

---

# UN ENSAYO SOBRE EL SURGIMIENTO DE CORTES CONSTITUCIONALES: LOS CASOS DE MÉXICO Y COLOMBIA

---

*Miguel Schor\**

Este ensayo es parte de un estudio más amplio sobre el papel de las cortes en la construcción y el mantenimiento constitucionales. La historia del constitucionalismo hoy se escribe principalmente en el mundo en desarrollo. Es prematuro hablar del triunfo de la democracia en todo el mundo (Diamond, 2008), pero a finales del siglo XX hubo una notoria expansión de la democracia y del constitucionalismo. Pese a ello, nuestros mapas intelectuales del constitucionalismo marginan la experiencia del mundo en desarrollo porque los académicos creen que las nuevas democracias deben copiar las mejores prácticas de democracias consolidadas o bien establecidas<sup>1</sup>. Esa visión oscurece los procesos a través de los cuales se construye el constitucionalismo. Los académicos deberían dejar de ver a las nuevas democracias y sus obras a través del lente de las instituciones de democracias bien establecidas. Necesitamos revertir el paradigma empotrado en el discurso académico dominante llevando la experiencia de las nuevas

\* Doctor en Derecho, profesor del Suffolk University Law School, Boston, Estados Unidos [mschor@suffolk.edu]. Agradezco a Adeno Addis, Larry Cata Backer, Daniel Brinks, Hannah Buxbaum, Joel Colón-Ríos, Javier A. Couso, Brannon P. Denning, Julio Faundez, Tom Ginsburg, David Landau, Kim Lane Scheppele y Mark Tushnet por su estímulo, sus comentarios y sugerencias. También agradezco a los participantes en la Conferencia sobre Derecho Constitucional, Cleveland, Ohio, 3-6 de junio de 2008; en la Conferencia Derecho y Sociedad, Montreal, Canadá, 29-31 de mayo de 2008; y en la Conferencia Operacionalización de la Gobernanza Global organizada por el *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Indiana, 19-21 de marzo de 2008, por sus comentarios y sugerencias. Artículo publicado en inglés en *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, 1, 2009, pp. 173-194. Se publica con autorización del *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Traducción de Alberto Supelano. Fecha de recepción: 24 de enero de 2011, fecha de modificación: 14 de abril de 2011, fecha de aceptación: 6 de mayo de 2011.

<sup>1</sup> La democracia se consolida cuando los ciudadanos llegan a creer que es el “único juego en la ciudad” (Przeworski, 1991, 26).

democracias al centro de nuestro estudio de las constituciones<sup>2</sup>. En suma, necesitamos nuevas y mejores historias del constitucionalismo que subrayen la experiencia del mundo en desarrollo.

Ninguna región del mundo proporciona un material empírico más rico para estudiar el éxito y las fallas constitucionales que América Latina<sup>3</sup>. Su historia, desde la independencia hasta los años ochenta, está plagada de intentos de gobierno republicano que terminaron en oligarquías y dictaduras<sup>4</sup>. Las últimas décadas del siglo XX, sin embargo, fueron un período de renovación democrática cuando la democracia electoral se convirtió en norma. También fueron un período de intensa experimentación constitucional y de discusión de importantes reformas que buscaban limitar el poder de los presidentes (Smith, 2005, 154), descentralizar el poder<sup>5</sup> y facultar a las cortes para que interpretaran vigorosamente las constituciones<sup>6</sup>.

Las reformas judiciales realizadas en esta región son parte de una tendencia mundial en la que las cortes ganaron poder a costa de los funcionarios elegidos. Los académicos debaten vigorosamente las implicaciones de la expansión mundial del poder judicial<sup>7</sup>. Los optimistas la celebran mientras que los pesimistas la condenan. Los optimistas judiciales se basan en la experiencia de regímenes políticos que hicieron una transición exitosa a la democracia, como Suráfrica y Alemania, para argumentar que la revisión judicial tiene un importante resultado democrático con el fortalecimiento de las constituciones<sup>8</sup>. Los pesimistas, por su parte, se basan en la experiencia de democracias antiguas y consolidadas, como Estados Unidos, para argumentar que la atribución de poderes a las cortes debilita tanto el apego de los ciudadanos a las constituciones como la capacidad de la rama legislativa para solucionar problemas urgentes<sup>9</sup>. Este ensayo

<sup>2</sup> Este argumento se desarrolla con mayor extensión en Schor (2007, 1329).

<sup>3</sup> Las repúblicas de la región experimentaron más de cien constituciones en el siglo XIX (Loveman, 1993, 370). Aunque la inestabilidad política disminuyó en el siglo XX, la agitación política y el recambio constitucional siguieron siendo un problema (Smith, 2005, 19-43). La ronda más reciente de constituciones está ligada a la renovación de la democracia en los años ochenta (ver la nota 64 y el texto al que acompaña).

<sup>4</sup> El debate teórico sobre el curso del constitucionalismo en América Latina se evalúa críticamente en Schor (2006, 14-19).

<sup>5</sup> Grindle (2000) examina los intentos de reformas institucionales en varios países latinoamericanos.

<sup>6</sup> Ver Pásara (2004), Hammergren (1998), Seider et al. (2005), Faundez (2007, 125), Oquendo (2008, 185).

<sup>7</sup> Para una revisión crítica del debate, ver Schor (2008a, 257 y 270-275).

<sup>8</sup> Ver, p. ej., Klug (2000) y Ackerman (1997, 771).

<sup>9</sup> Ver Hirschl (2004), Kramer (2004), Tushnet (1999) y Waldron (2006, 1346).

argumenta que los estudiosos de las cortes prestan demasiada atención a las democracias exitosas en la construcción de modelos teóricos y muy poca a los menos exitosos<sup>10</sup>. Se necesita prestar más atención al papel de las cortes en las democracias perturbadas o parciales que son la norma en buena parte del mundo en desarrollo<sup>11</sup>, incluida América Latina<sup>12</sup>. Después de todo, es en las nuevas democracias donde los académicos pueden observar el nacimiento de instituciones tales como las cortes constitucionales.

Este ensayo explora el surgimiento de la Corte Suprema mexicana y la Corte Constitucional colombiana como actores políticos poderosos. México y Colombia son democracias perturbadas en una región donde las cortes han estado marginadas históricamente de las disputas políticas. En los años noventa, ambos países emprendieron transformaciones constitucionales diseñadas para reforzar el poder de sus altas cortes y facilitar una transición democrática. Estos cambios constitucionales abrieron el espacio político para que las dos cortes comenzaran a desplazar a los actores políticos en las tareas de construcción y mantenimiento constitucionales. Ambas cortes se han convertido en instituciones con un sentido de misión mediante la vigorosa interpretación de sus nuevos poderes constitucionales.

Pero estas dos cortes cumplen papeles diferentes en sus órdenes democráticos respectivos. México eligió dar poder a la Corte Suprema para que vigilara la división de poderes vertical y horizontal, mientras que Colombia formó una Corte Constitucional cuya tarea es profundizar las bases sociales de la democracia construyendo derechos. Este ensayo argumenta que los cambios constitucionales que ocurrieron son una explicación necesaria pero no suficiente del papel que cumplen las dos cortes. La agenda que emprendieron fue moldeada por negociaciones políticas de corto plazo y por transformaciones sociales de largo plazo<sup>13</sup>. Como resultado de las negociaciones que llevaron a adoptar una nueva constitución y de los cambios intelectuales más amplios acerca del papel de las cortes en el cumplimiento de las garantías constitucionales, la Corte colombiana ha seguido una agenda más ambiciosa que la Corte mexicana.

Además de explorar por qué ocurrieron estas transformaciones, este ensayo examina sus recompensas democráticas y llega a dos

<sup>10</sup> Para un importante estudio que examina la revisión judicial en democracias en desarrollo, ver Ginsburg (2003).

<sup>11</sup> Ver Diamond (2002, 21), que critica la actual clasificación de la estructura política.

<sup>12</sup> Smith (2005, 342) concluye que “la democracia actual en América Latina tiende a ser poco profunda”.

<sup>13</sup> Para un argumento análogo, ver Epp (1998).

conclusiones. Primera, aunque el activismo judicial se ha convertido en manzana de la discordia normativa y política en Estados Unidos (Post y Siegel, 2007, 373), las críticas al activismo judicial son menos incisivas en el contexto de los países en desarrollo. Las cortes activistas, como la Corte Constitucional colombiana, pueden cumplir un papel clave en la dirección de las transformaciones democráticas necesarias en las democracias en transición<sup>14</sup>. En una región donde las constituciones han estado marginadas de la regulación del conflicto político durante mucho tiempo<sup>15</sup>, como América Latina, una judicatura deseosa de mantener su posición frente a otros actores en la construcción constitucional es un cambio alentador.

