

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA.
UN ENFOQUE DESDE EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

ARMIN VON BOGDANDY

JESÚS MARÍA CASAL

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

MAGDALENA CORREA HENAO

(EDITORES)

LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL
EN AMÉRICA LATINA
UN ENFOQUE DESDE
EL *IUS CONSTITUTIONALE*
COMMUNE

VOLUMEN I

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW

La jurisdicción constitucional en América Latina : un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune / Paola Andrea Acosta Alvarado [y otros] ; Armin von Bogdandy, Jesús María Casal, Mariela Morales Antoniazzi y Magdalena Correa Henao (editores). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia ; Instituto Max Planck. 2019.

607 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587901344

1. América Latina -- Derecho constitucional 2. América Latina -- Historia constitucional 3. Jurisdicción (Derecho constitucional) 4. Justicia constitucional -- América Latina 5. Tribunales constitucionales -- América Latina I. Bogdandy, Armin von, | d1960- , editor II. Casal, Jesús María, editora III. Morales Antoniazzi, Mariela, editora IV. Correa Henao, Magdalena, | d1967- , editora V. Universidad Externado de Colombia VI. Instituto Max Planck Título VI. Título

342.98

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Mayo de 2019

ISBN 978-958-790-134-4

- © 2019, ARMIN VON BOGDANDY, JESÚS MARÍA CASAL, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y MAGDALENA CORREA HENAO (EDITORES)
- © 2019, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW
- © 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: mayo de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kímpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO	AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA
VÍCTOR BAZÁN	NÉSTOR I. OSUNA PATIÑO
JESÚS MARÍA CASAL	JOSUÉ PADILLA EVELINE
MAGDALENA CORREA HENAO	ALFONSO PALACIOS TORRES
DIEGO ANDRÉS GONZÁLEZ MEDINA	GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES
ANDRÉS MAURICIO GUTIÉRREZ BELTRÁN	MARTÍN RISSO FERRAND
MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS	JORGE ERNESTO ROA ROA
CÉSAR LANDA	JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA
RAFAEL LÓPEZ MURCIA	DANIELA UROSA MAGGI
CAROLINA VERGEL TOVAR	

CONTENIDO

PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	
La jurisdicción constitucional y el <i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina	25
CAPÍTULO 1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA	
1.1. Génesis y evolución	35
1.2. Caracterización general del sistema de justicia constitucional	45
1.3. Aspectos institucionales y procesales	52
1.3.1. La CSJN es –como anticipábamos– cabeza del poder judicial nacional y órgano de cierre de la justicia constitucional en el país	52
1.3.2. Los procesos constitucionales	59
1.4. Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	74
1.5. Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	98
1.6. Efectividad de la jurisdicción constitucional	108
1.7. Relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica	112
1.8. Diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales	127
Bibliografía del capítulo 1	145
CAPÍTULO 2. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE	
2.1. Introducción	153
2.2. Génesis y evolución	156
2.3. Atribuciones y composición del Tribunal Constitucional	164
2.4. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional	167
2.5. Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	172
2.6. Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	174
2.7. Diálogo jurisdiccional entre el Tribunal Constitucional y los órganos internacionales: el control de convencionalidad	178
2.8. Conclusiones	184
Bibliografía del capítulo 2	186
CAPÍTULO 3. EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	
3.1. Los antecedentes del control de constitucionalidad en Colombia y la creación de la Corte Constitucional	193
3.2. Caracterización general del sistema de justicia constitucional	197
3.2.1. Tres pilares	198

3.2.2.	Justicia constitucional débil y justicia constitucional fuerte	200
3.2.3.	Pureza e impureza de la Corte Constitucional	202
3.3.	Aspectos institucionales y procesales de la Corte Constitucional	204
3.3.1.	Régimen de la Magistratura en la Corte Constitucional	204
3.3.2.	Estructura de la Corte Constitucional para el ejercicio de competencias judiciales	206
3.3.3.	Procedimientos en desarrollo de funciones jurisdiccionales	207
3.3.3.1.	Procedimiento de revisión de acciones de tutela	207
3.3.3.2.	Procedimiento en sede de control constitucional	208
3.3.3.2.1.	Vías de acceso al control jurisdiccional de constitucionalidad	208
3.3.4.	Efectos de las sentencias de la Corte Constitucional	210
3.3.4.1.	Efectos de cosa juzgada	210
3.3.4.2.	Efectos vinculantes para otras autoridades judiciales	211
3.3.4.2.1.	Fundamento del carácter vinculante de las sentencias de tutela	212
3.3.4.2.2.	Fundamento del carácter vinculante de las sentencias de constitucionalidad	213
3.3.4.2.3.	Efectos en el tiempo de las sentencias de la Corte Constitucional	215
3.4.	Papel político-constitucional de la jurisdicción constitucional	217
3.4.1.	El rol político de la jurisdicción constitucional en Colombia	218
3.5.	Dos escenarios de relaciones entre la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	220
3.5.1.	Control constitucional de las omisiones legislativas	221
3.5.2.	Acción de tutela contra providencias judiciales	224
3.5.3.	Conclusión	230
3.6.	Reflexiones en torno a la eficacia de la justicia constitucional colombiana	231
3.6.1.	La eficacia de la jurisprudencia activista	233
3.6.2.	La Corte Constitucional ante el desplazamiento forzado: la sentencia T-025 de 2004	235
3.6.3.	Los efectos de las sentencias con exhortos	238
3.6.3.1.	Exhortos que no se atienden	240
3.6.3.2.	Exhortos que se atienden	241
3.6.3.3.	Exhortos desatendidos con efectos jurídicos	243
3.6.4.	Conclusión	244
3.7.	La jurisdicción constitucional en y para la sociedad: de ciertos usos sociales, dinámicas mediáticas y académicas generadas por la Corte y las acciones constitucionales	245
3.7.1.	La apropiación social de la acción de tutela: un mecanismo de todos y para todo	248
3.7.2.	Los comunicados de prensa: tensiones entre la publicidad en sentido procesal y mediático de los fallos de la Corte Constitucional	254
3.7.3.	¿Y ahora quién va a protegernos? Debates en torno a la elección de quienes deben integrar la magistratura constitucional	256

