

# ¿Quién juzga? Una aproximación al diseño de los tribunales de decisión constitucional en Suramérica\*\*\*

## Who Judges? Designing Courts of Constitutional Decision Making in South America

### RESUMEN

Uno de los rasgos característicos de los estados democráticos modernos es el control de constitucionalidad normativo. El ejercicio adecuado de la función por parte de los tribunales especializados es esencial para el aseguramiento de la primacía constitucional. Para ello, niveles adecuados de independencia y responsabilidad ante los auditorios resultan imperativos. El artículo detalla la arquitectura institucional de los tribunales de decisión constitucional en Suramérica a partir de métodos de derecho comparado según múltiples variables. Con base en este contraste se sugieren lineamientos generales para el diseño y reforma de estos con el fin de lograr grados óptimos.

\* Abogado, Universidad Libre Seccional Pereira. Licenciado en Derecho por homologación, Universidad de Málaga (España). Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Especialista en Administración y magíster en Administración (MBA) Universidad EAFIT. Candidato a doctor en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. Jefe de área de Derecho Privado, Universidad Libre Seccional Pereira, y docente investigador de la Fundación Universitaria del Área Andina. Contacto: andresmejia3711@gmail.com. ORCID ID: 0000-0003-1578-4808.

\*\* Abogada, Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal y doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal y jefe de maestrías en Derecho, Universidad de Medellín. Contacto: ldpabon@udem.edu.co ORCID ID: 0000-0001-8561-7357.

\*\*\* Recibido el 21 de junio de 2021, aprobado el 20 de septiembre de 2023.

Para citar el artículo: Mejía Restrepo, A. F. y Pabón Giraldo, L. D. “¿Quién juzga? Una aproximación al diseño de los tribunales de decisión constitucional en Suramérica”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 58, enero-abril de 2024, 91-119.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.04>

## PALABRAS CLAVE

Diseño institucional, independencia, control de constitucionalidad, tribunales.

## ABSTRACT

One of the characteristic features of modern democratic states is the judicial review. The proper exercise of this function by courts is essential for the assurance of constitutional rule of law. As such, adequate levels of independence and accountability to audiences are of utmost importance. This article details the institutional structure of constitutional tribunals in South America based on comparative law methods according to several variables. Based on these, general guidelines are proposed for the design and reform of courts in order to achieve the best outcomes.

## KEYWORDS

Institutional design, independence, judicial review, courts.

## SUMARIO

Introducción. 1. Metodología. 2. Resultados. 2.1. Caracterización de los tribunales. 2.2. Ubicación en la arquitectura estatal. 2.3. Composición. 2.4. Elección y ejercicio del cargo. 2.5. Competencias, alcances y límites. 2.6. Elementos para evaluar en el diseño de los tribunales. Referencias

## INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad (*judicial review*) y los tribunales a través de los cuales se ejerce son características identificables en la mayoría de las constituciones promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>. Ellos son verdaderas cortapisas al poder, pero ¿por qué razón el poder político se “autoimpondría” este tipo de limitaciones siendo que él precisamente es quien diseña una constitución? Jon Elster propuso que esta abdicación de poder es una forma de racionalidad imperfecta, y que, al igual que Ulises, las asambleas constituyentes se atan al mástil mediante controles que le impedirán en el futuro sucumbir ante el canto de sirenas que implica el deseo de un mayor poder<sup>2</sup>. Es la inclinación de cada generación por atar a su sucesora sin estar

1 Stone Sweet, A. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford, 2000.

2 Para un abordaje del conceptual del proceso constituyente, véase la parte I de: Choudhry, S and Ginsburg, T. (eds.). *Constitution Making*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

atada por sus predecesores<sup>3</sup>. Posteriormente un “segundo” Elster replantea su posición respecto de este pre-compromiso mediante una interpretación más cercana a la realidad<sup>4</sup>. Los partidos establecen estas imposiciones para restringir a sus adversarios en lugar de a sí mismos respondiendo a la pregunta ¿qué sucederá en el futuro sino estoy en el poder? Desde Locke la Constitución se ha considerado como un contrato entre los ciudadanos y el estado mediante relaciones “principal-agent” en las que los políticos actúan como agentes para satisfacer las demandas colectivas<sup>5</sup>. Sin embargo, la evidencia indica que el proceso de confección de las constituciones es dominado por intereses de corto plazo de los participantes en lugar de los de largo plazo de la ciudadanía<sup>6</sup>.

El control de constitucionalidad a través de tribunales independientes como paradigma puede ser analizado desde diferentes aristas<sup>7</sup>. Mark Tushnet atribuye el fenómeno a una inevitable globalización<sup>8</sup>. A su vez, esta universalización se puede explicar desde modelos “top-down” y “bottom-up” que incorporan elementos económicos, organizacionales y de derecho internacional para justificar la tendencia<sup>9</sup>. Por su parte, Hirschl denomina “juristocracy” a la transferencia sin precedentes de poder desde instituciones representativas a

3 Elster le llama la “paradoja de la democracia” en Elster, J. *Ulises y las Sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014, 159.

4 Las constituciones por lo general no se adoptan en momentos de tranquilidad y sobriedad. Además existen motivaciones en los constituyentes como intereses, pasiones y razón. En Elster, J. “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, en *Duke Law Journal*, 45, 1995, 364-376. En la misma línea y respecto a la creación de “cortes constitucionales” se identifican momentos axiales de la derrota catastrófica de un régimen (fascismo en Alemania, Italia y Francia) o la caída del *apartheid* en Suráfrica. Véase Harding, A and Leyland P. (eds.). *Constitutional Courts: A Comparative Study*. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009. Acerca del “segundo” Elster consultar: Elster, J. *Ulysses Unbound*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; “Don”t Burn Your Bridge Before You Come to It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment”. En *University of Texas Law Review*, 81, 2003, 1751-1787.

5 Elster clasifica a los agentes en “upstream” y “downstream”. En Elster, “Forces and Mechanisms”, cit. En línea con el esquema “principal-agent”, véase Ginsburg, T. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 22-35.

6 Voigt, S. “Positive Constitutional Economics: A Survey”. En *Public Choice, Constitutional Political Economy*, 90 1997, 11-13.

7 Weinrib, L. “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”. En *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, 83-113.

8 Tushnet, M. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*. En *Virginia Journal of International Law*, 49:4 2009, 985-1006.

9 *Top down*: sus fuentes son: (1) las decisiones judiciales en las que jueces de altas cortes refieren fallos de cortes de otros países, (2) la convergencia inducida por los tratados internacionales y (3) las organizaciones internacionales sin ánimo de lucro. Véase Marie Slaughter, A. *A New World Order*. Princeton University Press, 2004. *Bottom up*: Los estados compiten por inversión y capital humano mediante cinco formas posibles según Law, D. “Globalization and the Future of Constitutional Rights”. En *Northwestern University Law Review*, 102, 2008, 1277-1249.

órganos judiciales y afirma que su causa reside en lo que llama “hegemonic preservation”. Ella es el producto de la alianza entre tres élites: las económicas que comparten el compromiso por el libre mercado y una antipatía por el gobierno, las políticas que, aunque hegemónicas, se ven amenazadas y quieren blindar sus intereses de las vicisitudes de la política democrática y, las judiciales a través de los órganos supremos que buscan aumentar su poder simbólico y su posición institucional<sup>10</sup>. Son ellos quienes determinan “the timing, extent, and nature of constitutional reforms”<sup>11</sup>. Ginsburg califica al control judicial como un “seguro” ya que funciona como un mecanismo alternativo para que los partidos políticos que no ostentan el poder puedan desafiar la acción gubernamental. Se erige entonces en foro adicional al electoral y por ello es un incentivo para que los constituyentes terminen de negociar los términos del texto<sup>12</sup>. Gargarella, por su parte, acuña el concepto de “La Sala de Máquinas de la Constitución” para significar la falta de modificación en la sección orgánica de las constituciones latinoamericanas por más de 200 años<sup>13</sup>. La potencia transformadora del amplio catálogo de derechos se ve limitada en tanto la estructura de poder se mantiene cerrada e inamovible<sup>14</sup>. Y aunque el autor no afirma que esta ausencia de cambio se pueda imputar a una decidida y premeditada omisión de fuerzas políticas, es posible considerarlo causa probable de ello. Así, es clara la imposible materialización de la pretensión de asepsia en el diseño de los tribunales de decisión constitucional. En realidad, “No matter how they are conceived constitutional courts are not neutral or completely independent”<sup>15</sup>. Esta constatación no puede originar un determinismo que impida analizar la relevancia de la arquitectura constitucional de los tribunales, las particularidades y características que influirán tanto en la independencia judicial como en la responsabilidad (*accountability*) de los jueces ante los auditorios<sup>16</sup>. Por el contrario, esa ubicación a mitad de camino entre lo jurídico y lo político

10 Hirschl, R. *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, 214.

11 *Ibíd.*, 12.

12 Ginsburg, *Judicial Review*, cit., 33.

13 En un sentido similar. Es decir, la falta de materialización de las promesas constitucionales (constitucionalización coartada): Neves, M. *La constitucionalización simbólica*. Lima: Palestra, 2015.

14 Gargarella, R. *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores, 2014, 332.

15 Harding, A and Leyland P., *Constitutional Courts*, cit., 15.

16 Se tiende a analizar la labor jurisdiccional con el criterio de independencia, no obstante, se deja de lado la “accountability”. En efecto, si adoptamos el modelo contractual “principal-agent” tendremos que la relación *accountability-independence* es inversamente proporcional a partir de la asimetría en la información: a mayor experticia y eficacia del agente, menor “accountability” ya que el “principal” no le comprende y se corre el riesgo de que el agente actúe según sus preferencias. Véase Garoupa, N. and Ginsburg, T. *Judicial Reputation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015, 3.

exhorta a investigar para evitar que la labor judicial de estos tribunales caiga en prácticas propias del constitucionalismo abusivo y el control de constitucionalidad abusivo<sup>17</sup>. Este trabajo se ubica en esta esfera; provee datos e información relevante que analizada y contrastada desde la metodología comparativa asumida puede ayudar a comprender y evaluar la mayor o menor racionalidad de las decisiones judiciales teniendo como punto de partida el diseño institucional de los tribunales además de sugerir las características que deben preferirse o prevalecer en su arquitectura<sup>18</sup>.

