-460/10
C-507/06	C-619/08	C-553/10
C-535/06	C-672/08	C-599/10
C-606/06	C-696/08	C-641/10
C-667/06	C-740/08	C-702/10
C-720/06	C-757/08	C-819/10
C-775/06	C-839/08	C-844/10
C-804/06	C-857/08	C-886/10
C-827/06	C-879/08	C-941/10
C-861/06	C-941/08	C-942/10
C-894/06	C-1035/08	C-1008/10
C-931/06	C-1067/08	
C-985/06	C-1085/08	
	C-1120/08	
C-080/07	C-1143/08	
C-138/07	C-1192/08	
C-175/07		

Sala Constitucional de Costa Rica:

C-90/89	C-1773/90	C-1929/91
C-121/89	C-1876/90	C-2001/91
C-141/89		C-2211/91
C-166/89	C-09/91	C-2232/91
C-178/89	C-52/91	C-2233/91
C-179/89	C-95/91	C-2235/91
	C-97/91	C-2410/91
C-69/90	C-99/91	C-2412/91
C-83/90	C-101/91	C-2414/91
C-88/90	C-154/91	C-2416/91
C-128/90	C-191/91	C-2418/91
C-188/90	C-192/91	C-3546/91
C-273/90	C-351/91	
C-306/90	C-353/91	
C-413/90	C-399/91	C-01/92
C-488/90	C-415/91	C-88/92
C-492/90	C-452/91	C-123/92
C-562/90	C-453/91	C-125/92
C-568/90	C-503/91	C-192/92
C-614/90	C-504/91	C-193/92
C-615/90	C-532/91	C-194/92
C-616/90	C-557/91	C-412/92
C-679/90	C-561/91	C-495/92
C-718/90	C-589/91	C-587/92
C-719/90	C-642/91	C-588/92
C-792/90	C-652/91	C-660/92
C-794/90	C-685/91	C-761/92
C-1059/90	C-732/91	C-883/92
C-1119/90	C-881/91	C-886/92
C-1158/90	C-895/91	C-891/92
C-1260/90	C-1086/91	C-990/92
C-1280/90	C-1151/91	C-1138/92
C-1331/90	C-1195/91	C-1141/92
C-1517/90	C-1678/91	C-1266/92
C-1570/90	C-1682/91	C-1302/92
C-1587/90	C-1684/91	C-1439/92
C-1633/90	C-1717/91	C-1446/92
C-1664/90	C-1718/91	C-1696/92
C-1756/90	C-1811/91	C-1809/92

C-1906/92	C-1080/93	C-2587/94
C-1908/92	C-1175/93	C-2862/94
C-1992/92	C-1178/93	C-3437/94
C-1995/92	C-1560/93	C-3452/94
C-1997/92	C-1666/93	C-3527/94
C-2050/92	C-1667/93	C-3601/94
C-2196/92	C-1742/93	C-3612/94
C-2202/92	C-1747/93	C-3791/94
C-2266/92	C-1902/93	C-3793/94
C-2526/92	C-2069/93	C-4499/94
C-2778/92	C-2305/93	C-5062/94
C-2859/92	C-2306/93	C-5401/94
C-2994/92	C-2754/93	C-5411/94
C-2996/92	C-2790/93	C-5602/94
C-3133/92	C-2791/93	C-5761/94
C-3199/92	C-2934/93	C-5937/94
C-3410/92	C-3166/93	C-5965/94
C-3467/92	C-3183/93	C-5977/94
C-3495/92	C-4085/93	C-5988/94
C-3550/92	C-4421/93	C-6101/94
C-3985/92	C-4431/93	C-6261/94
C-3987/92	C-4706/93	C-6372/94
C-3990/92	C-4787/93	C-6374/94
C-4027/92	C-5178 /93	C-6378/94
C-4028/92	C-5196/93	C-6624/94
C-4029/92	C-5386/93	C-6577/94
	C-5404/93	C-6693/94
C-08/93	C-5566/93	C-6703/94
C-138/93	C-5751/93	C-6781/94
C-245/93	C-6695/93	C-6969/94
C-419/93	C-6697/93	C-7188/94
C-436/93	C-6830/93	C-7335/94
C-512/93		C-7348/94
C-516/93	C-481/94	C-7543/94
C-526/93	C-650/94	C-7545/94
C-649/93	C-1151/94	C-7549/94
C-681/93	C-1367/94	
C-773/93	C-1511/94	C-26/95
C-778/93	C-1567/94	C-37/95
C-931/93	C-1823/94	C-181/95
C-980/93	C-1975/94	C-343/95