3.8.	Diálogo e influencia: la interacción del juez constitucional colombiano con sus homólogos y con otros funcionarios internacionales	260
3.8.1.	La influencia de la jurisprudencia constitucional de otros países en el trabajo del juez constitucional colombiano	260
3.8.2.	El diálogo judicial entre la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	262
3.8.3.	El diálogo, la influencia y los retos entre manos	270
	Bibliografía del capítulo 3	271
CAPÍTULO 4. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA		
4.1.	Génesis y evolución	281
4.2.	Caracterización general del sistema de justicia constitucional	285
4.3.	Aspectos institucionales y procesales	286
4.4.	Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	296
4.5.	Contribución al afianzamiento democrático	304
4.5.1.	Decisiones significativas de la Corte de Constitucionalidad para garantizar la participación política, el pluralismo político y social, la libertad de expresión y los derechos de libre asociación y de reunión o manifestación	305
4.6.	Actitud de oficio o a instancia de parte en defensa del orden constitucional	308
4.7.	Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	309
4.8.	Efectividad de la jurisdicción constitucional	312
4.9.	Relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica	313
4.10.	Diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales	314
	Bibliografía del capítulo 4	319
CAPÍTULO 5. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN HONDURAS		
5.1.	Los fundamentos históricos y antecedentes del sistema de justicia constitucional	325
5.2.	Las influencias provenientes de otros ordenamientos jurídicos en el origen y desarrollo del sistema de justicia constitucional	327
5.3.	Características generales del sistema de justicia constitucional en Honduras	329
5.4.	La magistratura constitucional	335
5.5.	Papel político institucional de la jurisdicción constitucional en Honduras	342
5.6.	Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	347
5.7.	Efectividad de la jurisdicción constitucional	349
5.8.	Relaciones con la opinión pública, la sociedad y la comunidad jurídica	352
5.9.	El ejercicio del control de convencionalidad en Honduras	353
	Bibliografía del capítulo 5	363

CAPÍTULO 6. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN PERÚ

6.1.	Génesis y evolución	369
6.1.1.	La legislación de los siglos XIX y XX (hasta 1979)	369
6.1.2.	El constitucionalismo democrático del siglo XX (1979-1992)	372
6.1.3.	El constitucionalismo autoritario de fines del siglo XX (1992-2000)	374
6.1.4.	La restauración democrática de comienzos del siglo XXI (2000-2007)	377
6.1.5.	Tensiones en la justicia constitucional (2007-hasta nuestros días)	378
6.2.	Caracterización general del sistema de justicia constitucional	380
6.2.1.	Control normativo: tribunal constitucional y poder judicial	381
6.2.2.	Tutela y protección de los derechos fundamentales	383
6.2.3.	Conflictos constitucionales	385
6.3.	Aspectos institucionales y procesales	388
6.3.1.	La magistratura constitucional	388
6.3.1.1.	Estatus del Tribunal Constitucional	388
6.3.1.2.	Número de jueces, pleno y salas del Tribunal Constitucional	388
6.3.1.3.	Procedimiento de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional	391
6.3.1.4.	Procedimiento de designación y juramento de los magistrados del Tribunal Constitucional	392
6.3.1.5.	Requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional	394
6.3.1.6.	Impedimentos para ser magistrado del Tribunal Constitucional	395
6.3.1.7.	Perfil del magistrado del Tribunal Constitucional	396
6.3.1.8.	Principios de selección del magistrado constitucional	398
6.3.1.9.	Procedimiento y sistema de votación	399
6.3.1.10.	Recursos del Tribunal (personal, presupuesto)	402
6.3.2.	Los procesos constitucionales	404
6.3.2.1.	Fines de los procesos constitucionales	404
6.3.2.2.	Procesos constitucionales establecidos por la Constitución de 1993	408
6.3.2.3.	Principios que informan a los procesos constitucionales	409
6.3.2.4.	Tipos de sentencias que puede adoptar el Tribunal Constitucional	412
6.3.2.4.1.	Sentencias estimativas	412
6.3.2.4.1.1.	Sentencias de simple anulación	412
6.3.2.4.1.2.	Sentencias interpretativas propiamente dichas	413
6.3.2.4.1.3.	Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)	414
6.3.2.4.1.4.	Sentencias reductoras	415
6.3.2.4.1.5.	Sentencias aditivas	416
6.3.2.4.1.6.	Sentencias sustitutivas	416
6.3.2.4.1.7.	Sentencias exhortativas	417