## 1. METODOLOGÍA

El enfoque de la investigación es descriptivo y normativo, y el método usado es tanto cuantitativo como cualitativo, con especial énfasis en el último<sup>19</sup>. De las constituciones de los países suramericanos se extraen elementos que alimentan una matriz compuesta por 40 variables que permiten caracterizar el diseño de los tribunales bajo el prisma de la función de control de constitucionalidad

En materia de auditorios existen diversos acercamientos conceptuales. Se puede tener por caso el planteamiento de Perelman, quien los clasifica en auditorio particular y universal. Ginsburg y Garoupa los segmentan de manera más concreta: (1) judicial propiamente dicho (*internal audience for judging*) y (2) *external audiences*. Los mismos autores también los clasifican en (1) “political -other branches of government and the political establishment more generally - and, (2) judicial audiences -other courts-”. En Ginsburg, T. and Garoupa, N. “Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences”. En *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 28, (2011), 539-568.

17 Acerca de la naturaleza política jurisdiccional véase Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: The Bobbs Merrill Company, 1971, 1-15. La labor judicial definitivamente se ha transformado desde su concepción funcional más clásica hacia la consideración de aspectos diversos bajo el denominado “responsive judge”, al respecto consultar: Sourdin, T. and Zariski, A. (eds.). *The Responsive Judge, International Perspectives*. Singapore: Springer, 2018, 2. Acerca del constitucionalismo abusivo véase Landau, D. “Abusive Constitutionalism”. En *UC Davis Law Review*, 47, 2013, 189-260. Y respecto del control de constitucionalidad abusivo consultar: Landau, D. and Dixon, R. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*. En *UC Davis Law Review*, 53, 2020, 1313-1387.

18 Se asume en el trabajo la postura de la teoría de la delegación sin profundizar en esquemas que lo desarrollan. Puede consultarse a Majone, G. *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*. En *European Union Politics*, 2: 1, 2001, 103-222 y Thatcher, M. and Stone Sweet, A. *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*. En *The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe, West European Politics*, 25: 1, 2002, 1-22.

19 El trabajo se ubica en una fase previa a la “explicación” del fenómeno como objetivo de las investigaciones comparadas ambiciosas (Hirschl, R. *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 226). La investigación tiene un alcance menor según la clasificación de Lieblich en: Lieblich, E. “How to Do Research in International Law? A Basic Guide for Beginners”. En *Harvard International Law Journal*, 62, 2020, 3. Para modelos de análisis metodológico con ambos enfoques véase Jakab, A. Dyevre, A. and Itzcovich, G. *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

normativo<sup>20</sup>. Los datos fueron localizados directamente en las constituciones de cada país, en los sitios de internet de los tribunales y en bases de datos especializadas<sup>21</sup>. Estos datos fueron cruzados y analizados posteriormente pretendiendo (1) describir las particularidades de los ordenamientos jurídicos respecto de la configuración de sus tribunales de cierre en materia constitucional y (2) prescribir de manera “débil” los rasgos que deben componer un Tribunal de este tipo para lograr una mejor labor jurisdiccional<sup>22</sup>.

En la investigación se usó el método de inferencia causal de examinación sistemática de pocos casos (small-N)<sup>23</sup>. Este enfoque cuenta con diversos principios dentro de los que se eligió seguir el de “The most similar cases” para analizar el diseño de los tribunales, lo cual explica la ausencia de Surinam y Guyana. El planteamiento de las variables tiene como fundamento trabajos de similar alcance<sup>24</sup>. El título emula el planteado por Rieko Kage en su libro *Who Judges? Designing Jury Systems in Japan, East Asia, and Europe*<sup>25</sup>. Y en el trabajo no

20 En el estudio se desarrollan más de 50 variables pero sólo se tienen en cuenta para este trabajo las relacionadas con el diseño institucional constitucional.

21 <https://www.constituteproject.org/?lang=en> y <https://comparativeconstitutionsproject.org/>

22 “Débil” indica un alcance menor a nivel normativo porque una labor prescriptiva comprensiva requiere considerar elementos diversos al preceptivo. Esta investigación carece de ellos. Por “mejor” labor jurisdiccional se entiende un grado de independencia que permite al Tribunal una amplia libertad en sus decisiones pero que a la vez le demanda responsabilidad (*accountability*) ante los auditorios. Un equilibrio óptimo es difícil, no obstante, existen diseños institucionales que permiten lograr niveles aceptables en ambos. En este punto sigo el enfoque de Garoupa, N. and Ginsburg, T. *Judicial Reputation*. Cit.

23 Hirschl, *Comparative Matters*, cit., 244. Para una crítica del enfoque: Von Bogdandy, A. “¿El derecho constitucional comparado como ciencia social? Una reacción hegeliana a *Comparative Matters*, de Ran Hirschl”. En *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2020, 153-172. De hecho, el mismo Hirschl afirma que se debe usar un método múltiple según el principio de la “triangulación”.

24 Navarrete, R.M. and Castillo-Ortiz, P. “Constitutional courts and citizens” perceptions of judicial systems in Europe”. En *Comparative European Politics*, 18, 2020, 128-150; Castillo-Ortiz, P. “The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions”. En *Law and Philosophy - An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, 39, 2020, 617-655; Garoupa, N. “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”. En *Indian Journal of Constitutional Law*, 4: 3, 2010, 26-54; Ginsburg, T. and Garoupa, N. “Building Reputation”, cit., 539-568; Navia, P. y Ríos-Figueroa, J. “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America”. En *Comparative Political Studies*, 38: 2, 2005, 189-217; Epstein, L., Knight, J. and Shvetsova, O. “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”. En *Law & Society Review*, 35: 1, 2001, 117-164; Whittington, K.E. “Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review”. En *The International Journal of Constitutional Law*, 1: 3, 2003, 446-474; Ginsburg, T. “Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation”. En *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, 80-99; Stone Sweet, A. “Constitutional Courts”. En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 816-830.

25 KAGE, R. *Who Judges? Designing Jury Systems in Japan, East Asia, and Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

se realizan análisis de tipo histórico, sociológico, psicológico y medioambiental que permitan comprender de manera holística el fenómeno.

El funcionalismo es el enfoque prevalente en el derecho comparado en la actualidad a partir del cual se analizan las instituciones desde su funcionamiento<sup>26</sup>. Este y otros acercamientos de la disciplina han sido criticados por (1) su énfasis etnocentrista y (2) la prelación de la visión anglo-europea en el estudio del derecho<sup>27</sup>. La aproximación etnocentrista parte de ubicar el propio derecho como superior a los demás. Los comparatistas occidentales perciben y evalúan las normas y culturas legales bajo los términos y preconceptos originados en sus costumbres, estándares y convenciones<sup>28</sup>. Respecto de la visión del norte global u occidentalizada, se reprocha la marginalización de culturas jurídicas como la denominada “Sur global”, que caracteriza a países con problemas estructurales comunes<sup>29</sup>. Estos países por lo general se tienen en cuenta tangencialmente y en muchas ocasiones sólo para ilustrar “the failure of law”<sup>30</sup>. Bonilla relaciona diversos argumentos que explican la marginación de investigadores e instituciones del Sur global respecto del uso, interpretación y transformación del constitucionalismo moderno generando en la esfera académica lo que denomina el “protected geographical indication”<sup>31</sup>. Esto significa que el conocimiento que se produce en el Norte es inherentemente de mejor calidad aún antes de ser leído, ya que su mero origen geográfico lo implica. En el mismo sentido, el conocimiento del Sur sólo será legitimado cuando académicos del Norte otorguen su aprobación. Uno de los esfuerzos comunes en terrenos de diálogo “Sur-Norte” como expresión del Sur global lo constituye el *Ius constitutionale commune* en América Latina<sup>32</sup>. Estas lecturas compartidas de fenómenos jurídicos, doctrinales y académicos parten

26 “Mainstream as orthodoxy” véase al respecto Frankenberg, G. *Comparative Constitutional Studies – Between Magic and Deceit*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018; *Comparative Law as Critique*. Elgar Studies in Legal Theory, Northampton, 2016; y “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”. En *Harvard International Law Journal*. 26: 2, 1985), 411- 456. Frankenberg afirma que el funcionalismo está compuesto por variables como el estructuralismo y el factualismo. Al primero lo rastrea desde la propuesta de “Legal Formants” de Rodolfo Sacco mientras que al segundo lo identifica con el proyecto de contratos de Cornell adelantado por Rudolf Schlesinger.

27 Dupré, C. “The Importation of Law: A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court”. En *Comparative Law in the 21st Century*. London: Kluwer, 2002, 267-269.

28 Frankenberg, G. *Comparative Constitutional Studies*, 81.

29 Los términos *Sur Global* y *Norte Global* son usados por Daniel Bonilla Maldonado como sinónimos menos peyorativos para “países desarrollados” y “países en vía de derecho”.

30 Esquirol, J. “Fictions of Latin American Law (Part I)”. En *Utah Law Review*, 425, 1997, 427-428.

31 Bonilla Maldonado, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 12.

32 Bogdandy, *Por un derecho común*, cit., 11.

de una creencia en el potencial transformador de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho para América Latina<sup>33</sup>.