Segunda, este ensayo cuestiona el análisis externo que los académicos utilizan en el análisis de la judicialización de la política<sup>16</sup> y contribuye a la naciente literatura sobre el surgimiento de test de proporcionalidad<sup>17</sup> situando a México y Colombia en la corriente general del constitucionalismo global. Los estudiosos de la política judicial se preguntan por qué los regímenes políticos deciden dar poder a las cortes. Este ensayo argumenta que no sólo es necesario entender las condiciones en que surgen las cortes constitucionales sino también cómo son transformadas por el papel que cumplen en un orden democrático<sup>18</sup>. Es probable que las cortes cuya agenda incluye un mandato amplio para hacer cumplir los derechos empleen test de proporcionalidad mientras que es más probable que las cortes que principalmente hacen cumplir la división de poderes utilicen el formalismo legal. Éste permite ocultar la innovación legal so pretexto de la interpretación constitucional. El paso del formalismo a la proporcionalidad marca una transición clave en el surgimiento de cortes seguras de sí mismas como actores que no enmascaran el papel creativo que juegan en el mantenimiento constitucional.

## UN NUEVO ÁRBITRO EN LA POLÍTICA MEXICANA

El papel que desempeña la Corte Suprema mexicana tiene raíces en el pasado. El Partido Revolucionario Institucional (PRI) gobernó durante casi un siglo con muy poca violencia. Era, como una vez comentó el

<sup>14</sup> Scheppele (2005, 25). Tushnet (2008, 227-264) discute la forma débil de revisión judicial como método para hacer cumplir los derechos sociales y económicos.

<sup>15</sup> Las causas e implicaciones de la marginación de las constituciones de América Latina se examinan en Schor (2006, 14-30).

<sup>16</sup> Ver Tate y Vallinder (1995).

<sup>17</sup> Ver, p. ej., Sweet y Mathew (2008); ver las notas 97-121 y el texto al que acompañan.

<sup>18</sup> Para un ensayo muy sugestivo sobre este punto, ver Grey (2003, 473).

novelista peruano Mario Vargas Llosa, la “dictadura perfecta”. Bajo el PRI, el orden político mexicano mezcló autoritarismo y flexibilidad porque se respetaban algunas normas constitucionales, como la prohibición de la reelección presidencial, y se permitía que el sistema evolucionara en el tiempo. La flexibilidad del autoritarismo mexicano hizo de México la dictadura más exitosa del siglo XX<sup>19</sup>.

El autoritarismo ha sido un problema en América Latina desde la independencia<sup>20</sup>, pues las instituciones no limitaron el poder de los presidentes<sup>21</sup>. En México, el diseño institucional no fue el culpable porque la Constitución de 1917 estableció un razonable equilibrio de poderes entre las diferentes ramas del gobierno. El fuerte poder que ejercieron los presidentes no provenía de sus facultades formales sino de su control sobre el PRI que, a su vez, controló cada nivel de gobierno hasta finales del siglo XX (Weldon, 1997, 225 y 252-253). Los “poderes metaconstitucionales del presidente” se superpusieron a la división formal de poderes garantizada por el artículo 49 de la Constitución de 1917 (ibíd., 254-255). Por ello, cuando México se democratizó y llegaron al gobierno partidos políticos opuestos al PRI, rápidamente surgió la división de poderes vertical y horizontal. Las instituciones mediante las que se hacían contrapeso las diferentes facciones políticas no se destruyeron durante el período de dominio del PRI, simplemente estuvieron en latencia hasta que entraron en actividad debido al surgimiento de la competencia política.

No obstante, el largo periodo de dominio del PRI puso su sello en la Corte Suprema (González y Bauer, 2002, 107). Aunque disfrutaba de independencia formal del ejecutivo<sup>22</sup>, la Corte mexicana estuvo subordinada al presidente por dos razones, una política y otra de actitud. La explicación política reside en el reclutamiento y la pro-

<sup>19</sup> Para un análisis del excepcional autoritarismo mexicano, ver Morris (1995, 190). La apertura del régimen del PRI llevó a que Robert Dahl, quizá el estudioso más famoso de la democracia, concluyera equivocadamente que México era democrático o, en su terminología, poliárquico (Dahl, 1956, 74).

<sup>20</sup> Los académicos debaten si las naciones de la región son autoritarias con constituciones de fachada o proyectos liberales que se desviaron. Comparar con Véliz (1980), quien argumenta que la disposición de los países latinoamericanos facilita la dictadura), y con Adelman y Centeno (2002, 139, 158-159), para quienes es improbable que la aplicación y el respeto de la ley se afiancen muy pronto en América Latina.

<sup>21</sup> O'Donnell (1994, 55) encuentra que el pasado autoritario de las nuevas democracias latinoamericanas refuerza el comportamiento que impide que sean verdaderas democracias representativas.

<sup>22</sup> Los magistrados eran vitalicios hasta las reformas de 1994. La Asamblea Constituyente de 1917 debatió sobre la judicatura e intentó aumentar su independencia en “reacción a la subordinación [histórica] del poder judicial” a presidentes fuertes (Domingo, 2000, 705, 711, 713).

moción burocráticos. Los magistrados se elegían entre funcionarios aspirantes del PRI, con muy poca atención de la prensa o participación de las organizaciones profesionales. Los magistrados tendían a ver su cargo como un escalón en su carrera de ascenso a más altas posiciones dentro del PRI<sup>23</sup>. La explicación referente a la actitud es que los jueces compartían el deseo de no debilitar el proyecto revolucionario de reconstrucción del país (Hale, 2000, 257 y 278). La Constitución mexicana de 1917 fue diseñada como un documento transformador<sup>24</sup>, y los jueces creían que las ramas políticas cumplirían un papel clave para hacer realidad las promesas contenidas en la Constitución. Los constitucionalistas mexicanos sacaron lecciones negativas del papel que la Corte Suprema de Estados Unidos cumplió en la obstrucción de reformas sociales con *Lochner* y su progenie<sup>25</sup>, y concluyeron que las cortes con poder de revisión judicial eran un obstáculo para la reforma social<sup>26</sup>. Las cortes mexicanas adoptaron el formalismo, como hicieron las cortes de los regímenes autoritarios de todo el mundo, para no inmiscuirse en la política<sup>27</sup>.

Éste fue el legado que Ernesto Zedillo encontró cuando llegó a la presidencia en 1994. Zedillo impulsó una plataforma que incluía la reforma judicial y cumplió la promesa casi inmediatamente después de entrar en funciones. Zedillo era parte de un ala del PRI que buscaba mejorar el funcionamiento del sistema judicial para facilitar la liberalización económica y política<sup>28</sup>. Además, el aumento de los niveles de violencia “obligó a todos los candidatos a la presidencia [en

<sup>23</sup> (Ibíd., 723). Entre 1934 y 1994, casi el 40% de los magistrados duró menos de cinco años, si bien era vitalicios (Magaloni, 2003, 266 y 288-290). Bajo el PRI, el poder judicial padeció por falta de recursos. Se caracterizaba mejor como “la rama miserable que como la tercera rama del gobierno” (Fix, 2003, 240).

<sup>24</sup> La Constitución mexicana de 1917 fue parte de un proyecto más grande para “regenerar” o modernizar a México y superar la herencia del pasado que impedía su “desarrollo” (ver Beezley y MacLachlin, 1994, 245-247).

<sup>25</sup> Para el papel que en la imaginación constitucional comparada cumplió el temor a *Lochner* (es decir, a que las cortes echaran atrás las reformas sociales adoptadas por instituciones mayoritarias), ver Schor (2008b).

<sup>26</sup> Ver Hale (2000). Durante el dominio del PRI, la mayoría de los juristas defendió la visión de que la Constitución de 1917 fue principalmente un instrumento político (González y Bauer, 2002, 121). Mirow (2007) examina la historia de la judicatura mexicana en su relación con la jurisprudencia estadounidense.

<sup>27</sup> En los regímenes autoritarios los jueces pueden mantener un alto grado de independencia recurriendo al formalismo legal para reducir o evitar el conflicto con las otras ramas (Hilbink, 2007, 249).

<sup>28</sup> Los “tecnócratas” del PRI, como Ernesto Zedillo, que favorecieron la liberalización se formaron principalmente en disciplinas como la economía en Estados Unidos. Ver Centeno (1999), que analiza la revolución tecnocrática en México y sus repercusiones sobre el Estado moderno. Sin embargo, las reformas que buscaban profesionalizar la judicatura comenzaron en los años ochenta, y precedieron a la elección de Zedillo (Fix, 2003, 240-241).