6.3.2.4.2.	Sentencias desestimativas	417
6.3.2.4.2.1.	Desestimación por rechazo simple	417
6.3.2.4.2.2.	Desestimación por sentido interpretativo (interpretación <i>strictu sensu</i>)	417
6.3.2.5.	Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional	418
6.3.2.5.1.	Sentencias sobre procesos de libertad	418
6.3.2.5.2.	Sentencias de inconstitucionalidad	419
6.3.2.5.3.	Sentencias recaídas en conflictos constitucionales	421
6.4.	Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	421
6.4.1.	Su capacidad y disposición efectiva para imponer límites a la mayoría política gobernante	421
6.4.1.1.	Salvaguarda del Estado democrático	422
6.4.1.2.	Antejuicio político	423
6.4.1.3.	Límites a las facultades de las comisiones investigadoras del Congreso	424
6.4.1.4.	Tensiones a propósito de la justicia militar	425
6.4.1.5.	Opinión consultiva (sentencias exhortativas)	426
6.4.1.6.	Sentencia sobre el transfuguismo	427
6.4.2.	Su posible contribución al afianzamiento democrático	428
6.4.3.	Su actitud moderada o proactiva en la garantía de la Constitución	431
6.4.3.1.	Justicia constitucional en cautiverio durante la dictadura	431
6.4.3.2.	Justicia constitucional en expansión durante la transición y restauración de la democracia	432
6.4.3.3.	Justicia constitucional en declive	432
6.5.	Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	433
6.5.1.	¿Es citado o notificado el legislador en todos los procesos en que puede declararse la inaplicación o nulidad de una disposición legal?	433
6.5.2.	¿Qué tipo de dinámicas se genera entre la jurisdicción constitucional y los jueces ordinarios en cuanto a la interpretación constitucional?	437
6.6.	Efectividad de la jurisdicción constitucional	445
6.7.	Relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica: abordar las interacciones del tribunal o sala constitucional con sectores sociales	446
6.7.1.	Vinculación del tribunal constitucional con la opinión pública	446
6.7.1.1.	Imagen pública, información en los medios, imagen propia	446
6.7.1.2.	Aceptación por los destinatarios	450
6.7.2.	¿Cómo se relaciona el tribunal o sala constitucional con la comunidad académica jurídica y los abogados en general?	452
6.7.2.1.	Justicia constitucional y ciencia jurídica	452
6.7.2.2.	Justicia constitucional y colegio de abogados	454

6.8.	Diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales	455
6.8.1.	¿Reflejan las sentencias del tribunal o sala constitucional la influencia de la jurisprudencia de sus homólogos en otros países?	455
6.8.2.	¿Qué valor confiere el tribunal o sala constitucional a los informes o recomendaciones de la Comisión IDH o a las decisiones o criterios interpretativos de la Corte IDH?	455
6.8.2.1.	Casos del Tribunal Constitucional en los que aplica control de convencionalidad	457
6.8.2.1.1.	Juzgamiento de civiles por militares y juez natural	457
6.8.2.1.2.	Investigación y sanción de violaciones a los derechos humanos	458
6.8.2.1.3.	Control de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones	460
6.8.2.1.4.	Secreto de las comunicaciones privadas y lucha contra la corrupción	462
6.8.2.1.5.	Deudas tributarias y control de convencionalidad	465
6.8.2.1.6.	Extradición del ciudadano chino Wong Ho Wing	466
6.8.2.2.	Casos del poder judicial en los que se aplica el control de convencionalidad	468
6.8.2.2.1.	Protección de los derechos de las personas con discapacidad. Inconvencionalidad de las normas sobre capacidad civil	468
6.8.2.2.2.	Control sobre decisión de pase a retiro de oficial de la Policía Nacional del Perú que no ha sido debidamente motivado	472
6.8.2.2.3.	Desprotección del derecho a la pensión. Incidente de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Cinco pensionistas <i>vs.</i> Perú	474
6.8.2.2.4.	Aplicación del tipo penal de tortura como delito de lesa humanidad y prescripción	476
6.8.2.2.5.	Protección del derecho a la familia y la identidad del niño y control del plazo de caducidad para impugnar el reconocimiento extrajudicial de paternidad	478
6.8.2.2.6.	Anticoncepción oral de emergencia	480
	Bibliografía del capítulo 6	482
CAPÍTULO 7. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO		
7.1.	Génesis y evolución	495
7.2.	Caracterización general del sistema de justicia constitucional	498
7.3.	Aspectos institucionales y procesales	502

7.3.1. La magistratura constitucional	502
7.3.2. Estatus y composición del Tribunal Constitucional	504
7.3.2.1. Requisitos para los aspirantes	504
7.3.2.2. Perfil o procedencia de los jueces o magistrados	505
7.3.2.3. Organización y funcionamiento del tribunal	506
7.3.2.4. Dotación administrativo-financiera	509
7.3.3. Los procesos constitucionales	510
7.3.3.1. Amparo	510
7.3.3.2. Principios fundamentales	511
7.3.3.3. Tipos de sentencias en amparo	513
7.3.3.4. Controversia constitucional	516
7.3.3.5. Principios fundamentales	517
7.3.3.6. Tipos de sentencias	518
7.3.3.7. Acción de inconstitucionalidad	519
7.3.4. Juicio de revisión constitucional electoral	523
7.3.5. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano	524
7.4. Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	524
7.4.1. El peso político institucional de la SCJN en el sistema político mexicano	524
7.4.2. Contribución de la SCJN y del TEPJF al afianzamiento democrático	526
7.5. Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	527
7.6. Efectividad de la jurisdicción constitucional	529
7.7. Relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica	531
7.8. Diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales	531
Bibliografía del capítulo 7	535
CAPÍTULO 8. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY	
8.1. Introducción	541
8.2. El sistema uruguayo de contralor de constitucionalidad de las leyes	541
8.3. Valoración del sistema uruguayo	552
8.4. Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	552
8.5. Relación de la jurisdicción constitucional con los legisladores y los jueces	558
8.6. Relaciones del poder judicial y la sociedad	559
8.7. Relacionamiento del poder judicial y la Corte IDH	560
8.8. Reflexión final	561
Bibliografía del capítulo 8	562
CAPÍTULO 9. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA	
9.1. Origen y evolución de la jurisdicción constitucional venezolana	567
9.2. Caracterización general del sistema de justicia constitucional	570

