

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 obviedad, 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 construidos 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,

dar una especial importancia a esa temática, tal como se observa en cada uno de los estudios nacionales que lo integran.

El esfuerzo de ordenación a partir de un esquema común de los contenidos referidos a los distintos sistemas de justicia constitucional examinados favorece ahora la comparación entre todos o algunos de ellos, así como el reconocimiento de tendencias hacia la convergencia o la discrepancia. El análisis pormenorizado de tales coincidencias o divergencias será objeto de una próxima publicación enmarcada en el ICCAL, pero entretanto se ofrece a la comunidad científica un tratamiento de la jurisdicción constitucional en distintos ámbitos nacionales que propicia el análisis comparativo.

Baste ahora con adelantar que los estudios nacionales elaborados revelan que no hay una jurisdicción constitucional completamente homogénea en América Latina, por factores referidos a la impronta histórica que distingue cada sistema, a su configuración procesal, al rol institucional asignado y cumplido por cada jurisdicción constitucional, a su orientación más o menos activista o moderada, y al modo de relacionarse con la protección internacional de los derechos humanos. El trasfondo de todo esto es en buena medida el marco político-constitucional en el cual opera dicha jurisdicción, lo cual permite reconocer situaciones patológicas como la de Venezuela, en las cuales la precariedad del Estado de derecho, si es que cabe emplear este concepto en ese contexto, impide el funcionamiento de la jurisdicción constitucional como mecanismo de control del poder, de preservación de la separación de poderes y de garantía de derechos; o realidades alentadoras como la colombiana, en las que ha echado raíces la conciencia de la necesidad de mantener una jurisdicción constitucional dotada de fortaleza e independencia.

No obstante, esta heterogeneidad no excluye la existencia de importantes semejanzas, tales como la concepción dominante caracterizada por la imbricación de la jurisdicción constitucional con la idea de proteger los derechos inherentes al ser humano, y la significación de las garantías jurisdiccionales para salvaguardarlos, con el amparo o la acción de tutela o de protección como ejes del derecho procesal constitucional, la prevalencia de fórmulas difusas o mixtas de control de la constitucionalidad de las leyes, con tendencias a la centralización en algunos ordenamientos, y la búsqueda de una vinculación armoniosa y ajustada al derecho internacional con el sistema interamericano. En esas líneas generales comunes hay por supuesto contrastes en los detalles o en la intensidad, sin perjuicio de algunas divergencias más de fondo.

De acuerdo con los respectivos informes nacionales, Colombia, Argentina y Perú exhiben logros en la construcción de una jurisdicción constitucional apegada a su función institucional en una democracia constitucional y consecuente con ella, con vicisitudes y retrocesos o vacilaciones. México demuestra cómo el impacto del sistema interamericano puede ser determinante para el replanteamiento de posturas tradicionales sobre los perfiles del control de la constitucionalidad, mientras que Uruguay ilustra resistencias de la Suprema Corte de Justicia a aceptar todas las implicaciones del control de convencionalidad y a anclar el ejercicio de sus competencias a la garantía de los derechos humanos, al tiempo que los jueces ordinarios asumen los estándares internacionales gracias a la competencia descentralizada que rige en materia de amparo. Honduras se distingue por un modelo organizativo y un desarrollo débil de la jurisdicción constitucional, mientras Guatemala avanza en la consolidación de su sistema. Chile combina un diseño procesal que modera las posibilidades de actuación del Tribunal Constitucional con una inclinación bien al autocontrol bien a la conservación de ciertas políticas oficiales, junto a una visión restrictiva sobre el alcance del control de convencionalidad. Venezuela, nuevamente, pone de manifiesto procesos de degeneración institucional que convierten a los órganos de la jurisdicción constitucional respectiva en instancias pasivas de convalidación o en instrumentos militantes de legitimación de la dominación política, de tal modo que no hay control jurisdiccional interno efectivo y se dificulta o bloquea el que pudieran llevar a cabo instancias internacionales.

Con todo, esta ojeada sobre los estudios nacionales confirma la pertinencia y utilidad del análisis comparativo sobre las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, que es posible realizar con mayor facilidad a partir de los parámetros comunes antes mencionados, y que será el objeto específico del próximo volumen, el cual incluirá también el examen de ordenamientos no comprendidos en la obra que ahora entregamos a los lectores.

Armin von Bogdandy

Jesús María Casal

Magdalena Correa Henao

Mariela Morales Antoniazzi

VÍCTOR BAZÁN

Capítulo I
*La jurisdicción constitucional en Argentina**

I. I. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN

I. I. I. A modo de contextualización, por cierto imprescindible, debe advertirse que la Constitución argentina de 1853 (texto histórico que con algunas reformas se mantiene en la actualidad) es la culminación de un proceso a través de cuyos tramos se han movilizadod diversas fuerzas y variados factores. Esa Constitución, como sostiene Bidart Campos, “es un producto propio de nuestro medio y de nuestro acontecer histórico”¹, es decir, del proceso constitucional desarrollado a partir de 1810, fecha en que se produjo nuestra emancipación de España, y 1853, cuando se dio origen y nacimiento a la República Argentina.

Al respecto Bidart Campos afirma:

... lo expuesto no importa negar influencias y modelos *extranjeros*. Tales influencias y modelos han existido y han gravitado. Pero la Constitución que los ha tenido en cuenta no es copia ni reproducción de constituciones e instituciones extrañas, como tampoco es imitación puramente doctrinaria y racionalista de las mismas. La recepción de fuentes foráneas en la formación de los contenidos de nuestra Constitución ha actuado asimilándolas a través de filtros propios, o sea, en la medida en que nuestra historia se hacía permeable; y ello significa que a través de un proceso constitucional propio se han incorporado a la Constitución algunos contenidos que encontraron razón suficiente en nuestro medio, plasmándose e institucionalizándose en el articulado formal bajo la inspiración de análogos contenidos extranjeros² (cursiva en el original).