1994] a hacer promesas de campaña relacionadas con la justicia”<sup>29</sup>. La velocidad de las reformas fue notable. Zedillo pronunció su discurso de posesión el 1° de diciembre de 1994, y habló extensamente de la necesidad de fortalecer a la Corte Suprema reformando la Constitución<sup>30</sup>. El 6 de diciembre propuso profundas reformas constitucionales, que se convirtieron en ley el 1° de febrero de 1995<sup>31</sup>. En el Congreso, el público y los medios hubo poca o ninguna discusión de estas reformas<sup>32</sup>.

El paquete de reformas tenía dos objetivos complementarios (Zamora et al., 2004, 188). El primero era asegurar la independencia de la Corte Suprema. Las reformas de 1994 disponen que las personas nombradas no pueden tener un cargo político un año antes del nombramiento y dos años después del retiro<sup>33</sup>. También debilitaron el poder de nombramiento del ejecutivo. Después de estas reformas, el presidente debe enviar una terna al Senado, que tiene treinta días para seleccionar a uno de ellos por una votación de dos terceras partes<sup>34</sup>.

El segundo objetivo era facultar a la Corte Suprema para tratar temas de división de poderes verticales y horizontales. México acogió el modelo de revisión de corte política<sup>35</sup>, el cual es la norma en

<sup>29</sup> Inclán (2004, 88), que cita a Reyes (1994, 135).

<sup>30</sup> Presidente Ernesto Zedillo, discurso completo de la toma de posesión como Presidente [<http://www.bibliotecas.tv/chiapas/dic94/01dic94a.html>].

<sup>31</sup> Las enmiendas requieren una mayoría de dos terceras partes en el Congreso y una mayoría simple en los estados (Constitución mexicana, art. 135). La velocidad con la que se efectuó la reforma judicial de 1994 no fue inusual. El artículo 135 era un reductor de velocidad ineficaz para un partido que controló las tres ramas del gobierno federal y la mayoría de los gobiernos estatales durante casi todo el siglo XX. La Constitución mexicana fue enmendada 400 veces entre 1917 y 1988, cuando el PRI perdió la capacidad para enmendar la Constitución sin consultar a los demás partidos (Magaloni, 2003, 282). Aunque las constituciones latinoamericanas son documentos rígidos formalmente hablando, son flexibles en la práctica, como evidencia la facilidad para modificarlas (Schor, 2006, 29).

<sup>32</sup> Es notable la poca discusión que generó la propuesta de reforma judicial. “Atrajo poca atención de la prensa y no ocupó ningún espacio en los titulares ni en primera página” (Inclán, 2004, 89). Generó poca o ninguna discusión en el Congreso, que aprobó la iniciativa de Zedillo en 16 días. La reforma redujo el número de jueces de 26 a 11. No hubo quejas de los miembros de la Corte Suprema, que perdieron sus cargos, pues les ofrecieron bonificaciones de jubilación (ibíd., 92). Cuando fue entrevistado, el presidente saliente de la Corte Suprema dijo que la Corte acataría estos cambios pues “esta es la única forma para que México siga siendo gobernado por el imperio de la ley” (Cabildo, 1994, 32). Para una visión más matizada del nivel de interés que despertaron las reformas de 1994, ver Fix (2003).

<sup>33</sup> Constitución mexicana, arts. 95 y 101.

<sup>34</sup> Ibíd., art. 96. Si el Senado no resolviere, ocupará el cargo la persona que, dentro de dicha terna, designe el presidente. En caso de que el Senado rechace la totalidad de la terna, el presidente someterá una nueva. Si esta fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que, dentro de dicha terna, designe el presidente.

<sup>35</sup> Este modelo se define y se compara con otros modelos de revisión judicial en Schor (2008b).

Europa<sup>36</sup>, cuando se enmendó el artículo 105 de la Constitución. Una característica propia de este modelo es que los actores políticos pueden llevar sus disputas directamente a una alta corte nacional para su resolución. La versión mexicana del modelo de cortes políticas contempla dos mecanismos de revisión diferentes. Uno es la controversia constitucional, que dispone una revisión centralizada, a posteriori, de “cualquier disputa que pueda surgir entre autoridades del gobierno” (Zamora et al., 2004, 275)<sup>37</sup>. Está diseñado para hacer cumplir la división de poderes vertical y horizontal permitiendo que las diversas ramas del gobierno ventilen sus disputas ante la Corte Suprema (ibíd., 274). La otra innovación importante es la acción de inconstitucionalidad, una forma de revisión abstracta y centralizada (ibíd., 282 y 285) diseñada para que los partidos políticos lleven directamente sus reclamaciones a la Corte Suprema<sup>38</sup>. Las decisiones de cualquiera de esas acciones son obligatorias *erga omnes* y tienen, por ello, efecto de precedente, lo que es una innovación en la ley mexicana diseñada para fortalecer los fallos judiciales de invalidez. En cualquier forma de revisión debe votar un mínimo de ocho de los once magistrados para invalidar una ley, lo que preserva un amplio margen de apreciación al legislativo<sup>39</sup>. Estas dos reformas dieron a la Corte Suprema los instrumentos requeridos para convertirse en un actor poderoso en las disputas entre las diversas ramas del gobierno y entre partidos políticos.

Por otra parte, en 1994 no se reformó el recurso de amparo, el vehículo utilizado para hacer cumplir los derechos individuales. Antes de 1994 era el principal mecanismo de revisión judicial en México (Fix y Ferrer, 2006, 461). Y se lo criticaba con frecuencia porque sólo tenía efecto *inter pares* en lo que se llegó a conocer como la formula-

<sup>36</sup> El modelo de revisión de cortes políticas también ha sido muy influyente en América Latina (ver Navia y Ríos, 2005, 189).

<sup>37</sup> Las reclamaciones sólo se pueden presentar ante la Corte Suprema (ibíd., 276). Y se deben presentar en un plazo de treinta días después de la decisión que se impugna (ibíd., 280). La Constitución de 1917 también estableció esta forma de revisión pero se careció de leyes que la aplicaran hasta las reformas de 1994 (ibíd., 276).

<sup>38</sup> Los actores que tienen derecho son las minorías legislativas calificadas, el Fiscal General de México y los líderes de los partidos políticos (ibíd., 284).

<sup>39</sup> Algunos académicos han criticado la disposición de supermayoría porque debilita el control judicial de la legislación (ver, p. ej., Finkel, 2005, 87 y 97). Sin embargo, tiene la virtud, de institucionalizar el principio, que Thayer articuló por vez primera, de que la cortes deben invalidar la legislación únicamente cuando se ha cometido un error claro (ver Thayer, 1893, 129). La regla mexicana de supermayoría se ajusta muy bien a la tendencia a limitar el poder de las cortes para invalidar la legislación, a la que Mark Tushnet llama forma débil de revisión (Tushnet, 2008, 18-42).



ción Otero (ibíd., 514-521). Sin embargo, un sistema de precedente débil tiene algunas virtudes. Los sistemas de derecho civil miran de soslayo el precedente porque la ley es el código, no sus incrustaciones judiciales<sup>40</sup>. De modo similar, los académicos argumentaban que el precedente debía tener menos fuerza en la adjudicación constitucional que en otros campos porque “una constitución escrita [...] debe dar flexibilidad para permitir la supremacía judicial” (Levi, 1949, 42). El problema real del recurso de amparo es que se volvió muy técnico y “se convirtió gradualmente en un tejido sutil e intrincado de matices legales”<sup>41</sup>. Se puede usar para oponerse a fallos judiciales y se suele usar para demorar y obstaculizar los procedimientos judiciales<sup>42</sup>.

Después de las reformas constitucionales de 1994, la Corte Suprema se convirtió en un actor importante en la política mexicana. Las reformas cambiaron “la comprensión política del papel de la Corte Suprema como revisor de la división de poderes” (Finkel, 2005, 92-93). Disputas que antes se ignoraban o que el presidente manejaba a puerta cerrada ahora se resuelven judicialmente. Este cambio se puede apreciar más fácilmente en algunos casos recientes que involucran al presidente<sup>43</sup>. Habría sido inconcebible que la Corte Suprema resolviera estas disputas antes de las reformas de 1994. Una de ellas fue una demanda interpuesta por legisladores de la oposición que buscaban información sobre “la dudosa financiación de la campaña del Sr. Zedillo en 1994”<sup>44</sup>. Otra fue una disputa entre el presidente Vicente Fox y el Congreso sobre un intento del presidente de limitar el presupuesto en 2005. La Corte Suprema apoyó las acciones de Fox pero estableció un mecanismo para que el Congreso pudiera rechazar alteraciones presidenciales del presupuesto (Zamora y Cossío, 2006, 411 y 422). Otro caso importante ocurrió cuando la Corte dictaminó que un ex presidente podía ser juzgado por crímenes cometidos en el cargo (ibíd.). El aspecto llamativo de estos tres casos es que la Corte

<sup>40</sup> Ver Merryman et al. (1994, 937-1011), que describen las fuentes del derecho y las filosofías de interpretación judicial, incluido el papel de los precedentes, en sistemas de derecho civil.