9.2.1.	El control concentrado de la constitucionalidad de los actos de rango legal	570
9.2.2.	El control difuso de la constitucionalidad de las normas legales y sub-legales	572
9.2.3.	El control concentrado de constitucionalidad de las omisiones legislativas	573
9.2.4.	El amparo constitucional	573
9.2.5.	La revisión de sentencias definitivamente firmes	575
9.2.6.	Recurso de interpretación constitucional	575
9.2.7.	Demandas sobre conflictos constitucionales	576
9.2.8.	Estadísticas sobre decisiones de la Sala Constitucional 2005-2013	576
9.3.	Aspectos institucionales y procesales de la jurisdicción constitucional	577
9.3.1.	Aspectos institucionales de la Sala Constitucional	577
9.3.1.1.	Integración de la Sala Constitucional	577
9.3.1.2.	Requisitos para ser magistrados	578
9.3.1.3.	Procedimiento para la designación de magistrados	579
9.3.1.4.	Procedimiento para la remoción de magistrados	580
9.3.2.	Funcionamiento interno de la Sala Constitucional	580
9.3.2.1.	Conformación interna de la Sala Constitucional	580
9.3.2.2.	Funciones de la presidencia de la Sala Constitucional	581
9.3.2.3.	De las ponencias y sus designaciones	581
9.3.2.4.	De las votaciones y deliberaciones	581
9.3.3.	La regulación de los procesos constitucionales	582
9.3.3.1.	Disposiciones generales	582
9.3.3.2.	Procesos regulados en la legislación venezolana	583
9.3.3.3.	Legitimación procesal	584
9.3.3.4.	Caducidad	584
9.3.3.5.	Medidas cautelares	585
9.3.3.6.	Sentencias y ejecución de sentencias	585
9.3.4.	Papel político institucional de la jurisdicción constitucional	586
9.3.5.	Relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios	590
9.3.5.1.	Relaciones de la jurisdicción constitucional con el legislador nacional	590
9.3.5.2.	Relaciones de la jurisdicción constitucional con los tribunales ordinarios	591
9.3.5.3.	Balance general de la actuación de la jurisdicción constitucional en relación con el resto de los poderes públicos	593
9.3.5.3.1.	Adulteraciones de la Constitución	593
9.3.5.3.2.	Modificaciones legislativas	594
9.3.5.3.3.	Usurpación de funciones de la Asamblea Nacional para la designación de altas autoridades	594
9.3.5.3.4.	Usurpación de funciones de control del poder legislativo	595

9.3.6. Efectividad de la jurisdicción constitucional	595
9.3.7. Relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica	597
9.3.8. Diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales	598
Bibliografía del capítulo 9	600
LOS AUTORES	603

Las reflexiones acerca del constitucionalismo latinoamericano que se derivan de esta obra son muchas y de diverso orden. Tratar de establecer comparaciones, diferencias y perspectivas de evolución común es un trabajo que le corresponderá a los lectores luego de su estudio. Sin embargo, un hecho que desde el primer momento se presenta como evidente, y que me parece necesario destacar de la lectura de esta investigación –a propósito de algunos Estados analizados–, es la importancia e impacto de la justicia constitucional que conserva un permanente protagonismo en la agenda política, económica y social de nuestros países. Un protagonismo mayor del que se puede esperar o del que se da en sistemas democráticos consolidados; y esto es así, bien por el diseño constitucional de sus competencias o por el efecto de sus sentencias de constitucionalidad o amparo. Por una razón u otra, todos los sectores políticos y sociales están siendo impactados significativa y recurrentemente por las decisiones constitucionales.

La lógica política de los Estados de derecho latinoamericanos está generando una nueva dinámica en las relaciones de poder, un replanteamiento de las competencias de los poderes tradicionales. Actualmente el papel de los tribunales constitucionales ha cambiado y está lejos de ser el de un simple legislador negativo, pues en muchas de nuestras organizaciones estatales se están replanteando elementos esenciales del constitucionalismo clásico, como el concepto de Constitución, el equilibrio de poderes mediante sentencias estructurales y la funcionalidad o los propósitos de la figura del *impeachment*, por citar sólo algunos de los más importantes.

De todos los “replanteamientos” el más relevante es, sin duda, el que se refiere al concepto mismo de Constitución. En nuestros Estados constitucionales, en particular en el trabajo de la justicia constitucional, el concepto de Constitución está evolucionando de forma que el tradicional concepto formal se ve adicionado por elementos materiales. La relevancia de los tribunales constitucionales es tal que en varios países se considera que, en algunos aspectos y a propósito de ciertos procedimientos, sus decisiones pueden consistir en una especie de enmiendas constitucionales. La figura de los derechos constitucionales innominados, los llamados al respeto de los principios fundantes de la democracia o del Estado de derecho (en los procesos de control de constitucionalidad de reformas constitucionales), y

el concepto de bloque de constitucionalidad, son las manifestaciones más emblemáticas de esta tendencia.