Finalmente, se tuvo en cuenta el método “(d/d) distancing and differencing” que propone Frankenberg. El “distancing” supone un cambio epistemológico en el investigador, quien debe reconocer y respetar los demás ordenamientos sin pretender domesticarlos<sup>34</sup>. El “differencing” reconoce que el comparatista interpreta lo que ve dentro de una matriz provista por un contexto cultural específico que constituye derecho y también es constituido por éste. El investigador no describe ni compara de manera neutral u objetiva lo que ve o lee. Se acerca al derecho extranjero, con sesgos con una pre-comprensión y con propósito dados por lo propio<sup>35</sup>.

Con este marco se puede afirmar que la investigación se realiza desde el estructuralismo funcionalista, procura alejarse del etnocentrismo, se enmarca en el denominado Sur global y pretende reconocer y aplicar el método “(d/d) distancing and differencing”.

## 2. RESULTADOS

### 2.1. CARACTERIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Suramérica cuenta con constituciones relativamente nuevas en el marco de la “tercera ola” de democracias<sup>36</sup>. La más antigua de la región es la Argentina (1853 con una reforma amplia en 1994) seguida por la de Uruguay (1966). De los ochenta sobreviven las constituciones de Chile (1980) y Brasil (1988), aunque el país austral afronta actualmente un proceso constituyente<sup>37</sup>. Los

33 Von Bogdandy, A.; Ferrer, E.; Morales, M.; Piovesan, F. (eds.). *“Ius constitutionale commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”*. En *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Otro interesante ejercicio lo constituye el CORE Latam “Constitutional Reasoning in Latin America” que centra sus esfuerzos en analizar las decisiones jurisdiccionales de treinta países.

34 Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, cit., 71.

35 Véase Frankenberg. *Comparative Law as Critique*, cit., cap. 3; y Frankenberg. *Critical Comparisons*, 411-456.

36 Huntington, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oklahoma: Oklahoma University Press, 1993.

37 La propuesta presentada por la Convención Constitucional fue rechazada en plebiscito de salida celebrado el 4 de septiembre de 2022. El proceso había surtido exitosamente el plebiscito de entrada. Este proceso sigue la fórmula sugerida en: Elster, J. “The Optimal Design of A Constituent Assembly”. En Landemore, H. and Elster, J. (eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 148-172.

El proceso constitucional 2023 involucra varios organismos: La Comisión Experta presentó el anteproyecto de Constitución Política en junio de 2023, que consta de 211 artículos y 47 disposiciones transitorias. El Consejo Constitucional, integrado por 50 miembros elegidos por votación popular, fue instalado el 7 de junio de 2023, y se divide en cuatro comisiones. Por último, el Comité Técnico de Admisibilidad, cuya función es la de “conocer y resolver los requerimientos

noventa se erigieron en una década de adopción de nuevos textos constitucionales en la región: Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Venezuela en 1999. Aunque estas constituciones cuentan con ventanas temporales comunes, no es menos cierto que los escenarios en los que surgen los procesos constituyentes responden a diferentes contextos económicos, políticos y sociales<sup>38</sup>. La década de los dos mil trajo consigo las dos constituciones más recientes y modernas especialmente en lo relacionado con (1) la cantidad de derechos enunciados, (2) la consolidación normativa de los derechos de carácter ambiental y (3) la preeminencia normativa del multiculturalismo como rasgo determinante del constitucionalismo de los países de la zona<sup>39</sup>. Ecuador promulgó la suya en 2008 y Bolivia en 2009.

El subcontinente oscila entre tribunales o cortes constitucionales autónomos (50 por ciento de los países) y cortes o tribunales supremos de Justicia (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Venezuela) a los que se asignan las competencias de control de constitucionalidad<sup>40</sup>. Entre ellos, Paraguay y Venezuela establecen salas independientes para asuntos constitucionales en su

que se interpongan en contra de aquellas propuestas de normas aprobadas por parte del pleno de la Comisión Experta o sus subcomisiones, o por el 2 pleno del Consejo Constitucional o sus comisiones, que contravengan lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política de la República”. El texto del anteproyecto se puede consultar en: <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf>

38 Véase, entre otros: Jácome, J. “Authoritarianism and the narrative power of constitutionalism in Venezuela”, en Alviar, H. and Frankenberg, G (eds.). *Authoritarian Constitutionalism – Comparative Analysis and Critique*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 136-160; Felices, M., “The Pacification of Peru and the Production of a Neoliberal Populist Order”. En *Post-Conflict, Reconstruction, the Crimes of the Powerful and Transitional Justice*, 6:1, 2017, 156-174; Thornhill, C. and Rodrigues, C., “Global Constitutionalism and Democracy: the Case of Colombia”, *Jus Cogens*, 2, 2020, 155-283.

39 Revisar: King, P. *Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions* In: Galligan, D. and Versteeg, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 366-397 y en materia indígena: Wright, C. and Tomaselli, A. (eds.). *The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America*. Abingdon: Routledge, 2019. Es importante llamar la atención sobre lo siguiente: El mero reconocimiento normativo no garantiza la materialización de los derechos. Según datos del Comparative Constitutions Project (2015) y el Democracy Index (2019), Ecuador relaciona 99 derechos en la Constitución siendo la que más consagra en el mundo. Por su parte, Bolivia refiere 88, ubicándose en el 3r lugar. No obstante, los datos del Environmental Protection Index indican que Ecuador se ubicaba 22 en ranking mundial de protección ambiental en 2008 y en 2020, tras 12 años de vigencia de normas constitucionales de avanzada en este ámbito se localizaba en el puesto 56.

40 No se ve en la región la existencia de un tercer modelo “híbrido” como el que plantea Groppi, T. en Harding, A. *et al.* (eds.). *Constitutional Courts*, cit., 4. Aunque se podría argumentar que la existencia de tribunales de cierre en materia administrativa y la posibilidad de que el “Consejo de Estado” anule normas (principalmente las “executive actions and decisions”) podría calificar como un modelo “híbrido”. Y ya que el término “híbrido” es amplio, Frosini y Pegoraro clasifican a toda Latinoamérica en ese nivel, aproximación de la que me distancio, véase Frosino, J. and Pegoraro, L. *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?* En Harding *et al.* (eds.). *Constitutional Courts*, cit., 352.

interior. El Supremo Tribunal Federal (1890) sigue en antigüedad al argentino desde el punto de vista del mantenimiento de su nombre. Algunos tribunales vieron su nacimiento nominal de manera conjunta con la Constitución vigente como en los casos de Argentina, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú, en tanto que en Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay la institución se encontraba creada con anterioridad a la promulgación de la última Constitución. Algunos tribunales demoraron tiempo en iniciar funciones desde su creación normativa: la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tardó diez años, el Tribunal Nacional Plurinacional de Bolivia cinco y el Tribunal Constitucional de Perú tres.

## 2.2. UBICACIÓN EN LA ARQUITECTURA ESTATAL

El modelo centralizado de control constitucional originado en Europa después de la Primera Guerra Mundial en Austria y Checoslovaquia (1920) seguido por Liechtenstein en 1921 y España en 1931 se ha convertido en el diseño prevaleciente en el mundo y en Latinoamérica<sup>41</sup>. Efectivamente, “some 38% of all constitutional systems had constitutional review in 1951; by 2011, 83% of the world’s constitutions had given courts the power to supervise implementation of the constitution and to set aside legislation for constitutional incompatibility”<sup>42</sup>. Tras el modelo, su ideólogo, Hans Kelsen defendería su propuesta en la insigne obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* de 1928<sup>43</sup>. En el texto se propone un tribunal independiente no afecto a los poderes públicos existentes; en otros términos, el tribunal no pertenecería a la rama jurisdiccional. Esta particularidad responde a que los jueces tienen el mandato de aplicar la ley según lo establecido por el parlamento, existiendo, en consecuencia, una subordinación de aquellos a este. Ello genera que la revisión judicial sea incompatible con esta labor. Por esto, sólo un órgano “extrajudicial” puede restringir al poder legislativo en su calidad de garante de la voluntad del constituyente bajo la condición de “legislador negativo”<sup>44</sup>.

Sin embargo, esta particularidad no se mantendría inamovible. Por el contrario, se diversificaron las competencias del tribunal austriaco en la década de los treinta de manera que se introdujo el control concreto mediante

41 Ferreres, V., “The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?” En *International Journal of Constitutional Law*, 2: 3, 2004, 461-491.

42 Versteeg, M. and Ginsburg, T. “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?” En *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 30: 3, 2013, 587. Respecto de las razones por las cuales ha prevalecido este modelo sobre el norteamericano: Stone Sweet, A. “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”. En Thatcher and Sweet (eds.). *West European Politics*, 77-100.

43 Kelsen, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, 249-300. Para ampliar: Stone Sweet. *Constitutional Courts*, cit.

44 Sobre “legislador negativo” léase Stone Sweet, A. “The politics of constitutional review in France and Europe”. En *International Journal of Constitutional Law*, 5: 1, 2007, 69-92.

remisiones incidentales de los jueces. Y mientras en Francia se ha mantenido un acercamiento más tímido al control de constitucionalidad, las propuestas alemanas y españolas han introducido características adicionales<sup>45</sup>. El mismo Kelsen anticipó la adaptabilidad de la propuesta institucional: “A este respecto no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones posibles. La organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas”<sup>46</sup>. En Suramérica el único tribunal que mantiene la cualidad de no pertenecer al poder jurisdiccional es el Constitucional de Chile, los demás hacen parte de él. En aquellos países en que las funciones son ejercidas a través de un tribunal o corte suprema, son también los únicos órganos de cierre.