<sup>41</sup> Zamora et al. (2004, 259). Los repetidos esfuerzos para reformar el recurso de amparo han fallado por falta de apoyo político (ibíd., 260-261, y Domingo, 2000, 717-718). En 1992, cerca del “77% de los casos de amparo fueron denegados por razones de procedimiento inadecuado” y sólo el 11% favoreció al demandante (ibíd., 717).

<sup>42</sup> Según Zamora, “a menudo simplemente se usa como táctica dilatoria en pleitos civiles que poco tienen que ver con garantías constitucionales” (Zamora et al., 2004, 274).

<sup>43</sup> Este ensayo se centra en la división de poderes horizontal y no en la división vertical. Para un análisis de la división vertical, ver Berruecos (2003, 77-108).

<sup>44</sup> Dillon (2000, A3). La magistrada Olga Sánchez Cordera dijo en una conferencia de prensa que “ésta era una decisión profundamente histórica” (ibíd.).

Suprema asumió un papel importante como árbitro en disputas entre las diferentes ramas del gobierno. Pero la Corte Suprema mexicana no ha sido tan activa como la Corte Constitucional colombiana en la protección de los derechos individuales.

## UN NUEVO ACTOR DEMOCRÁTICO EN LA POLÍTICA COLOMBIANA

Mientras que México tuvo un régimen estable, abierto y autoritario durante el siglo XX, Colombia mantuvo una democracia estable y cerrada. Tuvo elecciones presidenciales regulares durante todo el siglo con una breve interrupción dictatorial (Safford y Palacio, 2001). Pero este éxito electoral se debe sopesar contra las obvias deficiencias de la democracia colombiana, como la aguda desigualdad, una “horrenda espiral de violencia”, en particular “desde mediados de los ochenta”, y la “incapacidad o falta de voluntad” de las instituciones políticas “para responder adecuadamente a [...] cambios socioeconómicos dramáticos” (Hartlyn y Dugas, 1999, 249-250). En respuesta a la violencia y al inmovilismo del sistema político, el poder de los presidentes colombianos aumentó con el uso repetido de estados de emergencia<sup>45</sup>. En suma, en una región de democracias perturbadas, Colombia sobresale por su combinación de elecciones, presidentes excesivamente poderosos, desigualdad y violencia.

La última mitad del siglo XX presenció un profundo impulso constitucional en todo el continente<sup>46</sup>. Pero ningún país experimentó una transformación constitucional tan profunda como Colombia. Fue también una transformación marcada por la ilegalidad, aunque ésta pueda ser la norma con respecto a cambios constitucionales profundos<sup>47</sup>. Se recurrió a un referéndum para determinar si los electores

<sup>45</sup> Hartlyn y Dugas (ibíd., 251) señalan que el país fue gobernado bajo estado de sitio desde los años cuarenta; ver también Archer y Shugart (1997, 110 y 126), quienes indican que Colombia estuvo bajo estado de sitio el 75% del tiempo de 1958 a 1991. Los estados de sitio han sido un leitmotiv de la política latinoamericana. En consecuencia, el constitucionalismo de la región facilitó la dictadura como excepción que se convierte en regla (ver Loveman, 1993).

<sup>46</sup> Los cambios constitucionales en América Latina fueron dramáticos (Smith, 2005, 156). “Durante los años noventa, siete países adoptaron constituciones totalmente nuevas; otros usaron enmiendas como medio de reforma” (Oquendo, 2008, 192). Canadá adoptó el Capítulo de Derechos y Libertades después de una larga y difícil gestación (Russell, 2004, 4). Estados Unidos no fue inmune a la oleada de democratización constitucional pero esa transformación ocurrió a través de la Corte Suprema y no de enmienda formal. Powe (2000, 2) argumenta que la Corte Warren fue parte de una coalición liberal más amplia que mantuvo un asalto sostenido contra enclaves antidemocráticos localizados principalmente en el sur.

<sup>47</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, “la Asamblea Constitucional actuó ile-

deseaban una asamblea constituyente, a pesar de que sólo el Congreso tenía facultades para enmendar la Constitución<sup>48</sup>. La barrera a las enmiendas era muy baja, puesto que requerían mayoría absoluta en ambas cámaras del Congreso en dos sesiones consecutivas (Nielson y Shugart, 1999, 313 y 321). Aunque la Constitución de Colombia era formalmente flexible, resultaba ser rígida en la práctica. La democracia colombiana se tornó cada vez más disfuncional en la segunda mitad del siglo. Sus presidentes, elegidos por un electorado nacional, reflejaban los deseos de votantes urbanos que buscaban un cambio institucional<sup>49</sup>. Estos deseos eran bloqueados por un Congreso poco representativo y reflejaba, por tanto, los deseos de los votantes rurales y no de los votantes urbanos<sup>50</sup>.

Aunque la legalidad de la Asamblea Constituyente era cuestionable, fue sin duda democrática. El presidente Virgilio Barco usó sus poderes de estado de sitio para realizar un referéndum sobre la convocatoria de una asamblea constituyente (ibíd., 326). Los estudiosos y los principales periódicos se mostraron a favor de una nueva constitución que abordara los innumerables problemas del país (Buenahora, 1991, 126-128). El referéndum, que se realizó junto con la elección presidencial de mayo de 1990, fue aprobado con el 88% de los votos<sup>51</sup>. Los miembros de la Asamblea Constituyente luego fueron elegidos por una minoría de votantes<sup>52</sup>, aunque representaban una amplia franja de las fuerzas políticas de la nación. La baja votación “hizo posible que los movimientos y partidos no tradicionales tuvieran resultados extraordinarios”<sup>53</sup>. Además de representantes de los principales partidos, la Asamblea incluyó una representación

galmente al proponer su nuevo documento en nombre de Nosotros el Pueblo” (Ackerman, 1991, 41-42).

<sup>48</sup> La legalidad de la Asamblea fue probada en la Corte Suprema colombiana, que apoyó el referéndum “con base en que las facultades de estado de sitio permitieron que en épocas de ‘anormalidad’ el presidente respondiera al ‘constituyente primario’” (Archer y Shugart, 1997, 147).

<sup>49</sup> “La historia de Colombia” entre 1974 y 1990 está repleta de “intentos fallidos para reformar la Constitución” (ibíd.).

<sup>50</sup> “En 1986, más de la mitad de los miembros del Congreso fueron elegidos principalmente por votantes rurales, aunque más del 60% de la población era urbana” (ibíd., 319).

<sup>51</sup> Martz (1997, 261) y Nielson y Shugart (1999, 326).

<sup>52</sup> Safford y Palacio (2001, 336) señalan que el 74% del electorado se abstuvo de votar en la elección de delegados a la Asamblea; ver Hartlyn y Dugas (1999, 281).

<sup>53</sup> Hartlyn y Dugas (ibíd., 281). Murillo y Gómez (2005) observan que la Asamblea fue bastante representativa de las principales fuerzas del país. “Más del 40% de los miembros de la Asamblea Constituyente no pertenecía a los partidos Liberal y Conservador, que hasta entonces dominaban la política electoral colombiana” (Uprimny, 2003, 46 y 52).

significativa de guerrillas desmovilizadas, indígenas y minorías religiosas. Ningún grupo dominó la Asamblea, lo que significa que las decisiones se lograron mediante “discusión y consenso” amplios (Uprimny, 2003, 52).

La Constitución de 1991 abordó los déficit democráticos del país: un sistema de representación que hacía mal la tarea de agregar las preferencias de los electores, un presidente excesivamente poderoso y una falla general para hacer cumplir los derechos individuales<sup>54</sup>. Los referéndums se introdujeron para reanimar la democracia electoral<sup>55</sup>. El poder del presidente para legislar y declarar estados de sitio se debilitó<sup>56</sup>. La nueva constitución fue profusa en derechos y mecanismos judiciales para protegerlos<sup>57</sup>.