SENTENCIAS ANALIZADAS

C-361/95	C-232/96	C-5597/96
C-554/95	C-403/96	C-5916/96
C-577/95	C-538/96	C-5980/96
C-589/95	C-789/96	C-5981/96
C-783/95	C-850/96	C-6418/96
C-1059/95	C-1170/96	C-6472/96
C-1061/95	C-1498/96	C-6518/96
C-1076/95	C-1610/96	C-6860/96
C-1192/95	C-1757/96	C-6935/96
C-1266/95	C-1850/96	C-6936/96
C-1277/95	C-1971/96	C-6938/96
C-1553/95	C-2020/96	C-7033/96
C-1709/95	C-2084/96	
C-2153/95	C-2179/96	C-07/97
C-2309/95	C-2247/96	C-49/97
C-2313/95	C-2378/96	C-54/97
C-2466/95	C-2405/96	C-184/97
C-2621/95	C-2553/96	C-209/97
C-2691/95	C-2616/96	C-280/97
C-2756/95	C-2793/96	C-310/97
C-2899/95	C-2794/96	C-545/97
C-2910/95	C-2805/96	C-596/97
C-3018/95	C-2967/96	C-806/97
C-3061/95	C-2971/96	C-809/97
C-3067/95	C-3036/96	C-1019/97
C-3195/95	C-3150/96	C-1320/97
C-3932/95	C-3340/96	C-1626/97
C-4216/95	C-3521/96	C-1781/97
C-4269/95	C-3625/96	C-1800/97
C-4287/95	C-3769/96	C-2243/97
C-4723/95	C-3835/96	C-2402/97
C-4939/95	C-3864/96	C-2570/97
C-5261/95	C-4165/96	C-2765/97
C-5417/95	C-4205/96	C-3450/97
C-5482/95	C-4397/96	C-3565/97
C-5664/95	C-4536/96	C-3721/97
C-5883/95	C-4848/96	C-4053/97
C-6343/95	C-4857/96	C-4238/97
C-7031/95	C-5430/96	C-4432/97
	C-5449/96	C-4570/97
C-51/96	C-5578/96	C-4587/97

C-4681/97	C-1589/98	C-7974/98
C-4713/97	C-1596/98	C-8731/98
C-4716/97	C-1604/98	C-8213/98
C-4726/97	C-1822/98	C-8857/98
C-4971/97	C-1925/98	
C-5082/97	C-2201/98	C-329/99
C-5095/97	C-2202/98	C-339/99
C-5102/97	C-2406/98	C-357/99
C-5103/97	C-2409/98	C-430/99
C-5111/97	C-2420/98	C-481/99
C-5204/97	C-2638/98	C-523/99
C-5518/97	C-2645/98	C-601/99
C-5814/97	C-2765/98	C-616/99
C-5820/97	C-2831/98	C-744/99
C-5825/97	C-3089/98	C-909/99
C-5940/97	C-3094/98	C-982/99
C-6106/97	C-3328/98	C-990/99
C-6469/97	C-3336/98	C-1118/99
C-7089/97	C-3391/98	C-1250/99
C-7880/97	C-3460/98	C-1300/99
C-7884/97	C-3588/98	C-1306/99
C-7951/97	C-3610/98	C-1318/99
C-7995/97	C-3643/98	C-1697/99
C-8163/97	C-3646/98	C-1795/99
C-8391/97	C-3664/98	C-1894/99
C-8552/97	C-4251/98	C-1901/99
C-8571/97	C-4636/98	C-2229/99
C-8724/97	C-4793/98	C-2372/99
C-8790/97	C-4863/98	C-2743/99
C-8836/97	C-4883/98	C-2858/99
	C-5947/98	C-2959/99
C-102/98	C-6058/98	C-3016/99
C-110/98	C-6306/98	C-3022/99
C-163/98	C-6365/98	C-3235/99
C-830/98	C-6472/98	C-3860/99
C-839/98	C-6524/98	C-4397/99
C-822/98	C-6850/98	C-4596/99
C-1203/98	C-6860/98	C-4597/99
C-1205/98	C-7122/98	C-4635/99
C-1234/98	C-7291/98	C-4638 /99
C-1317/98	C-7763/98	C-4764/99