### 2.3. COMPOSICIÓN

El número de jueces que conforman los tribunales de decisión constitucional en Suramérica varía entre tres y once, con fórmulas homogéneas de diseño impar, a excepción Chile, que optó por componer con diez ministros el Tribunal Constitucional. Paraguay registra la menor cantidad de integrantes, con tres, vinculados a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Argentina y Uruguay cuentan con cinco en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia respectivamente. Por su parte, el Supremo Tribunal Federal de Brasil tiene once jueces, siendo el órgano con mayor cantidad de funcionarios. Siete son los magistrados que pertenecen a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, al Tribunal Constitucional de Perú y al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en tanto que nueve jueces se dispusieron para las Cortes constitucionales de Ecuador y Colombia. Pero más allá de la composición numérica, es importante analizar la fuente normativa que determina esta cantidad: mientras que en algunos países se establece desde la Constitución (Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay), en otros esta determinación se delega en el legislador (Argentina, Bolivia, Colombia y Venezuela). Esta diferencia es relevante, toda vez que será más sencillo para el ejecutivo aumentar la cantidad de integrantes si el origen de esta es legal en lugar de constitucional. Este acto se encamina habitualmente a nombrar jueces afectos al gobierno en las nuevas plazas creadas bajo el concepto “Court packing”<sup>47</sup>. Quizá el caso más conocido es el de Franklin Delano Roosevelt, quien en 1937 procuró ampliar a 15 la cantidad de jueces que componen la Corte Suprema ya que el tribunal

45 Garoupa. “Empirical Legal Studies”, cit., 32.

46 Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit., 276.

47 Para una revisión histórica del fenómeno en Estados Unidos: Burns Macgregor, J. *Packing the Court, The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: The Penguin Press, 2009).

declaraba sistemáticamente inconstitucionales las normas del New Deal<sup>48</sup>. No obstante, esta práctica se puede identificar en todo el mundo en la medida en que los tribunales limitan el poder y alcance del ejecutivo. En la actualidad se hallan fenómenos que corresponden al “constitucionalismo autoritario” en distintos lugares del mundo, como Hungría, Polonia y Venezuela<sup>49</sup>.

Las variables de periodo (permanencia en el cargo) y edades (a) mínima para acceder al tribunal y (b) de retiro forzoso se deben analizar de manera conjunta para una descripción más comprensiva de los tribunales. Sólo Brasil, Argentina y Paraguay contemplan ejercicios vitalicios por parte de los ministros aunque con rasgos diferenciales: mientras Brasil lo establece para todos los jueces hasta la edad de 70 años, Argentina lo hace para los integrantes de la corte de cierre hasta los 75, pero con la posibilidad de extensión por periodos de cinco años consecutivos e indefinidos a través de nuevos nombramientos. Por su parte, Paraguay distribuye el término en dos fases, la primera de cinco años y después de lograr confirmaciones para dos periodos posteriores al inicial, se ejercería hasta la edad de retiro forzoso (75). Esta particularidad del ordenamiento jurídico paraguayo es única en Suramérica y llama la atención por cuanto podría permitir una mayor injerencia del ejecutivo en las decisiones de los ministros que aspiran a las confirmaciones restantes para ejercer de manera vitalicia, lo cual es inadecuado desde el contrapeso que está llamado a efectuar el poder judicial. El término de ejercicio no vitalicio más extenso está previsto en Venezuela (doce) seguido por Uruguay (diez), Ecuador y Chile (nueve). El más corto se registra en Perú (cinco) y Bolivia (seis).

Algunos ordenamientos optan por regular de manera directa una edad mínima para acceder a la corte (Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay). La inferior en la región la dispone Argentina (30) y la mayor se halla en el caso peruano (45). En otros casos se prefiere una regulación indirecta mediante la exigencia del cumplimiento de un periodo mínimo de ejercicio siendo 15 años un tiempo común para Chile, Venezuela y Colombia. Es importante aclarar que dentro de los países que establecen una edad mínima también se registran

48 Marian C. McKenna, *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War*. New York: Fordham University Press, 2002. Respecto de diferentes enfoques del fenómeno véase Hall, K (ed.), *The Least Dangerous Branch, Separation of Powers and Court-Packing*. New York: Garland Publishing Inc., 2000.

49 El concepto es amplio y tiene diferentes perspectivas. Algunos lo pueden leer como “authoritarian neoliberalism”: Alviar García, H. “Neoliberalism as a form of authoritarian constitutionalism”. En Alviar and Frankenberg (eds.). *Authoritarian Constitutionalism*, 37-56. También como “conservative constitutionalism”: Gargarella, R. “Authoritarian constitutionalism in Latin America: from past to present”. En Alviar and Frankenberg (eds.). *Authoritarian Constitutionalism*. 115-135. Para el caso venezolano: Brewer Carías, A. *Authoritarian Government v. The Rule of Law- Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

exigencias de ejercicio mínimo de la profesión<sup>50</sup>. Nota aparte merece la fórmula elegida por Brasil, ya que es el único país que registra una edad máxima de ingreso (65). En materia de retiro forzoso hay países que no establecen tal límite en sus constituciones (Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia). Las edades en la zona se ubican entre 70 años en los casos de Colombia (regulación legal), Brasil y Uruguay y 75 en los de Chile, Paraguay y Argentina con la salvedad hecha anteriormente respecto del último.

En Suramérica no se exige que un número de plazas sean ocupadas por miembros de carrera de la rama judicial, sin embargo en algunos países se privilegia haber desempeñado cargos en determinados sectores<sup>51</sup>. En Perú pesa más haber sido magistrado de Corte Superior o fiscal a quienes una vinculación de diez años les alcanza para ser nominados, en tanto que a abogados o catedráticos universitarios se les demandan quince. Uruguay presenta un fenómeno similar al exigir diez años de experiencia a abogados por contraposición de los ocho que se solicitan a quienes hayan ejercido la judicatura, en la Fiscalía o Ministerio Público. Lo anterior indica una mayor facilidad para acceder a la Corte o Tribunal para aquellos que cuentan con esta vinculación específica.

En todos los países con la excepción de Brasil se exige una experiencia mínima para ejercer estas posiciones judiciales: el límite inferior es de ocho años para Argentina, Bolivia y Uruguay en los cargos referidos atrás en tanto que el máximo se encuentra en quince para Colombia, Chile Perú y Venezuela. Ecuador y Paraguay, por su parte, piden diez. La mayoría de países de la región exige la nacionalidad de nacimiento o “natural” para acceder a la magistratura excepto Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador. No obstante, Argentina sí exige un ejercicio mínimo de ciudadanía de seis años. Otro de los aspectos que permiten comparar los tribunales de decisión constitucional en Suramérica es el de la reelección de sus jueces: no es posible en Brasil (el cargo es vitalicio), Colombia, Chile y Venezuela. Es viable pero no de manera inmediata en Ecuador, Bolivia, Perú y Uruguay (cinco años después del cese). En Paraguay se puede a través de la confirmación con miras a adquirir el puesto de forma vitalicia; y aunque Argentina prevé un modelo de ejercicio vitalicio, la reelección es posible una vez se supera la edad de retiro forzoso.

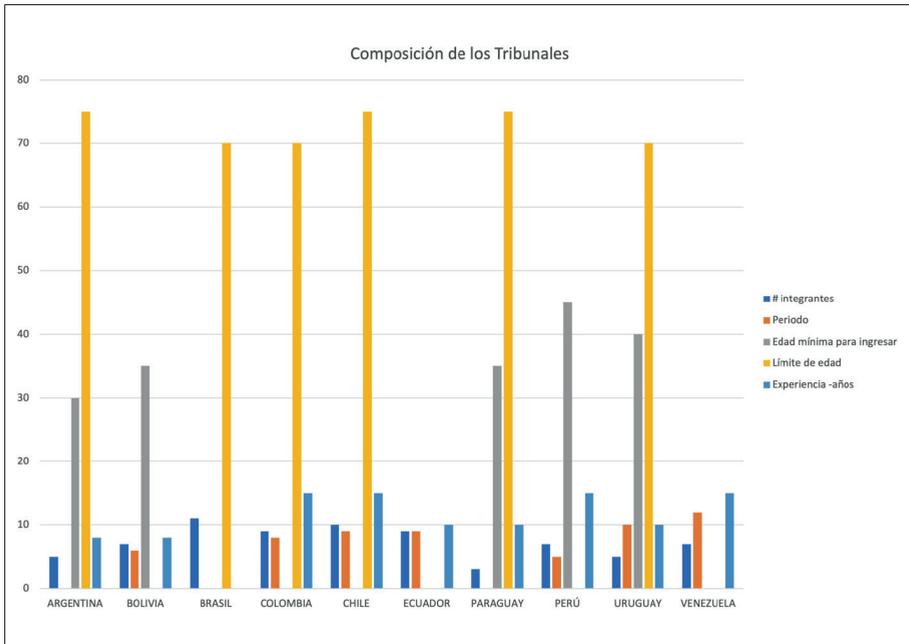
La abogacía es la profesión inherente a los jueces de los tribunales constitucionales. Pero la labor de una corte especializada no es puramente jurídica, ya que los casos envuelven asuntos de tipo social, político, ético

50 Ocho años en los casos de Argentina y Bolivia. Diez en Paraguay y diversos años dependiendo de la función ejecutada en Perú y Uruguay.

51 En Brasil sí se exige que los integrantes del Tribunal Superior de Justicia sean jueces de carrera. En Uruguay sí se debe pertenecer al poder judicial en el evento de una vacancia no cubierta dentro de los 90 días siguientes (art. 236).

y económico<sup>52</sup>. De esta manera, en ordenamientos como el de Tailandia la Corte está compuesta también por profesionales en ciencia política<sup>53</sup>. Sería interesante analizar la viabilidad y pertinencia de composiciones de este tipo en la región, lo cual supera por mucho el alcance de este trabajo.

FIGURA 1. COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES EN SURAMÉRICA



Fuente: Elaboración del autor.

#### 2.4. ELECCIÓN Y EJERCICIO DEL CARGO

El único país que contempla una elección popular de los jueces en este tipo de tribunal es Bolivia<sup>54</sup>. Las restricciones constitucionales a las decisiones

52 Harding A., Leyland, P. and Groppi, T. "Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective", en Harding *et al.* (eds.). *Constitutional Courts*, cit., 19.