La Constitución de 1991 también creó un nuevo guardián constitucional –la Corte Constitucional– que sustituyó a la Corte Suprema como árbitro final del significado constitucional. La Asamblea Constituyente debatió vigorosamente si se necesitaba una nueva corte (Cepeda, 2004, 529 y 547). Las fuerzas que temían que “daría demasiada importancia a los fallos judiciales como fuentes del derecho”, como ocurrió en Estados Unidos, se oponían a la creación de una corte constitucional (ibíd., 549). Los proponentes de la nueva corte, por su parte, pensaban que la Corte Suprema había interpretado la Constitución de 1886 de una manera formal que debilitaba la protección de los derechos y “ampliaba la distancia entre la Constitución y la vida sociopolítica de la nación” (Cepeda, 2007, 33). En forma sorprendente, la nueva Corte Constitucional se convirtió en poderoso guardián de los derechos constitucionales. Los redactores de una constitución, después de todo, no saben ex ante cómo se comportarán las instituciones que diseñan. Tres características importantes de la Corte Constitucional colombiana contribuyeron a que se convirtiera en un poderoso protector de los derechos de grupos marginados del poder político: un nuevo método de nombramiento de los jueces, un

<sup>54</sup> Ver Cepeda (1998, 72-73) y Dugas (1997, 84-85).

<sup>55</sup> También hubo significativas reformas al sistema electoral, y se crearon nuevos cargos de elección popular (Dugas, 1997, 87). Sólo el Congreso podía enmendar la Constitución de 1886; la Constitución de 1991 también dispone que se puede cambiar mediante una Asamblea Constituyente elegida popularmente (ibíd.); Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 260, 376 (en adelante Constitución de Colombia).

<sup>56</sup> La Corte Constitucional colombiana vigila y restringe activamente las declaraciones presidenciales de estado de sitio, y su utilización se ha reducido en forma impresionante. En los años ochenta, el país estuvo en estado de sitio el 80% del tiempo y sólo el 20% en los noventa (Uprimny, 2003, 64-65).

<sup>57</sup> Aunque la Constitución de 1991 fortaleció claramente los mecanismos de revisión judicial, existe una larga tradición de revisión judicial en Colombia, pues este poder se estableció en la Constitución de 1886 (Cepeda, 2007, 6).

nuevo mecanismo de revisión judicial y un cambio en la conceptualización de los derechos.

Primera, los nombramientos vinculan a las cortes con fuerzas políticas más amplias, por ello cumplen un papel clave en la construcción de responsabilidad judicial. Los académicos enfatizan en exceso la independencia judicial como elemento clave para que funcionen las constituciones, aunque es mejor concebir el problema como un problema de responsabilidad. Para que las cortes cumplan un papel provechoso en cumplimiento de la democracia constitucional, deben ser responsables, aunque no en exceso. Las cortes excesivamente responsables ante las facciones políticas erosionan la confianza necesaria para que la democracia funcione (Schor, 2008b), mientras que las cortes excesivamente independientes tienen pocos incentivos para cumplir un papel positivo en la construcción de la democracia<sup>58</sup>. La Corte Suprema colombiana, por ejemplo, era insuficientemente responsable bajo la Constitución de 1886. “Nombraba a sus nuevos miembros”, y no es sorprendente que tuviera pocos incentivos para cumplir un papel constructivo en la política democrática (Cepeda, 2004, 540). Por otra parte, el mecanismo de nombramiento que estableció la Constitución de 1991 llevó a que la Corte Constitucional fuera ampliamente representativa de las fuerzas políticas de la nación. Hoy tiene nueve miembros elegidos por el Senado por un periodo de ocho años (ibíd., 551)<sup>59</sup>.

Segunda, a diferencia de la reforma constitucional mexicana de 1994 que facultó a los actores políticos para que llevaran directamente sus reclamaciones a la Corte Suprema, las reformas colombianas de 1991 crearon un nuevo instrumento para que los ciudadanos corrientes pudieran reivindicar derechos<sup>60</sup>. La acción de tutela permite que toda persona cuyos derechos fundamentales han sido violados o estén amenazados entable una demanda<sup>61</sup>. Estas acciones son informales

<sup>58</sup> Hilbink (2007, 241) argumenta que la independencia de la judicatura chilena alimentó un legalismo extremo que debilitó la democracia.

<sup>59</sup> La Corte Suprema, el Consejo de Estado y el presidente envían ternas de candidatos (Constitución de Colombia, arts. 239-240).

<sup>60</sup> También se fortalecieron los mecanismos abstractos de revisión judicial que tuvieron origen en la Constitución de 1886 (Cepeda, 2004, 554-556). La Constitución de 1991 introdujo mecanismos que contextualizaran la revisión abstracta autorizando a la Corte Constitucional para realizar “audiencias públicas para recoger información sobre el contexto sociopolítico del asunto entre manos” (ibíd., 556). La revisión abstracta generalmente tiene efectos *erga omnes*, mientras que las decisiones de tutela generalmente tienen efecto *inter pares* (ibíd., 565 y 571).

<sup>61</sup> El catálogo formal de derechos fundamentales se encuentra en el tít. II, cap. 1 de la Constitución de 1991. La Corte, sin embargo, le ha dado una lectura expansiva al término “derechos fundamentales”. Los derechos que no figuran en el tít. II, cap. 1, como los derechos económicos, sociales, y culturales, también se

y pueden ser interpuestas sin un abogado. Los jueces deben darles prioridad y llegar a una decisión en un plazo de diez días. La Corte Constitucional colombiana tiene discreción para revisar estas decisiones<sup>62</sup>. El grueso del trabajo de la Corte Constitucional tiene que ver con la revisión de las acciones de tutela, cuya importancia aumentó dramáticamente desde 1991<sup>63</sup>. Los académicos disputan los méritos relativos de la revisión abstracta y concentrada frente a la revisión concreta y difusa. Se argumenta, por ejemplo, que un tribunal especializado que ejerza la revisión abstracta y concentrada tiene mayor probabilidad de convertirse en vigoroso defensor de una constitución que una corte no especializada que ejerza la revisión concreta y difusa (Lijphart, 1999, 123-238). El problema de esta visión es que los mecanismos formales de revisión judicial no determinan el papel que asume una corte en un orden democrático dado. Para entender el surgimiento de las cortes como instituciones, los académicos deben contextualizar el trabajo de las cortes. La revisión difusa tiene una recompensa democrática que no tiene la revisión concentrada: faculta a los ciudadanos para presentar demandas que pueden ayudar a construir un electorado del sistema jurídico. El número de acciones de tutela interpuestas en Colombia da testimonio del surgimiento de una cultura de derechos (Cepeda, 2007, 95-117). Las cortes son impotentes salvo que otros actores usen sus decisiones como forma de acuñación en las luchas políticas (Schor, 2007, 1331-1132). La carencia de un electorado significa que la ley no regula ni mejora el conflicto político debido a que “las conexiones entre la ley y la sociedad están rotas” (ibíd., 1333)<sup>64</sup>. La existencia de un electorado, por su parte, amplía el poder de las cortes<sup>65</sup> y ayuda a que las cortes activas, como la Corte Constitucional colombiana, capeen las tormentas políticas que sus decisiones generan inevitablemente<sup>66</sup>.

Tercera, la Constitución de 1991 marca un cambio crucial en la manera de concebir los derechos en Colombia. La Corte Constitucional colombiana desplazó a los funcionarios elegidos como guardián principal de los derechos. En contraste, bajo la Constitución de

pueden juzgar fundamentales (“Estado Social de Derecho/Juez de Tutela”, Corte Constitucional, Sentencia T-406/92; García, 2004).

<sup>62</sup> Constitución de Colombia, art. 86; Cepeda (2004, 552-554).

<sup>63</sup> En 1992, la Corte Constitucional revisó 8.060 decisiones de tutela y en 2001, 133.273. De 1992 a 2002, el número total de decisiones decididas por la Corte pasó de 235 a 1.123. Cerca del 70% correspondían a decisiones de tutela y el resto, a revisión abstracta (Cepeda, 2004, 559-562).

<sup>64</sup> Ver en general Widner (2001).

<sup>65</sup> Aun las cortes de regímenes autoritarios tienen sorprendentes reservas de fuerza si tienen un electorado político; ver, p. ej., Moustafa (2007, 17).

<sup>66</sup> Uprimny y García (2005, 66 y 74); ver Uprimny (2003, 59).

1886, las cortes estaban subordinadas claramente al legislativo en el cumplimiento de derechos; las libertades, que según la Constitución se habían de entender como “simples prerrogativas que el Estado concede a los individuos”, carecían de mecanismos para hacerlas cumplir y podían ser restringidas ampliamente (Cepeda, 2004, 575). En consecuencia, la judicatura leía la Constitución de 1886 de una manera formal que marginaba a las cortes de los problemas políticos de la nación (Cepeda, 2007, 33). Los redactores de la Constitución de 1991 atacaron este problema, en parte reconociendo un conjunto de derechos mucho más amplio que el que reconocía la Constitución de 1886<sup>67</sup>. El largo catálogo de derechos no niega la existencia de otros derechos no enumerados<sup>68</sup>, y la inmensa mayoría de derechos negativos clásicos puede ser aplicada directamente por las cortes<sup>69</sup>.