SENTENCIAS ANALIZADAS

C-4846/99	C-2587/00	C-10794/00
C-5276/99	C-2855/00	C-11007/00
C-5668/99	C-2931/00	C-11506/00
C-5858/99	C-2981/00	C-11515/00
C-6165/99	C-2992/00	C-11522/00
C-6290/99	C-2993/00	C-89901/00
C-6971/99	C-2998/00	
C-6988/99	C-3928/00	C-157/01
C-7352/99	C-3963/00	C-247/01
C-7354/99	C-4257/00	C-249/01
C-7619/99	C-4426/00	C-439/01
C-7663/99	C-4528/00	C-452/01
C-7667/99	C-4529/00	C-625/01
C-7965/99	C-4546/00	C-968/01
C-8197/99	C-4828/00	C-1052/01
C-8978/99	C-4991/00	C-1220/01
C-8987/99	C-5495/00	C-1466/01
C-8989/99	C-5496/00	C-1479/01
C-9235/99	C-5508/00	C-1722/01
C-9236/99	C-5510/00	C-1738/01
C-9507/99	C-5520/00	C-1749/01
C-9804/99	C-5521/00	C-1822/01
C-9866/99	C-5886/00	C-2234/01
C-9828/99	C-6304/00	C-2660/01
C-9874/99	C-6369/00	C-2661/01
C-10000/99	C-6588/00	C-3043/01
	C-6970/00	C-3055/01
C-430/00	C-7155/00	C-3419/01
C-433/00	C-7156/00	C-4021/01
C-438/00	C-7157/00	C-4248/01
C-444/00	C-7161/00	C-4389/01
C-643/00	C-7729/00	C-4646/01
C-888/00	C-8196/00	C-5399/01
C-874/00	C-8197/00	C-5418/01
C-884/00	C-8747/00	C-5906/01
C-885/00	C-8752/00	C-5924/01
C-1395/00	C-8762/00	C-6514/01
C-1707/00	C-8882/00	C-6677/01
C-1925/00	C-8898/00	C-7122/01
C-2096/00	C-9455/00	C-7615/01
C-2306/00	C-10352/00	C-7625/01

C-8240/01	C-7581/02	C-10416/03
C-8560/01	C-7702/02	C-10691/03
C-8678/01	C-8586/02	C-10692/03
C-8801/01	C-8587/02	C-10698/03
C-9135/01	C-8864/02	C-11706/03
C-9386/01	C-9067/02	C-11730/03
C-9387/01	C-9077/02	C-11921/03
C-9392/01	C-9703/02	C-11924/03
C-9672/01	C-9913/02	C-11929/03
C-9917/01	C-9919/02	C-13079/03
C-10141/01	C-10089/02	C-13699/03
C-10356/01	C-10357/02	C-14041/03
C-10520/01	C-10764/02	C-15390/03
C-10548/01	C-11602/02	
C-10839/01	C-12011/02	C-292/04
C-10844/01	C-12020/02	C-2670/04
C-11549/01		C-4410/04
C-11582/01	C-317/03	C-4865/04
C-11592/01	C-318/03	C-4869/04
C-11594/01	C-2128/03	C-5008/04
C-11921/01	C-2355/03	C-5207/04
C-12219/01	C-2358/03	C-7376/04
C-13283/01	C-2684/03	C-7613/04
	C-3391/03	C-8012/04
C-1387/02	C-3466/03	C-8199/04
C-1764/02	C-3479/03	C-8209/04
C-2625/02	C-3653/03	C-8469/04
C-3816/02	C-3663/03	C-8763/04
C-4455/02	C-5092/03	C-8926/04
C-4882/02	C-5268/03	C-9704/04
C-4892/02	C-5374/03	C-9738/04
C-5241/02	C-5409/03	C-9751/04
C-5512/02	C-6306/03	C-9989/04
C-6057/02	C-6307/03	C-10039/04
C-6383/02	C-6321/03	C-10051/04
C-6501/02	C-6907/03	C-10399/04
C-6511/02	C-6934/03	C-10492/04
C-6806/02	C-7565/03	C-11192/04
C-6818/02	C-8266/03	C-11350/04
C-7050/02	C-9292/03	C-11601/04
C-7289/02	C-10405/03	C-11611/04