53 Esta forma de composición la consagra desde 1997 y se encuentra en la sección 200 de la Constitución de 2017.

54 La elección de jueces a través del sufragio es una de las posibilidades de desarrollo de la "responsabilidad" (*accountability*) de estos frente a la sociedad (*the people*) como uno de sus auditorios. Es claro que esta opción no está exenta de críticas y la irrupción del ejercicio político en la esfera judicial (siempre factor presente) es quizá la más importante. Para una caracterización histórica del proceso de designación de jueces en los Estados Unidos (país con tradición en ese sentido): Handelsman Shugerman, J. *The People's Courts: Pursuing Judicial Independence in America*. Cambridge: Harvard University Press, 2012 y Dubois, P. "Accountability, Independence,

democráticas como tensión contemporánea en las arquitecturas estatales son evidentes en este terreno privilegiando elecciones indirectas o a través de organismos especializado<sup>55</sup>. En palabras de Roberto Mangabeira: “The two dirty little secrets of contemporary jurisprudence [...] and its discomfort with democracy: the worship of historical triumph and the fear of popular action”<sup>56</sup>. En la variable “nominación” se encontró que tanto el poder ejecutivo como el legislativo tienen alta injerencia en esta etapa<sup>57</sup>. En cinco cumple papeles preponderantes el Ejecutivo: los nombra de forma exclusiva en Argentina y Brasil. Le corresponde un número determinado en el nombramiento de cargos en Colombia (tres de nueve) y Chile (tres de diez), compartiendo labor tanto con el legislativo como con el judicial en Chile y sólo con el último en Colombia. En Ecuador también ejerce la función nominadora con organismos de otras ramas pero con la particularidad de que allí se realiza un concurso público de méritos. Al legislativo, por su parte, le corresponde la nominación exclusiva en Bolivia bajo el formato de preselección de candidatos por los que se votará. También es excluyente la función en Perú y Uruguay al igual que en Venezuela a través de la Asamblea Nacional y con participación del Poder Ciudadano. El único país en el que nombra de forma exclusiva un organismo no perteneciente a estas ramas es Paraguay, en donde lo hace el Consejo de la Magistratura.

El paradigma regional en la fase de elección consiste en asignar la competencia al legislativo. En Brasil, Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela corresponde a este poder o a alguna de sus cámaras la designación exclusiva de los magistrados o ministros. En Paraguay sucede igual, pero a condición de acordar previamente con el Ejecutivo. Por el contrario, en Argentina la función descansa en el presidente pero por acuerdo con el Senado; en Bolivia eligen los votantes a través de sufragio y en Chile son diferentes organismos los que designan una cantidad determinada de los integrantes del Tribunal Constitucional<sup>58</sup>. Por último, en Ecuador una Comisión calificadora elige a los jueces. Y en cuanto a la votación requerida por el legislativo en los procesos en los que participa, esta varía entre mayoría simple y cualificada de 2/3 en los casos de Argentina, Perú, Uruguay, Venezuela y Chile.

and the Selection of State Judges: The Role of Popular Judicial Elections”. En *SMU Law Review*, 40: 6, 1986, 31-40.

55 Gargarella, R. “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile”, *Revista Nueva Sociedad*, 285, 2020, 12-22.

56 Mangabeira Unger, R. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1996.

57 Todos los países de la población estudiada son presidencialistas. Para un análisis de los amplios poderes legislativos del ejecutivo en Latinoamérica: Cheibub, J., Elkins, Z. and Ginsburg, T. “Still the Land of Presidentialism? Executives and the Latin American Constitution”. En Nolte, D. and Schilling-Vacaflo, A. (eds.) *New Constitutionalism in Latin-America, Promises and Practices*. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2012, 73-98.

58 Presidente, Congreso a través de Senado y Corte Suprema.

Otros factores que inciden en la independencia de los tribunales son el grado de dificultad para que sus miembros sean removidos y la posibilidad de ser investigados por las decisiones que profieren; en la mayoría de países se consagra alguna forma de inamovilidad<sup>59</sup>. No obstante, se deja espacio para la remoción por comisión de delitos (Argentina, Brasil, Chile, Uruguay), o por tramitar asuntos judiciales diferentes a los de su competencia (Uruguay)<sup>60</sup>. Otras causales son indeterminadas, dando espacio para eventuales injerencias indebidas a través de interpretaciones extensivas, es el caso del denominado “mal desempeño” que se adopta como fórmula en Argentina, Colombia y Paraguay<sup>61</sup>. Este último país establece la posibilidad del juicio político (arts. 225 y 261) en tanto que el procedimiento está proscrito en Ecuador (art. 431), en donde los magistrados pueden ser destituidos por la misma Corte<sup>62</sup>. La textura abierta de los términos permite promover la remoción de jueces incómodos al poder político y especialmente al Ejecutivo, aunque, como quedó en evidencia en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, también puede presentarse una “confabulación de los tres poderes”<sup>63</sup>. Finalmente, en Venezuela se dispone una categoría confusa y amplia que permite la separación de la función jurisdiccional: “Faltas graves calificadas así por el Poder Ciudadano”. Esta regla presenta dificultades ya que su contenido se puede llenar a conveniencia. Además, es el único país que consagra directamente la posibilidad concreta de que un juez sea investigado por sus decisiones al no ser “imparcial o independiente” (art. 62.3), “cometer hechos graves que pongan en peligro su credibilidad e imparcialidad y comprometan la dignidad del cargo” (art. 62. 11) o “Si la actitud pública atenta contra el funcionamiento del Tribunal, salas o el poder judicial” (art. 62. 16)<sup>64</sup>. Por el contrario, Perú declara que los

59 Esta inamovilidad está implícitamente garantizada en el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia y por ella se entiende “una garantía de la independencia judicial [...] compuesta por [...] permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción” y que la misma “debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella”. Como ha señalado la Comisión Interamericana, la estabilidad en el cargo de las y los jueces “es indispensable para garantizar su independencia frente a los cambios políticos o de gobierno” en: Romero, M.; Arrocha, M.; y Coria, V. *Compendio de Estándares Internacionales para la Protección de la Independencia Judicial*. San José: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2019, 18. También se puede consultar el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela.

60 Sanciones de carácter disciplinario también han dado lugar a condenas internacionales a los estados como el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.

61 Una construcción normativa similar (error judicial inexcusable) se usó para la destitución en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.

62 Sobre juicio político se puede consultar: Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador.

63 Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador y [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf)

64 Sobre la libertad de expresión de los jueces véase los casos: Urrutia Laubreaux vs. Chile y López Lone vs. Honduras.

jueces gozan de “inmunidad” y no responden por sus votos u opiniones. Chile establece que sus decisiones no son revisables (art. 93) y que tampoco pueden ser sujetos de investigación por ellas (art. 12 LOCTC), al igual que en Brasil (art. 95-II) y Bolivia.

La variable “Consejos Judiciales” no se abordó en la matriz; sin embargo, a partir de la revisión de las constituciones se comprobó que existen en varios países con diversas denominaciones y funciones principalmente de control y vigilancia pero en ningún caso con competencia sancionatoria sobre los jueces de los tribunales de decisión constitucional objeto de estudio. Estos organismos se han consolidado como “an international ‘best practice’ designed to help ensure judicial independence and external accountability”<sup>65</sup>. La existencia de un Consejo de Magistratura teóricamente permite consolidar la independencia y fortaleza jurisdiccional a través de funciones como las de asignación y gestión del presupuesto; no obstante, esta intuición debe ser contrastada con datos empíricos<sup>66</sup>.

Finalmente, un aspecto crítico para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional es el de la independencia presupuestal y financiera. Ella se encuentra consagrada constitucionalmente en Bolivia (art. 178), Brasil (art. 99), Ecuador (Art. 430), Paraguay (art. 249) y Venezuela (art. 254). Los dos últimos conciben un modelo interesante al instaurar un “piso” al presupuesto asignable del tres por ciento en el caso de Paraguay y dos por ciento en el de Venezuela. Colombia, Chile, Perú y Uruguay no declaran la independencia financiera, sino que delegan la determinación de recursos al legislativo. Argentina, de otro lado, consagra la imposibilidad de reducción de salarios de los jueces mientras ejerzan el cargo (art. 110).

## 2.5. COMPETENCIAS, ALCANCES Y LÍMITES

Para caracterizar la forma de acceder a los tribunales se consideraron los controles abstracto y concreto, entendiendo por el primero la posibilidad de acudir a la Corte mediante una acción directa, en tanto que el segundo implica la remisión en un caso determinado motivada por la posible inconstitucionalidad de una norma llamada a aplicarse en la cuestión a decidir<sup>67</sup>.

65 Garoupa *et al.*, *Judicial Reputation*, p. 98. Los autores plantean un símil de estos con la board of directors de las compañías.

66 Sobre el fenómeno de la independencia: Hannsen, A. “Is There a Politically Optimal Level of Judicial Independence?” En *American Economic Review*, 94: 3, 2004, 712-719. Y en materia de estudios empíricos: Choi, S.; Mitu Gulati, G.; and Posner, E. “Professionals and Politicians: The Uncertain Empirical Case for an Elected Rather than Appointed Judiciary”. En *Journal of Law, Economics and Organization*, 26: 2, 2008, 290-336.

67 Para ampliación conceptual consultar: Wojciech, S. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Cham: Springer, 2005, 5 y Stone Sweet, *Constitutional Courts*, cit., 823.