Igualmente, el concepto de Constitución se está ensanchando con la incorporación del derecho internacional en la cotidianeidad del control de constitucionalidad. Son comunes en nuestro entorno los fenómenos de constitucionalización del derecho internacional a partir de la figura del bloque de constitucionalidad y, por esa vía, la utilización del derecho internacional humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas disciplinas, junto con la jurisprudencia internacional, constituyen parámetros de validez que se utilizan con frecuencia en nuestros tribunales constitucionales. En ese sentido, la idea de control de convencionalidad es paradigmática de esta tendencia, aunque no la única manifestación del fenómeno.

En materia de relaciones entre las autoridades judiciales nacionales y la Corte IDH, la lógica de ampliación del concepto de Constitución se está manifestando claramente en la figura de la “identidad constitucional”, y esencialmente en la utilización de dicho concepto como límite infranqueable al alcance del efecto del precedente y a la eventual utilización del control de convencionalidad. La “identidad constitucional” aparece como un recurso extremo (en mi opinión) para señalar ideas elementales tales como que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene límites, y que no es posible establecer una relación de jerarquía.

Replantar el concepto de Constitución es sin duda la novedad más importante de nuestro constitucionalismo. El control de constitucionalidad latinoamericano se está transformando dramáticamente en aquellos países que modifican o adicionan el concepto formal de Constitución, cuya ampliación parece ser la reacción o el antídoto que se está utilizando contra las manifestaciones locales del constitucionalismo abusivo, del autoritarismo, de decisiones populistas que mellan el Estado de derecho.

Un control de constitucionalidad con referencias abiertas al parámetro de validez, lo que es propio de conceptos de Constitución que se adicionan con las fuentes del derecho internacional, y a un derecho de principios y valores no escritos, está plagado de riesgos y peligros de desbordamiento en su ejercicio como límite último a presidencialismos populistas o abusivos. Y los remedios a los abusos presidencialistas pueden ser fundamento para decisiones arbitrarias y ajenas a los controles judiciales. El peligro está, en últimas, en que la creación de límites basados en principios y criterios generales y vagos puede hacer que cuando el constitucionalismo, no obstante su

voluntad o propósito transformador y garantista, se desarrolle con escasas convicciones democráticas, o con poca fe en la democracia representativa, puede ser abusivo, populista y arbitrario.

Ebullición, pertinencia, protagonismo, papel moderador y efectivamente limitante del control constitucional latinoamericano, pero con peligros de actuaciones abusivas, son algunos de los más inquietantes panoramas que se vislumbran para el funcionamiento de nuestras cortes y tribunales constitucionales.

El derecho efectivo que se aplica en cada país, en cada Estado, es siempre el que resulta de la interacción entre el derecho escrito y la realidad social sobre la que opera. En ese orden de ideas, el estudio del derecho constitucional, en particular del funcionamiento de la jurisdicción constitucional, se debe hacer contrastando y constatando las experiencias en países con formas y realidades sociales similares. No obstante su obiedad, en el contexto latinoamericano esta lógica de análisis es relativamente reciente.

Y es que el conocimiento del derecho en el entorno latinoamericano ha tenido una evolución *sui generis*, pues la mayor parte de los aportes doctrinales en el pasado siglo consistieron en analizar el derecho nacional con reflexiones y estudios comparados que tenían como puntos de referencia figuras similares en el derecho europeo o norteamericano. El estudio del derecho comparado o del nacional se hacía esencialmente, y en la mayor parte de los casos, como expresión de una perspectiva o enfoque eurocéntrico o norteamericano.

En las últimas décadas ha venido ocurriendo una interesante evolución en esta forma de vernos y de ubicar el derecho en nuestros países, por lo menos en el derecho constitucional, fenómeno que consiste en la creciente importancia que se está dando a las experiencias de ordenamientos jurídicos con realidades más cercanas, a la aplicación de figuras jurídicas en Estados con condiciones sociales, económicas e históricas similares. Los estudios de las instituciones de derecho público, en particular las de derecho constitucional, tienen cada vez más citas, referencias y contraste con las figuras homólogas en el derecho latinoamericano.

La academia y la práctica judicial de nuestro entorno latinoamericano están ahora dialogando entre sí, y no sólo con los desarrollos europeos y norteamericanos. Y aunque estos últimos siguen teniendo gran relevancia, ya no monopolizan la agenda de discusión de las investigaciones y el contraste en la producción de conocimiento jurídico.

Muchos son los factores que explican este cambio de paradigma en el estudio y el proceso de construcción jurídica, y sin duda la globalización es uno de ellos, pues las nuevas tecnologías facilitan el acceso al conocimiento en países que no tenían los sistemas de divulgación más sofisticados. Pero un factor esencial en ese “reconocimiento de lo próximo” ha sido, y es, sin duda, el proceso de inserción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en nuestros aparatos judiciales nacionales.

La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la creación de un *corpus iuris* robusto, una jurisprudencia coherente del significado y alcance de los derechos humanos, referida a los principales aspectos de las relaciones de poder, es quizá el principal factor que ha ocasionado este cambio de paradigma en el conocimiento y la creación del derecho por nuestra academia y nuestros tribunales. El diálogo de los tribunales nacionales, particularmente los constitucionales, es producto de la similitud del derecho y de los contextos y realidades sobre los que operan.