Más importante aún, la Corte Constitucional abandonó el formalismo y adoptó un enfoque realista que hace énfasis en el test de proporcionalidad. El cambio fue súbito e “inesperado” en un país que tenía una antigua tradición de cuatro siglos de “cultura legal” envuelta en “formas rituales” (Cepeda, 2004, 651). La “visión tradicionalista latinoamericana que minimiza el papel de las constituciones centrándose en reglas concretas” fue sustituida por “una visión más nueva que se centra en los principios y valores que están en la base de las constituciones, y tiende entonces a interpretarlas en forma más amplia” (Landau, 2005, 687 y 689).

Este cambio no se derivó simplemente de los derechos inscritos en la Constitución de 1991 ni del hecho de que fueran directamente aplicables por las cortes. La conformación de la Corte Constitucional es bastante diferente de la de su predecesora, la Corte Suprema. La nueva corte tiene un gran número de antiguos académicos. Algunos políticos importantes creyeron que había más probabilidades de que los estudiosos del derecho tuvieran actitudes “acordes con una agenda política progresista neo-constitucional” (ibíd., 725). Estos nuevos jueces tenían una perspectiva internacional y entendían que el enfoque dominante en el mundo en la interpretación de las constituciones involucraba la proporcionalidad.

Las cortes del planeta pasaron del formalismo a la proporcionalidad y al pragmatismo cuando empezaron a hacer cumplir activamente

<sup>67</sup> Los artículos 11-41 de la Constitución colombiana hacen una lista de derechos negativos clásicos o “derechos fundamentales”. Los artículos 42-77 enumeran los derechos económicos, sociales y culturales. Los artículos 78-82 listan los derechos colectivos y ambientales (Constitución de Colombia, arts. 11-82).

<sup>68</sup> Constitución de Colombia, art. 94.

<sup>69</sup> Constitución de Colombia, art. 85.

los derechos. La agenda de la Corte Suprema de Estados Unidos cambió en el siglo XX cuando se ocupó cada vez más de los litigios de derechos<sup>70</sup>. A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX fue atacada porque impedía reformas sociales con base en lo que los críticos consideraban una visión obsoleta de la Constitución (Gillman, 1993, 148-193). En respuesta, magistrados tales como Holmes, Brandeis y Stone defendieron un giro realista que utilizaba el equilibrio para tener en cuenta los hechos sociales en la adjudicación constitucional (Aleinikoff, 1987, 943 y 954-956). La Corte comenzó explícitamente a usar el test de proporcionalidad a finales de los años treinta cuando articuló un nuevo papel en la política estadounidense (ibíd., p. 948). Un cambio análogo ocurrió en Canadá. Su Constitución, el Acta de la Norteamérica Británica de 1867, estableció el federalismo pero no constitucionalizó los derechos (Russell, 2004, 15-31). Las cortes canadienses recurrían al formalismo legal cuando la revisión judicial abarcaba únicamente al federalismo (Hogg, 2006, 55)<sup>71</sup>. Los derechos se constitucionalizaron en 1982 con la adopción del Capítulo Canadiense sobre los Derechos y Libertades (McWhinney, 1982). Cuando enfrentaron la tarea de interpretar una extensa lista de derechos, las cortes canadienses giraron a la proporcionalidad. Este proceso se aceleró con el nombramiento de académicos, como Bora Laskin, en la Corte Suprema canadiense (Hogg, 2006, 77-80). Dicho giro en el razonamiento legal fue precedido por una transformación en la cultura legal que implicó un vigoroso debate sobre los orígenes del constitucionalismo canadiense y la conveniencia de realzar el papel de las cortes (Russell, 2004, 99-125, y Erdos, 2007). La pieza más importante en el rompecabezas de la difusión del equilibrio fue, sin embargo, la adopción de la proporcionalidad<sup>72</sup> por la Corte Constitucional alemana después de la Segunda Guerra Mundial (Sweet y Mathews, 2008, 16-27)<sup>73</sup>. Desde Alemania, la proporcionalidad se difundió “en forma relativamente rápida de una jurisdicción a otra”, de una manera casi “viral” (ibíd., 26).

Esta transformación de la cultura legal<sup>74</sup> fue más traumática en América Latina que en otras partes del mundo atlántico porque el

<sup>70</sup> Ver en general Epp (1998).

<sup>71</sup> Smith (1983, 115) discute los orígenes intelectuales de la revisión judicial en Canadá.

<sup>72</sup> Los académicos de Estados Unidos tienden a hablar de equilibrio mientras que los extranjeros hablan de proporcionalidad. Para un análisis de esta distinción, ver Bomhoff (2008).

<sup>73</sup> Quienes siguen la pista del “surgimiento [del análisis de proporcionalidad] como método formal para negociar las reclamaciones de derechos” hasta Alemania.

<sup>74</sup> El profesor López Medina presenta un estudio seminal de esta transformación (López, 2005).



formalismo echó raíces profundas durante el largo dominio de la oligarquía y la dictadura en la región. Colombia está a la vanguardia de este cambio en la conciencia legal en América Latina, el cual está ligado, como en otras partes del planeta, a la noción de derechos justiciables<sup>75</sup>. La Constitución de 1886 fue concebida como regulador de las “funciones y las competencias de las ramas del gobierno” pero no como fuente de derechos que “los ciudadanos podían hacer cumplir judicialmente” (López-M., 2005, 408). Las críticas a la visión clásica del constitucionalismo surgieron como parte de un diálogo más amplio sobre el fracaso del Estado para enfrentar los graves problemas colombianos. En la imaginación legal, Dworkin y su visión expansiva del papel de las cortes en el cumplimiento de los derechos desplazaron la visión más estrecha de Kelsen. Este cambio en la cultura legal se refleja en el trabajo de la Corte Constitucional colombiana puesto que los magistrados “usan con frecuencia la teoría legal contemporánea para forjar un nuevo estilo judicial que está en franco contraste con el estilo clásico” (ibíd., 436). La Corte ha empleado este nuevo estilo de razonamiento legal para elaborar una jurisprudencia progresista que proporciona resultados a grupos durante mucho tiempo marginados del poder político y profundiza las bases sociales de la democracia en una sociedad marcada por la desigualdad<sup>76</sup>.

## CONCLUSIÓN

México y Colombia constituyen una instructiva unidad de comparación política y jurídica. Durante el siglo XX, México fue un régimen notoriamente autoritario y Colombia una democracia electoral bastante cerrada. Hoy, ambas naciones son democracias vigorosas, aunque perturbadas. En los años noventa ambas hicieron importantes reformas que facultaron a sus altas cortes para hacer cumplir las garantías constitucionales. Aunque los momentos constitucionales de ambos países estuvieron marcados por inspiraciones autoritarias, es

<sup>75</sup> La Corte Suprema mexicana empezó recientemente a utilizar el test de proporcionalidad en casos de amparo (Conesa, 2008). No es de extrañar que en México la proporcionalidad surgiera primero en casos de amparo debido a que éste se diseñó, *inter alia*, para hacer cumplir los derechos individuales. Pero la transformación parece ser incompleta pues algunos académicos califican de “formalista” al razonamiento de la Corte en muchos casos (ver González y Bauer, 2002, 34); ver también López y Fix (2003, 285, 286), quienes indican que los factores que facilitan el imperio de la ley, entendido como un “poder judicial más fuerte y una creciente conciencia de los derechos entre la población”, son contrabalanceados por una “mentalidad judicial formalista”, entre otras cosas.

<sup>76</sup> Ver Cepeda (2004, 650, 665) y García (2004, 141), pero ver García (ibíd., 151). Ver Uprimny y García (2005, 65-92), que examinan el papel de las constituciones progresistas en la “emancipación social”, con énfasis particular en Colombia.

claro que la adopción de la Constitución colombiana de 1991 involucró un mayor grado de discusión y participación que las reformas constitucionales mexicanas de 1994.

México y Colombia fortalecieron sus mecanismos de revisión judicial, lo que a su vez es parte de un proceso mundial que los académicos llaman “judicialización de la política”<sup>77</sup>. Aunque este término es problemático porque centra la atención en por qué las cortes ganan poder mientras que obscurece las transformaciones que ocurren dentro de la judicatura. Los académicos han prestado demasiada atención a las condiciones que facilitan el surgimiento del poder judicial y muy poca a lo que las cortes hacen realmente. Las cortes se transformaron cuando ejercieron la revisión judicial<sup>78</sup>. Cuando las cortes asumen la tarea de revisión judicial en una nueva democracia se pueden convertir en instituciones cuyos miembros creen que deben cumplir un papel importante para mantener a flote la empresa democrática. Por ejemplo, la incertidumbre sobre el papel de la Corte Suprema en los inicios de la república estadounidense y el desacuerdo político que generó su trabajo ayudaron a forjar la Corte Marshall como una institución notablemente unificada (Jessup, 1987, 445-447). De manera similar, México y Colombia tienen altas cortes nacionales poderosas cuyos miembros comparten la misión o la creencia de que están comprometidos en una empresa común<sup>79</sup>. La noción de que las cortes deberían estar subordinadas a los actores políticos cayó en desuso. Éste es un cambio importante en una región donde durante mucho tiempo las constituciones politizadas facilitaron la dictadura.