Argentina sigue un modelo de constitucionalidad difuso propio del sistema estadounidense en el que se puede acceder a la Corte Suprema por alegación de parte en el caso concreto y mediante acción meramente declarativa (art. 322 CPCCN) de tipo constitucional (desde el caso Gomer)<sup>68</sup>. En algunas decisiones se ha admitido la posibilidad del control de constitucionalidad material (Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional y Camuzzi Gas del Sur c/ Provincia de Río Negro)<sup>69</sup>. Por último, existe el denominado recurso extraordinario federal en contra de sentencias de los superiores tribunales (ley 48) mediante el cual se garantiza la supremacía constitucional (art. 31). Bolivia cuenta con controles abstracto y concreto: al tribunal se puede acceder de forma directa mediante acción interpuesta por sujetos cualificados o por remisión de los jueces, autoridades administrativas o a solicitud de parte<sup>70</sup>. En Brasil el tipo de control es mixto: en el aspecto abstracto existen: acciones directas de inconstitucionalidad (ADI), acciones declaratorias de constitucionalidad (ADC), acciones directas de inconstitucionalidad por omisión (ADO -art. 103.2-) y las argumentaciones de incumplimiento de preceptos fundamentales (ADPF) requiriendo de la intervención del Abogado General de la República para la defensa de la norma. Tanto la acción directa de inconstitucionalidad como la acción declarativa de inconstitucionalidad sólo pueden ser interpuestas por sujetos cualificados. En materia de control concreto se puede acceder al tribunal mediante recurso extraordinario (art. 102.3).

Colombia goza igualmente del sistema mixto. En lo que respecta al acceso a la Corte Constitucional se tienen la acción pública de inconstitucionalidad y la revisión de sentencias en acciones de tutela. La legitimación en la causa por activa en el abstracto corresponde a cualquier ciudadano (art. 242.1), en tanto que en el concreto se da por vía de envío automático de sentencias de tutela ejecutoriadas. Chile también consagra la posibilidad de acceso al tribunal tanto en materia abstracta como en el ámbito concreto y la forma de lograrlo dependerá del tipo de acción: a través de sujetos cualificados como directamente en acción de inconstitucionalidad acerca de normas declaradas inaplicables (art. 93.7). También por cualquier persona parte en juicio o afectada en casos de autos acordados dictados por la Corte Suprema, Cortes de apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93.2) y a petición de parte o por remisión del juez de la causa en el evento de la inaplicabilidad (art. 93.6). Ecuador implementa controles abstracto (art. 436) y concreto (art. 428): el acceso es directo en el abstracto a través de las acciones de protección y pública de inconstitucionalidad. En el concreto mediante la remisión por parte del juez, de oficio o a petición de parte (art. 428). En materia de legitimación por activa corresponderá

68 Perugini, L. “La acción declarativa de inconstitucionalidad y la acción meramente declarativa. Explicación necesaria de sus diferencias”. En *Revista [áDA Ciudad*, 3, 2010.

69 Berra, E. “La acción meramente declarativa”, en *Revista Jurídica*, 14, 2010, 90-101.

70 Ley 254/12 - Código Procesal Constitucional.

a cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente al respecto de acciones constitucionales (art. 437 y 439). En Paraguay se configuran ambos, el abstracto regulado en los artículos 550 y siguientes del Código Procesal Civil y el concreto a solicitud de parte mediante excepción de inconstitucionalidad (art. 538 y ss. Código Procesal Civil). En las dos modalidades el ciudadano accede directamente al Tribunal (art. 260).

El control es igualmente mixto en el caso de Perú. En lo tocante al acceso al tribunal se realiza en la esfera abstracta mediante dos acciones: de inconstitucionalidad y popular. De forma directa en la primera y como tribunal de segunda instancia o en consulta en la acción popular. La legitimación por activa es como sigue: en la acción de inconstitucionalidad sólo por parte de sujetos cualificados y en la acción popular cualquier persona (art. 84 CPC 28237). Uruguay contempla ambos modelos. Por vía de acción ante la Suprema Corte de Justicia o excepción oponiéndolo en cualquier procedimiento judicial y de oficio por parte de los jueces (art. 258). Respecto de la legitimación: por todo el que considere lesionado un interés directo, legítimo y personal (art. 258) y de oficio por los jueces. Finalmente, en el caso de Venezuela proceden ambos: por acción popular de inconstitucionalidad (art. 32 LOTSI) o por consulta sobre control difuso que realicen los tribunales o salas del Tribunal Supremo. La legitimación es amplia en el control abstracto ya que se le permite a cualquiera sin que sea relevante su interés o calidad.

En torno a los términos de prescripción y/o caducidad se encontró que en Bolivia es de seis meses frente amparo constitucional y en Colombia de un año en acciones por vicios de forma (art. 242.3). En el caso de Paraguay se debe ejercer con la contestación de la demanda o nueve días después de esta para el demandante en excepción de inconstitucionalidad, en tanto es imprescriptible en el caso de la acción. En Perú la acción de inconstitucionalidad tiene una caducidad de seis años contra normas y de seis meses contra tratados (art. 100 CPC 28237) y la acción popular cuenta con una de cinco años.

Respecto del tipo de control (ex ante/ ex post), se encontró que Argentina, Brasil, Paraguay, Perú y Uruguay lo establecen de forma posterior, en tanto que Chile (art. 93) es el único que establece exclusivamente las funciones previas dentro del ámbito competencial del tribunal. Los demás países realizan control constitucional en ambas etapas siendo los tratados el factor común de control previo: en Bolivia esta modalidad se ejerce sólo sobre ellos (art. 202.9), en Ecuador, además de aquellos se controlan de forma previa las consultas populares y las objeciones que el ejecutivo realiza a los proyectos de ley. En Colombia se ejecuta también sobre la convocatoria a referendo o asamblea constituyente para reformar la Constitución, proyectos de ley objetados por el gobierno y proyectos de leyes estatutarias. En el caso venezolano la particularidad en el control de tratados reside en que no es automática, sino a ruego del presidente o de la Asamblea Nacional (art. 336.5), adicionalmente se controlan también de forma previa las leyes orgánicas (art. 203).

Ahora, ¿a quiénes cobijan sus decisiones? Los fallos de los tribunales sólo tienen efectos *inter partes* en Uruguay (art. 259) y Paraguay (art. 260.1)<sup>71</sup>. En Argentina las consecuencias son *inter partes* en principio, sin embargo, a través de la jurisprudencia se ha ampliado a *erga omnes*<sup>72</sup>. Estos últimos se contemplan en Brasil, aunque no se extienden al legislativo (art. 102.2). Y en Perú respecto de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad sin impacto retroactivo (art. 204). Los dos efectos, *inter partes* y *erga omnes*, se establecen en Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador<sup>73</sup>. Venezuela también cuenta con ambos efectos ciñendo el *erga omnes* al control abstracto<sup>74</sup>.

Continuando con la naturaleza de las decisiones de los tribunales, se halló que estas no son revisables sino por ellos mismos, haciendo tránsito a cosa juzgada y vinculando a todos los poderes públicos en el caso de Perú. Son definitivos e inapelables en Ecuador (art. 440), Chile (art. 93) y Paraguay (ley 609 de 1995). El caso de Brasil llama la atención por cuanto la suspensión de las normas inconstitucionales depende del Senado (art. 52 num. x), aunque los efectos de los fallos son *erga omnes* sólo son vinculantes para la rama judicial y entidades administrativas (art. 102-2).

En cuanto a la eficacia teórica normativa de las providencias, se identificó que el Supremo Tribunal Federal de Brasil garantiza la autoridad de sus propias decisiones (art. 102 I) y contempla la posibilidad de aprobar y cancelar “súmulas” acerca de la validez, interpretación y eficacia de ciertas normas<sup>75</sup> (art. 103 A). En Bolivia se tipifica el delito de desobediencia a resoluciones en acciones de inconstitucionalidad. En Colombia los fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (art. 243) con efectos hacia el futuro a menos que la Corte decida lo contrario. En Chile los decretos supremos quedan sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia del Tribunal en tanto los efectos no retroactivos sobre los declarados inconstitucionales se producen desde la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*. En Ecuador la Corte conoce y sanciona el incumplimiento de las sentencias (num. 9 art. 436). En Perú: los precedentes son vinculantes si así se manifiesta en la misma sentencia por parte del Tribunal (art. VII CPC 28237) y sus decisiones vinculan a todos los poderes públicos (art. 82 CPC 28237). En el caso de Uruguay sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado (art. 259). Y en Venezuela se establece que los actos dictados por el poder público que

71 Se debe aclarar que en Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela los jueces pueden inaplicar normas en la controversia concreta por considerarlas inconstitucionales en lo que sería un modelo mixto según la clasificación típica.

72 Caso “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”, de 24/02/2009.

73 Inaplicabilidad de precepto en caso para Chile (art. 94 num. 6).

74 Art. 32 LOTSJ. Para ampliar: Brewer-Carías, A. “Los efectos de las sentencias constitucionales en Venezuela”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 12, 2008, 19-66.

75 Se le denomina *teórica* ya que un análisis de la eficacia en su ámbito práctico natural requiere de elementos de juicio que no se tienen en este trabajo.

violen derechos constitucionales son nulos y quienes los ordenen o ejecuten son sujetos de sanción sin que excuse la orden superior (art. 25).

En lo atinente al criterio de interpretación la Constitución de Bolivia dispone estarse a la voluntad del constituyente y al tenor literal (art. 196). En Brasil el Tribunal cuenta con la facultad de “súmula” para otorgar validez al tipo de interpretación adecuado (art. 103 -A). En Colombia la interpretación que hace la Corte es obligatoria. En Chile la interpretación corresponde tanto al Congreso a través de ley (art. 66) como al Tribunal Constitucional (art. 93). En Ecuador se otorga favorabilidad a los derechos reconocidos a nivel internacional por sobre el ordenamiento interno (arts. 424, 426 y 428). En el caso peruano frente a la incompatibilidad entre Constitución y ley, los jueces prefieren la primera (art. 138), y el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación (art. 1 LOTC 28301). En Uruguay la interpretación de la Constitución le corresponde a la Asamblea General (art. 85 num. 20) y en Venezuela la Sala Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución con vinculatoriedad frente a las demás salas del Tribunal y otros tribunales (art. 335).