La jurisprudencia de la Corte, expresada no solamente en sentencias de casos contenciosos, sino también en opiniones consultivas y en resoluciones de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, actúa en muchas ocasiones, y principalmente (como corresponde, en asuntos de derechos), como factor de reflexión pertinente del estado de protección, de garantismo, en cada uno de nuestros Estados constitucionales.

El Instituto Max Planck, bajo la dirección del profesor Armin von Bogdandy, y con la participación protagónica de la profesora Mariela Morales, en desarrollo del proyecto del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL), ha actuado como catalizador positivo en este proceso de comunicación y reconocimiento de nuestros tribunales constitucionales. La idea misma de descubrir, crear o reconocer los elementos comunes de nuestro derecho constitucional, y que simultáneamente se puedan manejar problemas similares con estándares de aplicación-interpretación compartidos, es un avance, un “giro de tuerca” de este proceso de identificación regional. Es así como la presente obra se enmarca en este creciente proceso de diálogo judicial.

Este libro colectivo es novedoso por la manera en que presenta el contraste de las distintas jurisdicciones constitucionales, pues no se limita a una descripción acrítica del contenido normativo de la Constitución, o de las leyes o reglamentos que regulen la actividad constitucional, sino que desarrolla temas relativos a la dinámica política, a las relaciones entre tribunales y otros órganos del poder y, en general, a las perspectivas político-sociológicas y a las

dimensiones articuladas con la eficacia y eficiencia del control de constitucionalidad en la dinámica política de cada uno de los nueve países analizados.

No resta más que destacar la importancia, dimensión y magnitud de este trabajo, que deben ser plenamente reconocidas a sus autores, los profesores Víctor Bazán (Argentina); Miriam Henríquez Viñas (Chile); Néstor I. Osuna Patiño, Jorge Roa Roa, Alfonso Palacios Torres, Gonzalo A. Ramírez Cleves, Diego Andrés González Medina, Magdalena Correa Henao, Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, Carolina Vergel Tovar y Paola Andrea Acosta Alvarado (Colombia); Aylín Ordóñez Reyna (Guatemala); Rafael López Murcia y Josué Padilla Eveline (Honduras); César Landa (Perú); José María Serna de la Garza (México); Martín Risso Ferrand (Uruguay), y Jesús María Casal y Daniela Urosa Maggi (Venezuela). Y también resaltar la labor de los editores de esta investigación Armin von Bogdandy, Magdalena Correa Henao, Mariela Morales Antoniazzi y Jesús María Casal.

La divulgación de una obra de estas características, es decir, útil y laboriosa, que nos permite trabajar colectivamente como región y, además, reconocernos en nuestras semejanzas y diferencias, es motivo de satisfacción y alegría para la comunidad académica y para la gran familia constitucional que se fortalece con este tipo de reflexiones.

Como juez de la Corte Interamericana, y profesor de derecho constitucional debo hacer un sincero y emotivo reconocimiento al Instituto Max Planck por liderar esta iniciativa, lo mismo que a la Universidad Externado de Colombia y a su Departamento de Derecho Constitucional, dirigido por su laboriosa y brillante directora, la profesora Magdalena Correa Henao, por la publicación de esta investigación.

Humberto A. Sierra Porto
Madrid, 26 de marzo de 2019

INTRODUCCIÓN
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL *IUS
CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Desde hace varios años hemos impulsado, desde el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Se trata de un esfuerzo colectivo de investigadores, jueces constitucionales e interamericanos y otros operadores jurídicos dirigido a identificar los posibles fundamentos de un derecho constitucional común o transnacional latinoamericano, así como a fomentar debates académicos y diálogos inter-jurisdiccionales que favorezcan su formación o consolidación.

Partiendo de procesos ya en desarrollo como la integración jurídica representada en la Organización de los Estados Americanos y, muy especialmente, de los avances del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al igual que de la existencia de redes universitarias, publicaciones científicas y espacios de discusión de ámbito latinoamericano centrados en el derecho constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los que participan investigadores y jueces constitucionales e interamericanos, se han llevado a cabo numerosas iniciativas encaminadas a indagar sobre un ICCAL, las cuales han dado resultados promisorios reflejados en múltiples productos académicos. Siempre se ha procurado tener en cuenta las convergencias y divergencias entre nuestros ordenamientos jurídicos, ante todo por rigor científico pero también porque el conocimiento de esas diferencias permite valorar mejor los denominadores comunes verificados, así como trazar estrategias de acercamiento cuando sea conveniente para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la efectividad de los derechos humanos en la región. Hemos estimado importante igualmente poner de relieve las diferencias de contexto institucional y cultura jurídica y sus causas explicativas.

Los progresos obtenidos en el proyecto pusieron de manifiesto que un actor capital en el desarrollo de ese derecho común es la jurisdicción constitucional. No podía ser de otra manera, en tiempos de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de expansión del poder de los jueces. Los tribunales o cortes constitucionales latinoamericanos, reacios en un comienzo a voltear la mirada hacia sus homólogos de la región e inclinados más a hallar inspiración en la doctrina y jurisprudencia europea o estadounidense, tran-

sitaban sin embargo caminos cercanos, por abreviar en fuentes semejantes y por la similitud de la realidad en la que debían operar. Pero más allá de eso, la constitucionalización del ordenamiento jurídico en Latinoamérica se ha producido sobre todo en virtud de un movimiento convergente favorable al robustecimiento de las garantías procesales de los derechos constitucionales y a la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha impactado globalmente los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Esa corriente de garantías de los derechos humanos y de consecuente constitucionalización, junto a la repercusión del sistema interamericano, propició la gestación de la idea de un espacio jurídico común latinoamericano de protección de los derechos, que acentuó el interés en la aproximación comparativa a los temas constitucionales en la región y en cuya construcción los jueces constitucionales han sido artífices calificados.