Una de las lecciones de este ensayo es que las dos Cortes tienen nociones diferentes de lo que han de ser sus tareas. La Corte Suprema mexicana concibe su papel como el de un árbitro en el juego de la política. Mantiene la división horizontal y vertical de poderes y evita que los partidos se pisoteen entre sí. Guarda una relación parecida a la de la Corte Marshall en los inicios de la república estadounidense, que asumió la tarea de mantener la línea alternante entre nación y Estado. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, cumple un papel claramente diferente. En un país marcado por la violencia y la desigualdad, considera que su papel es profundizar las bases sociales de la democracia. Ha inyectado vida a la larga lista de derechos

<sup>77</sup> Ver en general Tate y Vallinder (1995).

<sup>78</sup> Para un ensayo muy sugestivo sobre este punto, ver Grey (2003).

<sup>79</sup> Ver Gillman (1999, 65, 78-86), que discute las creencias de los magistrados de la Corte Suprema de Estados Unidos con respecto a la “misión” institucional de la Corte.

contenidos en la Constitución de 1991 y los ciudadanos de esa nación recurren cada vez más a la Corte en busca de protección. Guarda una relación parecida a la de la Corte Warren, que trató de profundizar la democracia estadounidense y hacer cumplir los derechos contra una minoría recalcitrante localizada principalmente en el Sur.

La pregunta es por qué estas dos cortes asumieron misiones tan diferentes. La respuesta obvia centra la atención en las negociaciones políticas de corto plazo que dieron poder a estas dos cortes. México decidió fortalecer los mecanismos mediante los cuales los actores políticos podían llevar directamente sus reclamaciones a la Corte Suprema, mientras que Colombia creó un instrumento para que los ciudadanos corrientes pudieran interponer las reclamaciones ante sus cortes. El problema de esta visión es que las cortes no son autómatas cuya tarea pueda ser especificada *ex ante* por los redactores de las constituciones. La Corte Suprema mexicana y la Corte Constitucional colombiana podrían haber ignorado o pervertido los mandatos que se les confiaron, así como hizo la Corte Suprema de Estados Unidos con las enmiendas de reconstrucción durante más de un siglo. Para responder esta pregunta, hemos de entender el ambiente intelectual en el que actuaba las cortes. La transición constitucional de 1991 en Colombia fue precedida por un vigoroso debate público sobre la necesidad de una protección judicial más enérgica de los derechos y de un debate entre juristas académicos sobre el papel del test de proporcionalidad en el derecho constitucional. México, por su parte, emprendió una revisión constitucional más limitada que no fue acompañada de un debate público sostenido.

Además de explorar las transformaciones constitucionales que ocurrieron en México y Colombia, este ensayo también explora las consecuencias democráticas de los diferentes papeles que asumieron estas dos cortes. Una vertiente importante en la teoría constitucional estadounidense moderna sugiere que el papel que ejerce la Corte Suprema de México puede ser más democráticamente apropiado que el que ejerce la Corte Constitucional de Colombia. La Corte Marshall y la Corte Warren generaron conflicto político, pero esta última facilitó el ascenso de una poderosa y violenta reacción conservadora que transformó la política estadounidense<sup>80</sup>. La lección de la experiencia estadounidense parece ser que las cortes fortalecen la democracia haciendo cumplir las protecciones procedimentales pero pueden debilitarla haciendo cumplir enérgicamente las protecciones

<sup>80</sup> Los profesores Post y Siegel acuñaron el término “tesis de la reacción violenta” (Post y Siegel, 2007, 373).

sustantivas. Los funcionarios elegidos, no las cortes, deberían introducir las transformaciones democráticas.

Parecería, además, que si las cortes activistas son peligrosas en democracias bien establecidas como Estados Unidos, son aún más peligrosas en democracias en transición. Éste es un error por dos razones. Primera, las democracias en transición padecen numerosos déficit democráticos. El uso de la ley como medio para enfrentar estos déficit ha resultado seductor para los abogados de América Latina, en particular para aquellos que embebieron el legado progresista de la Corte Warren cuando estudiaron en escuelas de derecho estadounidenses (Couso, 2007, 237, 262). Las constituciones extensas y detalladas y las cortes activistas pueden hacer la tarea de proporcionar resultados democráticos mejor que los funcionarios elegidos (Scheppele, 2005, 25). Precisamente porque las altas cortes nacionales tienen pocos miembros e incentivos diferentes que los cuerpos legislativos, en circunstancias apropiadas, las cortes pueden forjar una identidad colectiva para que su tarea sea hacer cumplir las constituciones programáticas. Segunda, en las democracias en transición la protección activa de los derechos por parte de las cortes tiene una recompensa inesperada pero importante. Las cortes pueden utilizar el formalismo para hacer cumplir la división de poderes, pero el formalismo fracasa cuando hacen cumplir activamente los derechos. Las cortes que hacen cumplir los derechos necesariamente sopesan las garantías constitucionales contra los estatutos. Las cortes dan mejores resultados democráticos cuando en la interpretación de las garantías constitucionales adoptan un enfoque pragmático y flexible en vez de un enfoque formalista.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ackerman, B. "The rise of world constitutionalism", *Virginia Law Review* 83, 1997, pp. 771-797.
2. Ackerman, B. "Foundations", *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
3. Adelman, J. y M. A. Centeno. "Between liberalism and neoliberalism: Law's dilemma in Latin America", Y. Dezalay y B. G. Garth, eds., *Global prescriptions: The production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002.
4. Aleinikoff, T. A. "Constitutional law in the age of balancing", *Yale Law Journal* 96, 1987, pp. 934-955.
5. Archer, R. P. y M. S. Shugart. "The unrealized potential of presidential dominance in Colombia", S. Mainwaring y M. S. Shugart, eds., *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 1997.

6. Beezley, G. H. y C. M. MacLachlin. *El gran pueblo: A history of greater Mexico 1911–The present*, vol. 2, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1994.
7. Berruecos, S. “El nuevo papel del poder judicial en México: La Corte Suprema bajo el nuevo federalismo”, B. Londoño, ed., *Estado de crisis o crisis del Estado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2003.
8. Bomhoff, J. “Balancing, the global and the local: Judicial balancing as a problematic topic in Comparative (Constitutional) Law”, *Hastings International and Comparative Law Review* 31, 2, 2008, pp. 555-586.
9. Buenahora F.-C., J. *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1991.
10. Cabildo, M. “Los 25 ministros que serán jubilados, sus historias, sus carreras, sus nombramientos”, *Proceso*, 19 de diciembre de 1994.
11. Centeno, M. Á. *Democracy within reason: Technocratic revolution in Mexico*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1999.
12. Cepeda E., M. J. “Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The role of the Constitutional Court”, E. Posada, ed., *Colombia: The politics of reforming the State*, New York, St. Martin Press, 1998.
13. Cepeda E., M. J. “Judicial activism in a violent context: The origin and impact of the Colombian Constitutional court”, *Washington University Global Studies Law Review* 3, special issue 2004, pp. 529-700.
14. Cepeda E., M. J. *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
15. Conesa, L. “The tropicalization of proportionality balancing: The Colombian and Mexican examples”, *Cornell Law School LL.M. Paper Series* 13, 2008 [<http://lsr.nellco.org/cornell/lps/clacp/13>].
16. Couso, J. A. “The seduction of judicially triggered social transformation: The impact of the Warren Court in Latin America”, H. N. Scheiber, ed., *Earl Warren and the Warren Court: The legacy in American and foreign law*, Lanham, Lexington Books, 2007.
17. Dahl, R. A. *A preface to democratic theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956.
18. Diamond, L. “Thinking about hybrid regimes”, *Journal of Democracy*, 13, 2, 2002, pp. 21-35.
19. Diamond, L. “The democratic rollback”, *Foreign Affairs* 87, 2, 2008, pp. 36-48.
20. Dillon, S. “Mexico Court makes history by siding with Congress”, *New York Times*, 25 de agosto de 2000, p. A3.
21. Domingo, P. “Judicial independence: The politics of the Supreme Court in Mexico”, *Journal of Latin American Studies* 32, 3, 2000, pp. 705-735.
22. Dugas, J. C. “Explaining democratic reform in Colombia: The origins of the 1991 Constitution”, tesis de doctorado, Indiana University, 1997 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=739796131&sid=1&Fmt=2&clientId=12010&RQT=309&VName=PQD>].
23. Epp, Ch. R. *The rights revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
24. Erdos, D. O. “Mace, sword, and scales: The Bill of Rights debate in Westminster democracies”, tesis no publicada, Princeton University, 2007.
25. Faundez, J. “Democratization through law: Perspectives from Latin America”, *On the state of democracy*, London, Routledge, 2007.