El debate acerca de la interpretación constitucional excede ampliamente el alcance del trabajo. Con todo, valga mencionar que se han propuesto diversos acercamientos como los que claman por el ejercicio de virtudes pasivas, minimalismo judicial, deferencia con el legislador e interpretativismo<sup>76</sup>. Como soporte teórico común de éstas se puede afirmar, no de manera pacífica, que descansan en la *countermajoritarian difficulty*<sup>77</sup>. Otras posiciones revisitan esa característica para plantear, por ejemplo, una metodología de *representation-*

76 Virtudes pasivas: como el “poder de declinar el ejercicio de la jurisdicción que ha sido conferida” o la “restricción” véase Bickel, A. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Heaven: Yale University Press, 1986, 111-198. En materia de minimalismo judicial: Sunstein, C. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 1999; *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford University Press, 1996. La deferencia se puede considerar constitutiva de las virtudes pasivas de los jueces, aunque en países como Estados Unidos o el Reino Unido la deferencia se realiza principalmente respecto del ejecutivo. Para un análisis comparado: Zhu, G. (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review, Comparative Perspectives*. Cham: Springer, 2019. En el ámbito del interpretativismo: Hart Ely, J. *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Respecto de la diferencia en la nomenclatura (Interpretivism, textualism, originalism) consultar: Primus, R. “Limits of Interpretivism”. En *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 32: 1, 2009, 159-177. Acerca del originalismo y sus elementos característicos revisar: Berman citado por Segall, E. *Originalism as Faith*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 8; y para un abordaje de la interpretación constitucional véase Goldsworthy, J. *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

77 Alexander Bickel la proponía como característica del control de constitucionalidad y una realidad “ineluctable” (16), asegurando que esta práctica (*judicial review*) “is a deviant institution in the American democracy” (18) que funciona como “a form of distrust of the legislature” (21) in Bickel, *The Least Dangerous Branch*.

*reinforcing* y, claro está, el activismo judicial<sup>78</sup>. Este último se asume como condición necesaria del constitucionalismo transformador de la realidad caracterizada en Latinoamérica por la violencia, exclusión social, desigualdad extrema y debilidad de las instituciones nacionales<sup>79</sup>. En razón de estos particulares rasgos, no es posible realizar una lectura bajo el prisma etnocentrista y universalista del “Norte global” que presenta sus tesis en “textos de lengua inglesa aceptados por editoriales de universidades Ivy League”<sup>80</sup>. No quiero decir con lo anterior que asumo de manera acrítica el punto de partida del juez activista justificado por el contexto en el que ejerce su labor, pero sí debo anticipar que soy de la posición de que en ellos se debe depositar la competencia prevalente (pero no exclusiva) de interpretación normativa.

Solo por caso tengamos el concepto mismo de “derecho”. La construcción social que conocemos como tal, al usar el lenguaje, goza de su vaguedad como propiedad. Y es que, como pone de presente Nino, la pregunta ¿qué es el derecho? “es, quizá, la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”<sup>81</sup>. Y si consideramos litigios resueltos en sede jurisdiccional identificamos que en el día a día le corresponde al juez determinar el sentido y alcance racional y razonable de los términos que de ninguna forma, aún en la construcción más exhaustiva, podría anticipar el legislador. La palabra “obscenidad” analizada en el caso *Jacobellis v Ohio* a partir del cual se acuñó la doctrina “I know when I see it”, con posterioridad replanteada, ofrece una base ideal para soportar la aserción: no concibo cómo otro organismo diferente al judicial puede resolver eficazmente la indeterminación lingüística propia del derecho que se ve exacerbada por el constante cambio social<sup>82</sup>.

78 Respecto del representation-reinforcing consultar: Pennington, S. “Completing Ely’s Representation Reinforcing Theory of Judicial Review by Accounting for the Constitutional Values of State Citizenship”. En *Texas Review of Law & Politics*, 15: 1, 2010, 219-245. Y para una crítica: Tushnet, M. *Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory*. En *The Yale Law Journal*, 89: 6, 1980, 1037-1062.

El activismo judicial se enmarca dentro del “constitutional borrowing and transplantation” y aunque en la región no existe consenso alrededor de lo que en realidad un juez activista significa, si hay claridad acerca del origen histórico del término y los intereses políticos tras él. Para un acercamiento véase García Jaramillo, “‘Activismo judicial’: un viejo concepto para nuevos desafíos. Bogotá: Ámbito Jurídico, 2019, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para>. Kmiec, por su parte, describe cinco categorías del activismo judicial en Kmiec, K. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”. En *California Law Review*, 92: 5, 2004, 1441-1477. Para una revisión de casos consultar: Grover, S. *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law, Selected Case Studies*. Cham: Springer, 2020.

79 Von Bogdandy, A. “El mandato transformador del sistema interamericano, legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”. En Bogdandy, *Por un derecho común*, cit., 31.

80 Bogdandy, “¿El derecho constitucional comparado como ciencia social?”, cit., 161.

81 Nino, C. *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, 11.

82 Este ejercicio revela un sesgo autor enmarcado en el *differencing* del modelo d/d.

En relación con las competencias, se encontró que además de las relacionadas con el control de constitucionalidad se asignan otras, lo cual es más acentuado en aquellos tribunales que tienen características de Corte Suprema ya que resuelven asuntos de diferente naturaleza (como casación, otorgamiento de amnistías y autorización de extradición por ejemplo)<sup>83</sup>. Por tanto, el estudio se centró en aquellas adicionales a las netamente jurisdiccionales<sup>84</sup>. La de resolver conflictos de competencias es compartida por todos los tribunales de la región. Algunos tienen funciones electorales, como en Colombia y Venezuela, y sus integrantes ocupan cargos en otros órganos, como en Brasil y en Venezuela.

El ejercicio de la presidencia es otra competencia asignada, en este caso, a los presidentes de las corporaciones: en Argentina según la ley de acefalía y en Brasil como tercero en orden en caso de vacancia. En Paraguay por anulación de elecciones y en Uruguay si ella no ha sido declarada por la Corte Electoral. Otros asuntos relacionados con la presidencia son dispuestos funcionalmente como la de presidir el juicio que adelanta el senado en contra del presidente en Argentina o la presentación de cargos contra el presidente en Brasil así como la de presidir los juicios en el Senado en contra de éste y otros sujetos cualificados (art. 52). En Chile el Tribunal tiene el deber de informar al Senado en proceso para decretar la inhabilidad o dimisión del cargo del presidente. En el caso ecuatoriano la Corte debe rendir dictamen previo de admisibilidad para juicio político al presidente y comprobar el abandono de cargo. Por último, en Venezuela debe determinar si hay mérito para juzgar al presidente y procesarlo.

En Paraguay, Brasil, Uruguay y Venezuela se asigna a los tribunales la competencia de administración la rama judicial. En el primero la potestad es amplia en ejercicio de la superintendencia del poder judicial al igual que en Uruguay a través de la Suprema Corte a quien se le delegan otras relacionadas<sup>85</sup>. En Venezuela le corresponde al Tribunal Supremo administrar el poder judicial, nombrar y jurar jueces y representar al poder en la discusión de proyectos de ley (art. 211). Esta última en línea con la facultad de iniciativa legislativa que es también compartida por los tribunales en Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

83 Se consideraron por control de constitucionalidad las de (a) *Constitution-drafting jurisdiction (controlling the Constitution itself)* y (b) *judicial review of legislative acts (controlling the legislature)*, según la clasificación de Harding *et al.*, "Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective". En Harding *et al.* (eds.). *Constitutional Courts*, cit., 6-7.

84 En estas se contemplan: (c) *jurisdiction over officials and agencies and*, (d) *jurisdiction over political parties and elections* conforme a la continuación de la clasificación anterior.

85 Nombramiento de jueces, defensores de oficio, jueces de paz, integrantes de tribunales (con aprobación de Cámara de Senadores) y destitución de miembros del poder judicial (art. 239) al igual que decidir sobre traslados de jueces (art. 246) y regular lo correspondiente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 308).

En la faceta de asignaciones concernientes a las *otras ramas* del poder público excluyendo la institución de la presidencia ya descrita, se encontró que en Brasil el Supremo puede presentar cargos contra otros altos funcionarios y en Chile determinar las inhabilidades de ministros designados de Estado y congresistas. En Ecuador debe la Corte efectuar dictamen previo para disolver la Asamblea Nacional. A la Corte Suprema de Paraguay se le responsabiliza de la declaración de incapacidad física o mental de miembros de cámaras y al Tribunal Supremo de Venezuela del establecimiento del mérito para juzgar a determinadas dignidades.

Acerca de la *población normativa* sobre la que puede recaer el control abstracto de constitucionalidad se puede afirmar que las más amplias se extienden hasta reglamentos y actos administrativos en Argentina; ordenanzas y resoluciones no judiciales en Bolivia y actos normativos de carácter general emitidos por autoridades del Estado en el caso de Ecuador. En Perú, en desarrollo de la acción popular, corresponde la revisión de reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general que infrinjan la Constitución o la Ley. En Colombia, Chile y Uruguay se mantienen las competencias para el control de normas de alcance nacional.