La jurisdicción constitucional ha sido protagonista central en la formación, no siempre consciente y no exenta de vicisitudes, de un ICCAL que pivota sobre los derechos inherentes al ser humano y sus garantías. En algunos de nuestros países las cortes, tribunales o salas constitucionales han rehusado actuar como instancias puramente moderadoras y reactivas frente a abusos manifiestos en el ejercicio del poder y se han distinguido por asumir una función más amplia de protección de la Constitución, que se mantiene dentro de la esfera y principios propios de la jurisdicción pero no elude la apertura de nuevos caminos de tutela judicial para lograr el disfrute de los derechos humanos de toda índole, incluyendo los de dimensiones preponderantemente prestacionales, cuando las políticas establecidas solo van a permitir la reproducción de las violaciones de derechos que aisladamente han sido objeto del conocimiento de la jurisdicción constitucional. Son paradigmáticos los casos de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica. Pero sin llegar a las expresiones más rotundas del activismo que suele atribuirse a estos órganos, no necesariamente con sentido crítico, tanto esos como otros tribunales o salas constitucionales están transitando o han recorrido una senda en la que la jurisdicción constitucional resuelve frecuentemente acciones o recursos ligados a la deficiente prestación de los servicios públicos, a las discriminaciones directas e indirectas, o a la ausencia de políticas públicas respecto de problemas sociales de larga data que se traducen en el desconocimiento de derechos, al no haber sido afrontados por las autoridades llamadas a procurar su resolución.

Se trata de una jurisdicción constitucional y de un derecho constitucional que procuran mover a las instancias político-administrativas en una dirección que conduzca a una garantía efectiva de los derechos y a una realización más completa de la Constitución, lo cual se corresponde con un constitucionalismo transformador¹. La tendencia dominante consiste no en que los jueces constitucionales sustituyan a los órganos legislativos o de gobierno en el diseño de políticas públicas, ni en que impongan su propia orientación político-ideológica, sino en que estén dispuestos, desde su independencia y con sujeción al derecho, a controlar actos, medidas, prácticas u omisiones de los poderes públicos que menoscaben derechos fundamentales, aun cuando para hacerlo deban examinar hechos generalizados relacionados con la exclusión social que afecta a la mayoría de la población de muchas naciones latinoamericanas, ante los cuales los organismos del Estado han procedido con indiferencia, complicidad o negligencia.

Este rasgo, extendido en la jurisdicción constitucional latinoamericana, implica una observación atenta de la realidad social y un esfuerzo por contribuir, mediante el control judicial, a que los órganos políticos y administrativos cumplan los deberes que la Constitución les impone a fin de asegurar el goce o ejercicio de los derechos humanos.

Sin embargo, no es posible afirmar que esa forma de actuar sea común a los jueces constitucionales de todos los países latinoamericanos. En ellos podemos hallar desde tribunales moderados o replegados, que raramente y con suma cautela emplean sus facultades de control de constitucionalidad de las leyes o de actos de contenido político, sin dejar de ser autónomos, como sucede en Uruguay, hasta casos como el de Venezuela, de una Sala Constitucional hiperactiva en el afianzamiento del autoritarismo y que ha sido determinante en la devastación de la institucionalidad democrática. El libro que hoy ponemos en manos de los lectores intenta, precisamente, entre otros propósitos, sentar las bases para la comparación del papel institucional de la jurisdicción constitucional en distintos ordenamientos jurídicos de la región. Pero las diferencias que en estos y otros ámbitos serán constatadas no desvirtúan la existencia de corrientes centripetas o armonizadoras, esto

1 BOGDANDY, ARMIN VON; MARIELA MORALES ANTONIAZZI y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 17 y ss.

es, de modelos o arquetipos contruidos en Latinoamérica y que influyen en la evolución global de nuestros sistemas de jurisdicción constitucional.

En estas coordenadas se inscribe el estudio colectivo sobre la *Jurisdicción constitucional* que estamos presentando. Para analizar certeramente el derecho constitucional de la región es indispensable examinar la organización, el funcionamiento y el papel institucional y social de los tribunales, cortes o salas constitucionales. De allí que en el marco del ICCAL se hayan adelantado en los últimos dos años coloquios internacionales, en Europa y en América, que congregaron a muchos de los que concurrimos ahora como autores del libro. Esos encuentros permitieron, en una fase preliminar, perfilar la orientación metodológica que debía seguirse y, después, intercambiar los progresos de cada investigador en el tratamiento de la jurisdicción constitucional en el país correspondiente.

La especificidad de esta obra, en comparación con otros trabajos de ámbito temático similar que ya han sido publicados en la región, consiste en que se hizo un esfuerzo singular en definir unos parámetros y un esquema de desarrollo común que favoreciera la aproximación comparativa y que estimulara el abordaje de asuntos que actualmente son de enorme importancia en la jurisdicción constitucional latinoamericana, pese a que son obviados en muchos manuales o textos habituales de consulta.