26. Finkel, J. "Judicial reform as an insurance policy: Mexico in the 1990s", *Latin American Politics and Society* 47, 1, 2005, pp. 87-113.
27. Fix-F., H. "Judicial reform in Mexico: What next?", E. G. Jensen y T. C. Heller, eds., *Beyond common knowledge: Empirical approaches to the rule of law*, Stanford, Stanford University Press, 2003.
28. Fix-Z., H. y E. Ferrer M.-G. "El derecho de amparo en México", *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.
29. García V., M. "Law as hope: Constitutions, courts, and social change in Latin America", *Florida Journal of International Law* 16, 1, 2004, pp. 133-154.
30. Gillman, H. *The Constitution besieged: The rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1993.
31. Gillman, H. "The Court as an idea, not a building (or a game): Interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making", C. W. Clayton y H. Gillman, eds., *Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.
32. Ginsburg, T. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press, 2003.
33. González C., M. y P. Bauer. *Jurisdicción y democracia: los nuevos rumbos del poder judicial en México*, México, Cal y Arena, 2002.
34. Grey, T. C. "Judicial review and legal pragmatism", *Wake Forest Law Review* 38, 473, 2003, pp. 497-507.
35. Grindle, M. S. *Audacious reforms: Institutional invention and democracy in Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000.
36. Hale, Ch. A. "The civil law tradition and constitutionalism in twentieth-century Mexico: The legacy of Emilio Rabasa", *Law and History Review* 18, 2, 2000, pp. 257-278.
37. Hammergren, L. A. *The politics of justice and justice reform in Latin America: The Peruvian case in comparative perspective*, Boulder, Westview Press, 1998.
38. Hartlyn, J. y J. Dugas. "Colombia: The politics of violence and democratic transformation", L. Diamond et al., eds., *Democracy in developing countries: Latin America*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1999.
39. Hilbink, L. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
40. Hirschl, R. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004.
41. Hogg, P. "Canada: From Privy Council to Supreme Court", J. Goldsworthy, ed., *Interpreting constitutions: A comparative study*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
42. Inclán O., S. "Judicial reform and democratization: Mexico in the 1990s", tesis inédita de doctorado, Boston University, 2004.
43. Jessup, D. W. *Reaction and accommodation: The United States Supreme Court and political conflict 1809-1835*, New York, Garland Publishing, 1987.
44. Klug, H. *Constituting democracy: Law, globalism and South Africa's political reconstruction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
45. Kramer, L. D. *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004.

46. Landau, D. "The two discourses in Colombian constitutional jurisprudence: A new approach to modeling judicial behavior in Latin America", *George Washington International Law Review* 37, 3, 2005, pp. 687-744.
47. Levi, E. H. *An introduction to legal reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949.
48. Lijphart, A. *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*, New Haven, Yale University Press, 1999.
49. López-A. S. y H. Fix F. "Faraway, so close! The rule of law and legal change in Mexico, 1970-2000", L. M. Friedman y R. Pérez P., eds., *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, 2003.
50. López-M., D. E. *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Stanford, Stanford University Press, 2005.
51. Loveman, B. *The constitution of tyranny: regimes of exception in Spanish America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1993.
52. Magaloni, M. "Democracy, and the Supreme Court: Horizontal exchange and the rule of law in Mexico", S. Mainwaring y Ch. Welna, eds., *Democratic accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
53. Mainwaring, S. y M. S. Shugart, eds. *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 1997.
54. Martz, J. D. *The politics of clientelism: Democracy & the State in Colombia*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1997.
55. McWhinney, E. *Canada and the Constitution 1979-1982: Patriation and the charter of rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1982.
56. Merryman, J. et al. *The civil law tradition: Europe, Latin America, and East Asia, cases and materials*, Matthew Bender, Charlottesville: Michie Co., 1994.
57. Mirow, M. C. "Marbury in Mexico: Judicial review's precocious southern migration", *Hastings Constitutional Law Quarterly* 35, 1, 2007, pp. 41-117.
58. Morris, S. D. *Political reformism in Mexico: An overview of contemporary Mexican politics*, Boulder, Lynne Rienner, 1995.
59. Moustafa, T. *The struggle for constitutional power: Law, politics, and economic development in Egypt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
60. Murillo C., G. y V. Gómez S. "Institutions and citizens in Colombia: The changing nature of a difficult relationship", *Social Forces* 84, 1, 2005, [[http://muse.jhu.edu/journals/social\\_forces/v084/84.1briceno-leon.pdf](http://muse.jhu.edu/journals/social_forces/v084/84.1briceno-leon.pdf)].
61. Navia, P. y J. Ríos F. "The constitutional adjudication mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies* 38, 2, 2005, pp. 189-217.
62. Nielson, D. L. y M. S. Shugart. "Constitutional change in Colombia: Policy adjustment through institutional reform", *Comparative Political Studies* 32, 3, 1999, pp. 313-341.

63. O'Donnell, G. "Delegative democracy", *Journal of Democracy* 5, 1, 1994, pp. 55-69.
64. Oquendo, R. Á. "The solitude of Latin America: The struggle for rights south of the border", *Texas International Law Journal* 43, 2008, pp. 185-237.
65. Pásara, L., ed. *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
66. Post, R. y Siegel, R. "Roe rage: Democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42, 2, 2007, pp. 373-433.
67. Powe, Jr. L. A. *The Warren Court and American politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
68. Przeworski, A. *Democracy and the market: Political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
69. Reyes H., F. coord. *50 preguntas a los candidatos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
70. Russell, P. H. *Constitutional odyssey: Can Canadians become a sovereign people*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.
71. Safford, F. y M. Palacio. *Colombia: Fragmented land, divided society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
72. Scheppele, K. L. "Democracy by judiciary: Or, why courts can be more democratic than parliaments", A. W. Czarnota et al., eds., *Rethinking the rule of law after communism*, Budapest, Central European University Press, 2005.
73. Schor, M. "Constitutionalism through the looking glass of Latin America", *Texas International Law Journal* 41, 1, 2006, pp. 1-38.
74. Schor, M. "Rule of law", D. S. Clark, ed., *Encyclopedia of law and society: American and global perspectives*, t. 3, Thousand Oaks, Sage Publications, 2007.
75. Schor, M. "Mapping comparative judicial review", *Washington University Global Studies Law Review* 7, 2, 2008a, pp. 257-287.
76. Schor, M. "Judicial review and American constitutional exceptionalism", *Osgoode Hall Law Journal* 46, 2008b, pp. 546-563.
77. Seider, R. et al., eds. *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005.
78. Smith, J. "The origins of judicial review in Canada", *Canadian Journal of Political Science* 16, 1, 1983, pp. 115-134.
79. Smith, P. H. *Democracy in Latin America: Political change in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
80. Sweet, A. S. y J. Mathew. "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Yale Law School Faculty Scholarship Series* 14, 2008, [<http://lsr.nellco.org/yale/fss/papers/14>].
81. Tate, C. N. y T. Vallinder, eds. *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995.
82. Thayer, J. B. "The origin and scope of the American doctrine of constitutional law", *Harvard Law Review* 7, 3, 1893, pp. 129-156.



83. Tushnet, M. *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
84. Tushnet, M. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
85. Uprimny, R. "The Constitutional Court and control of presidential extraordinary powers in Colombia", *Democratization* 10, 4, 2003, pp. 46-69.
86. Uprimny, R. y M. García V. "The Constitutional Court and social emancipation in Colombia", B. de S. Santos, ed., *Democratizing democracy: Beyond the liberal democratic canon*, London, Verso, 2005.
87. Véliz, C. *The centralist tradition of Latin America*, Princeton, Princeton University Press, 1980.
88. Waldron, J. "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal* 115, 6, 2006, pp. 1346-1406.
89. Weldon, J. "The political sources of presidencialismo in Mexico", S. Mainwaring y M. S. Shugart, eds., *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 1997.
90. Widner, J. A. *Building the rule of law*, New York, W. W. Norton & Co., 2001.
91. Zamora, S. et al. *Mexican law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
92. Zamora, S. y J. R. Cossío. "Mexican constitutionalism after presidencialismo", *International Journal of Constitutional Law* 4, 2, 2006, pp. 411-437.