## 2.6. ELEMENTOS PARA EVALUAR EN EL DISEÑO DE LOS TRIBUNALES

Presentar un arquetipo de Tribunal Constitucional no es el objetivo en estas líneas. Proyectar lineamientos normativos sin considerar aspectos históricos, sociológicos, medioambientales, entre otros, se antoja excesivo ante las complejidades y particularidades de cada ordenamiento y sociedad. Sin embargo, sí se han observado algunas fórmulas que pueden ser preferibles por sobre otras y que se deben analizar al momento de crear o modificar estos tribunales:

Es claramente deseable que el número que integrantes de los tribunales sea impar. También se debe preferir que tanto este número como el procedimiento para su elección se encuentren establecidos en la Constitución y no deferir la determinación al legislador, ya que la menor exigencia para la modificación de la ley puede derivar en “Court packing”. En materia del periodo de ejercicio, deberían prevalecer unos con carácter fijo previamente establecidos no sujetos a confirmaciones futuras para la extensión del mandato porque los fallos adoptados pueden estar condicionados por la elección próxima y podrían llevar a que los jueces tengan demasiada consideración por el auditorio político, lo cual resta independencia a la función. Por el lado de la extensión del término de duración se deberían establecer unos que permitan consolidar la visión, los criterios y análisis del juez que ejerce pero sin que ello implique la “petrificación” de la jurisprudencia; por lo tanto, se deben descartar las fórmulas vitalicias que garantizan bastante la independencia pero tienden a (1) disminuir la “accountability” de los jueces y (2) anclan la

evolución decisional a la visión de los jueces por periodos de tiempo muy prolongados. Por el contrario, periodos cortos de cinco años pueden significar materialmente cambios constantes en las líneas decisionales, lo cual contraría la seguridad jurídica como expectativa de la sociedad. Es por lo que un término razonable de doce años puede favorecerse como forma intermedia entre las dos opciones.

Concebir controles tanto previos como posteriores resulta conveniente en el diseño institucional de los tribunales. Un argumento persuasivo que justifica la intervención *ex ante* lo constituye la necesidad de seguridad jurídica respecto de procesos de alto impacto en la sociedad como la implementación de mecanismos de participación popular con fines de reforma y el estudio de constitucionalidad de tratados. De igual forma se recomienda que los tribunales cuenten con competencias para proferir fallos con efectos *erga omnes* por lo menos en materias propias del control abstracto en razón de la vocación de generalidad e impersonalidad de estas decisiones.

Otro parámetro que debe considerarse en la Constitución es la edad de retiro. Derivar al legislador la posibilidad de limitarla es peligroso toda vez que por esta vía podría también ejercerse injerencia indebida por parte del gobierno de turno (jubilando a jueces o cortes enteras que no comulguen con sus intereses)<sup>86</sup>. La determinación de límites inferior y superior en materia de edad escapa al alcance de la investigación y requeriría de análisis en periodos particulares atendiendo a diferentes criterios, entre ellos, necesariamente, los sociodemográficos. Por otro lado, es sano que no se exija que los miembros pertenezcan a la rama judicial o hayan hecho carrera en ella, lo cual implicará que el Tribunal se verá alimentado por diferentes cosmovisiones y experiencias en el marco de un diálogo que considera múltiples perspectivas. No obstante, es recomendable reservar un número determinado de cargos a diversos perfiles como académicos y litigantes particulares<sup>87</sup>. Es conveniente no exigir que los integrantes sean expertos en derecho constitucional por la razón señalada anteriormente, sumada al hecho de que en el modelo “principal-agent” a mayor experticia, menor “accountability” por cuenta de la asimetría en la información. El caso tailandés brinda elementos para el debate en cuanto a las profesiones llamadas a ocupar los cargos en virtud de que una corte de estas características no es puramente jurídica. A pesar del reconocimiento de esta objeción, se sugiere contar con un tribunal o corte constitucional independiente y no vinculado o adscrito a una corte suprema ya que le permite, por lo menos desde el diseño, contar con un mayor nivel de autonomía y especialidad.

86 Véase el caso *Baka vs. Hungría* resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el que el gobierno redujo la edad de jubilación de 70 a 62.

87 El mismo Kelsen lo sugería en Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, 277.

La exigencia de una experiencia mínima para acceder al cargo es deseable ya que estos cargos deben ser considerados el culmen de una carrera brillante y no un trampolín para lograr otras posiciones con posterioridad a la finalización del mandato. La libertad de los jueces en el ejercicio de su cargo debe ser muy amplia y por ello es adecuado que no se puedan procesar por opiniones y decisiones como reiterada jurisprudencia de la Corte IDH lo ha determinado. No es adecuado que se consagren causales abiertas e indeterminadas para la remoción de jueces. Es mejor señalar de manera taxativa las conductas que la podrían acarrear con la finalidad de evitar eventuales interpretaciones extensivas respecto de jueces o tribunales “incómodos” para el poder<sup>88</sup>.

Es recomendable instituir constitucionalmente un límite inferior porcentual del presupuesto de cada país para garantizar la independencia financiera de la rama judicial o el Tribunal en el caso de Chile. La determinación del óptimo porcentual requiere de evidencia empírica de la cual se carece en este trabajo. Igualmente, es aconsejable que las decisiones de los tribunales sean vinculantes para todos los órganos del Estado.

Se debe desestimular la labor electoral de los tribunales, de juicio a altas dignidades, administración de la rama judicial (siendo este especialmente sensible por lo que esta competencia puede comportar frente a la independencia de los jueces) y de ejercicio de la presidencia. Si bien es claro que la función de los jueces no es apolítica, no es menos cierto que su actividad es principalmente judicial y no ejecutiva. Respecto del tipo de cuerpo normativo sobre el que se efectúa control de constitucionalidad recomendaría que sólo se extienda a los de alcance nacional y tratados. Esta recomendación se realiza con base en la inferencia racional del incremento de trabajo que implicaría revisar normas de alcance local o regional, lo cual a su vez implicaría términos más dilatados para atender las colisiones normativas de mayor alcance. Sobre el óptimo procesal de elección no se concluye. Se requieren criterios empíricos respecto del desempeño de cada diseño para poder tener consideraciones al respecto. Al ser la investigación principalmente descriptiva y normativa, se supera la finalidad de ella en este ámbito.

#### REFERENCIAS

- Bonilla Maldonado, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: The Bobbs Merrill Company, 1971, 1-15.

88 Por ejemplo el juicio político basado en el artículo 97 de la Constitución y derivó finalmente en la sentencia Tribunal Constitucional vs Perú.

- Castillo-Ortiz, P. "The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions". En *Law and Philosophy - An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, 39, 2020, 617-655.
- Dupré, C. "The Importation of Law: A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court". En *Comparative Law in the 21st Century*. London: Kluwer, 2002, 267-269.
- Elster, J. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". En *Duke Law Journal*, 45, 1995, 364-376.
- Elster, J. *Ulises y las Sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Elster, J. *Ulysses Unbound*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Epstein, L., Knight, J. and Shvetsova, O. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". En *Law & Society Review*, 35: 1, 2001, 117-164.
- Esquirol, J. "Fictions of Latin American Law (Part I)". En *Utah Law Review*, 425, 1997, 427-428.
- Ferreres, V., "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?", en *International Journal of Constitutional Law*, 2: 3, 2004, 461-491.
- Frankenberg, G. *Comparative Constitutional Studies – Between Magic and Deceit*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Frankenberg, G. *Comparative Law as Critique*. Elgar Studies in Legal Theory, Northampton, 2016.
- García Jaramillo, "“Activismo judicial”: un viejo concepto para nuevos desafíos. Bogotá: Ámbito Jurídico, 2019, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etce-tera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para> .
- Gargarella, R. "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile", *Revista Nueva Sociedad*, 285, 2020, 12-22.
- Gargarella, R. *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores, 2014.
- Garoupa, N. "Empirical Legal Studies and Constitutional Courts". En *Indian Journal of Constitutional Law*, 4: 3, 2010, 26-54.
- Garoupa, N. and Ginsburg, T. *Judicial Reputation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.
- Ginsburg, T. and Garoupa, N. "Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences". En *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 28, 2011), 539-568.
- Ginsburg, T. "Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation". En *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, 80-99.

- Ginsburg, T. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 22-35.
- Harding A., Leyland, P. and Groppi, T. “Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective”. En Harding, A and Leyland P. (eds.). *Constitutional Courts: A Comparative Study*. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009.
- Hirschl, R. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Hirschl, R. *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- Huntington, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oklahoma: Oklahoma University Press, 1993.
- Kage, R. *Who Judges? Designing Jury Systems in Japan, East Asia, and Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Kelsen, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, 249-300.
- Law, D. “Globalization and the Future of Constitutional Rights”. En *Northwestern University Law Review*, 102, 2008, 1277-1249.
- Majone, G. “Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance”. En *European Union Politics*, 2: 1, 2001, 103-222.
- Mangabeira Unger, R. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1996.
- Marie Slaughter, A. *A New World Order*. Princeton University Press, 2004.
- Navarrete, R.M. and Castillo-Ortiz, P. “Constitutional courts and citizens” perceptions of judicial systems in Europe”. En *Comparative European Politics*, 18, 2020, 128-150.
- Navia, P. y Ríos-Figueroa, J. “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America”. En *Comparative Political Studies*, 38: 2, 2005, 189-217.
- Neves, M. *La constitucionalización simbólica*. Lima: Palestra, 2015.
- Nino, C. *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, 11.
- Romero, M.; Arrocha, M.; y Coria, V. *Compendio de Estándares Internacionales para la Protección de la Independencia Judicial*. San José: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2019.
- Stone Sweet, A. “Constitutional Courts”. En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 816-830.
- Stone Sweet, A. “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”. En Thatcher and Sweet (eds.). *West European Politics*, 77-100.
- Stone Sweet, A. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford, 2000.

- Stone Sweet, A. "The politics of constitutional review in France and Europe". En *International Journal of Constitutional Law*, 5: 1, 2007, 69-92.
- Thatcher, M. and Stone Sweet, A. "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions". En *The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe, West European Politics*, 25: 1, 2002, 1-22.
- Tushnet, M. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law". En *Virginia Journal of International Law*, 49:4 2009, 985-1006.
- Versteeg, M. and Ginsburg, T. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" En *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 30: 3, 2013.
- Voigt, S. "Positive Constitutional Economics: A Survey", en *Public Choice, Constitutional Political Economy*, 90 1997, 11-13.
- Von Bogdandy, A.; Ferrer, E.; Morales, M.; Piovesan, F. (eds.). "*Ius constitutionale commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism". En *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Weinrib, L. "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism". En *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, 83-113.