SENTENCIAS ANALIZADAS

C-11883/04	C-15716/05	C-77/07
C-12391/04	C-16125/05	C-443/07
C-12398/04	C-16126/05	C-831/07
C-12402/04	C-16772/05	C-832/07
C-12633/04	C-16935/05	C-1133/07
C-13353/04	C-17193/05	C-1144/07
C-13744/04	C-17609/05	C-2063/07
C-14255/04	C-17613/05	C-3040/07
C-14256/04	C-17615/05	C-3909/07
C-14758/04	C-7226/05	C-5266/07
C-14986/04		C-6329/07
	C-1332/06	C-7137/07
C-846/05	C-1800/06	C-11153/07
C-957/05	C-2996/06	C-11154/07
C-2145/05	C-3658/06	C-11158/07
C-2993/05	C-3670/06	C-11626/07
C-3486/05	C-4859/06	C-12844/07
C-3910/05	C-5971/06	C-12845/07
C-4362/05	C-6731/06	C-13575/07
C-4373/05	C-7263/06	C-13576/07
C-4697/05	C-8498/06	C-14999/07
C-5649/05	C-10970/06	C-16491/07
C-6224/05	C-10974/06	C-17104/07
C-6852/05	C-11344/06	C-17740/07
C-7175/05	C-11345/06	C-17971/07
C-8935/05	C-11543/06	C-18483/07
C-9148/05	C-12014/06	C-18486/07
C-9354/05	C-13323/06	C-18478/07
C-10115/05	C-14631/06	
C-10604/05	C-14901/06	C-96/08
C-11278/05	C-15489/06	C-1735/08
C-11279/05	C-15492/06	C-2118/08
C-11900/05	C-17125/06	C-4569/08
C-12202/05	C-17437/06	C-5406/08
C-12761/05	C-17589/06	C-5411/08
C-13078/05	C-17591/06	C-6047/08
C-13682/05	C-17743/06	C-7683/08
C-13875/05	C-18007/06	C-8676/08
C-14248/05	C-18303/06	C-10449/08
C-14285/05		C-11010/08
C-14287/05	C-55/07	C-11622/08

C-12252/08	C-8285/09	C-13721/10
C-13432/08	C-10368/09	C-13099/10
C-13440/08	C-12215/09	C-14187/10
C-13851/08	C-13579/09	C-14789/10
C-14010/08	C-13590/09	C-15058/10
C-14877/08	C-13606/09	C-15738/10
C-14908/08	C-13759/09	C-15740/10
C-14918/08	C-14017/09	C-17556/10
C-14925/08	C-14018/09	C-17900/10
C-15448/08	C-14027/09	C-18714/10
C-15761/08	C-14288/09	C-18726/10
C-16096/08	C-14381/09	C-18965/10
C-16221/08	C-14391/09	C-19204/10
C-16952/08	C-15661/09	C-20953/10
C-16964/08	C-16299/09	C-20957/10
C-16974/08	C-17971/09	C-21258/10
C-17298/08	C-18514/09	C-21264/10
C-17300/08	C-18571/09	
C-17301/08	C-18940/09	
C-18207/08	C-20958/09	
C-18231/08		
C-18564/08	C-638/10	
C-18573/08	C-2004/10	
C-18575/08	C-2022/10	
	C-2895/10	
C-95/09	C-4474/10	
C-601/09	C-4489/10	
C-1223/09	C-5221/10	
C-2009/09	C-5890/10	
C-2629/09	C-5893/10	
C-3099/09	C-6283/10	
C-3899/09	C-7580/10	
C-3903/09	C-7786/10	
C-4950/09	C-7789/10	
C-4960/09	C-8297/10	
C-5426/09	C-8600/10	
C-7379/09	C-9928/10	
C-7388/09	C-9965/10	
C-7399/09	C-11352/10	
C-7597/09	C-12299/10	
C-8281/09	C-13704/10	