Hubiera sido redundante e insuficiente ofrecer exposiciones descriptivo-normativas sobre los rasgos organizativos y procedimentales de la jurisdicción constitucional. El objetivo propio de este nuevo estudio radica en proponer una estructura de análisis de los sistemas de justicia constitucional a partir de cortes transversales, apoyados en esos parámetros y en el esquema fijado, que permitan visualizar comparativamente con facilidad los siguientes aspectos de la jurisdicción constitucional en cada ordenamiento nacional considerado:

1. Su génesis y evolución, tomando en cuenta los fundamentos históricos y los antecedentes del actual sistema, incluyendo la referencia a las influencias, provenientes de otros ordenamientos jurídicos, en el origen y desarrollo de la jurisdicción constitucional.

2. La caracterización general del sistema de justicia constitucional, precisando, entre otros asuntos, si el eje del trabajo y de los aportes jurisprudenciales del tribunal o sala constitucional se inscriben en el control de constitucionalidad de las leyes o en las acciones de defensa de derechos interpuestas contra decisiones judiciales o contra actos gubernamentales.

3. Los aspectos organizativos y procesales, examinando como temas principales la estructura e integración de los tribunales o salas constitucionales,

u órganos jurisdiccionales supremos con funciones similares, así como de los procesos o acciones específicas previstas en el ordenamiento jurídico.

4. El papel político institucional de la jurisdicción constitucional, con una indagación sobre el rol institucional que ha cumplido el tribunal o sala constitucional en los últimos años (o en las fases que se puedan identificar en su evolución reciente), desde puntos de vista como su capacidad y disposición efectiva para imponer límites a la mayoría política gobernante, su posible contribución al afianzamiento democrático, y su actitud moderada o proactiva en la garantía de la Constitución.

5. La relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios, a fin de examinar la manera en que el tribunal o sala constitucional interactúa con el legislador con motivo del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y la forma como se relaciona con los tribunales o jueces ordinarios. Aquí se abordan la participación del legislador en los procesos constitucionales de control normativo, la posibilidad de respuestas legislativas ante interpretaciones judiciales de la Constitución, las dinámicas existentes entre la jurisdicción constitucional y los jueces ordinarios y, en particular, el espacio que se les reconozca para coadyuvar en la interpretación constitucional.

6. La efectividad de la jurisdicción constitucional, aludiendo a los procedimientos contemplados y aplicados para la ejecución de sentencias o para garantizar su observancia, a los niveles de cumplimiento de las sentencias constitucionales, a la reacción de las autoridades ante decisiones judiciales dictadas en procesos constitucionales que le son adversas, y a la actuación en estos contextos de la ciudadanía o de grupos sociales interesados.

7. Las relaciones con la opinión pública, con la sociedad en general y con la comunidad jurídica, focalizando el análisis en las interacciones del tribunal o sala constitucional con sectores sociales.

8. El diálogo jurisdiccional entre tribunales o salas constitucionales y la recepción de criterios provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o de otros organismos internacionales.

Esta postura metodológica en el estudio de la jurisdicción constitucional hace énfasis, por un lado, no tanto en la explicación del marco regulativo aplicable, sino sobre todo en el examen del funcionamiento efectivo de la jurisdicción constitucional; también privilegia, en la explicación de los antecedentes históricos, la consideración de los factores que ayudan a com-

prender la configuración y orientación funcional contemporánea de esa jurisdicción. Por otro lado, se hace hincapié en temas que en los últimos años han adquirido una significación capital en la evaluación de la actuación de los tribunales, salas o cortes constitucionales, tales como la determinación de su papel institucional, cuestión medular para entender la posición del tribunal o sala constitucional en el respectivo ordenamiento, así como la forma en que la Constitución es interpretada y aplicada. En virtud de los avances de las reflexiones iusfilosóficas sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los estudios de corte empírico o sociológico sobre la jurisdicción constitucional, hoy está claro que la actividad de los tribunales o salas constitucionales no puede comprenderse sin prestar seria atención a la perspectiva de la misión institucional que pretenden cumplir. Ello como una fuerza inspiradora que impacta todo el sistema de justicia constitucional, pues hasta los elementos procesales están altamente influenciados por aquella.

Por otra parte, se debe medir la efectividad de la jurisdicción constitucional, pues solo así será posible apreciar las verdaderas implicaciones de su reconocimiento como instancia última de garantía de la supremacía constitucional. Al mismo tiempo, es fundamental tener una visión de la jurisdicción constitucional que incorpore sus relaciones con la comunidad jurídica y la sociedad en general, ya que siempre será incompleta una óptica que no considere las audiencias a las cuales va dirigido el discurso constitucional. Además, no se deben menospreciar las opiniones provenientes de actores o foros especializados o de sectores sociales que inciden en la jurisdicción constitucional, lo cual debe ser analizado científicamente. Uno de los aspectos relevantes en esta indagación es identificar los vasos comunicantes entre la comunidad académica y los jueces constitucionales.

Por último, en nuestros días una investigación sobre la jurisdicción constitucional latinoamericana debe tener muy en cuenta sus interacciones con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, ya que, como se adelantó, en nuestros países la irradiación de la Constitución y de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico ha ido de la mano de las cláusulas de apertura a los tratados internacionales de derechos humanos, de la categoría del bloque de la constitucionalidad y de la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, potenciada en los últimos años en virtud de la doctrina del control de convencionalidad. Uno de los rasgos distintivos de este libro es, precisamente,