Como antecedentes de dicha Constitución, entre 1810 y 1853 se fueron produciendo diversos documentos para plasmar las bases normativas de la organización nacional. En esa secuencia, encontramos *v. gr.* la *Asamblea General Constituyente de 1813* (que se ocupó de la abolición de los elementos de tortura, los títulos de nobleza, la libertad de vientres; también los proyectos constitucionales que allí se presentaron); el *Estatuto de 1815* y el *Reglamento Provisorio de 1817*, que suplieron la falta de una Constitución para las Provin-

* Trabajo recibido por los coordinadores el 1.º de enero de 2018.

1 GERMÁN BIDART CAMPOS. *Historia política y constitucional argentina*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1976, p. 289.

2 *Ibid.*, p. 290.

cias Unidas del Río de La Plata³; la *Constitución de 1819*, que nunca entró en vigor al haber sido rechazada por las provincias (diseñó un poder ejecutivo unipersonal y un Poder Legislativo bicameral, y dentro de este, un particular Senado con rasgos aristocráticos); y la *Constitución de 1826*, también unitaria o centralista, que consagraba un poder ejecutivo en manos de un presidente y un régimen legislativo bicameral, además de establecer que los gobernadores provinciales eran designados por el presidente con el acuerdo del Senado; tal Constitución también fue rechazada por las provincias⁴.

La nación continuó configurando su organización por medio de los pactos interprovinciales en los que las provincias se pronunciaban a favor de la forma federal. Uno de los acuerdos más significativos fue el *Pacto Federal de 1831*, en vigor durante más de dos décadas, que ordenó jurídicamente a la Confederación, período durante el cual las provincias fueron adoptando una organización interna, conformaron sus propias legislaturas y designaron a sus gobernadores⁵.

En suma, luego de diversos reglamentos, estatutos, acuerdos, luchas entre unitarios y federales, y otros episodios, se estructuró la organización nacional y se juró la Constitución de 1853. La Provincia de Buenos Aires estaba separada de la Confederación y se unió a ella recién en 1860, después de la batalla de Cepeda y del Pacto de San José de Flores de 1859. Según alguna visión autoral (Bidart Campos) el ciclo constituyente originario quedó abierto entre 1853 y 1860 con el ingreso de Buenos Aires; mientras que para otros, la de 1860 es una reforma constitucional.

Sentado lo anterior, se observan ciertas influencias norteamericanas en la conformación de nuestra Ley Fundamental, por ejemplo en el modelo presidencialista y en el esquema del federalismo, aunque con diferencias y matices particulares.

La configuración constitucional recibió otros aportes como la obra de Juan Bautista Alberdi (jurista argentino), escrita en 1852, titulada *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, y que fue uno de los principales documentos de trabajo que tuvieron a mano los constituyentes de 1853.

3 Cfr. ALBERTO DALLA VIA. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 14.

4 Cfr. [<http://argentinahistorica.com.ar/temas.php?tema=6&titulo=19&subtitulo=66>].

5 Ídem.

Se ha señalado que la Constitución argentina y la estructuración del Estado en 1853 también estuvieron influenciadas en cierto punto por la Revolución Francesa. Así, el ex artículo 67, inciso 11 (actual art. 75, inc. 12) de la Constitución, acerca de que corresponde al Congreso de la Nación dictar los códigos de fondo⁶, tiene su fuente en la tradición de origen iluminista francesa, tradición que durante mucho tiempo se tuvo del rol apolítico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN),

... conforme con la interpretación que considera que el juez se debe limitar a aplicar las normas según su jerarquía sin verificar finalidades o valores. Se entendió que estábamos frente a una justicia sin política cuando en verdad solamente presenciábamos una política judicial de la CSJN dominada por la pasividad con que reaccionaba frente a los excesos de los otros poderes del Estado⁷.

1.1.2. En ciertos aspectos el sistema argentino de justicia constitucional abrevó del modelo estadounidense (*Judicial Review*), perfilado aunque en puridad no iniciado (y menos como lo conocemos hoy), en el fallo “Marbury vs. Madison”⁸ bajo la impronta del juez John Marshall.

Este dijo:

[...] hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

6 El artículo 67, inciso 11, de la Constitución anterior a la reforma de 1994, establecía que correspondía al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y la Seguridad Social. Por su parte, luego de la modificación de 1994, aquella norma quedó reenumerada como artículo 75, inciso 12, determinando que el Congreso debe “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados...”.

7 EDUARDO OTEIZA. *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Buenos Aires, Librería Editorial Platense, 1994, p. 16.

8 5 US (1 Cranch) 137, 1803.

Si una ley contraria a la Constitución es nula ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez, o bien en otras palabras no siendo ley constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Lo que insinuábamos (en cuanto a que la fiscalización constitucional fue perfilada, no creada, en “*Marbury vs. Madison*”) obedece a que existen algunas pinceladas referentes al control judicial de constitucionalidad, previas a tal pronunciamiento, obrantes en ciertos antecedentes del *common law* y en la doctrina de *El Federalista*⁹.

Convergentemente, García de Enterría explica que la *Judicial Review* no es una invención personal de Marshall sino que este juez, en “*Marbury vs. Madison*”, produjo el perfeccionamiento del sistema expresado en la propia Constitución norteamericana de 1787. Recuérdese que esta, en su artículo VI, sección 2 –fuente inspiradora del artículo 31 de la Ley Fundamental argentina y del artículo 133 de la Constitución mexicana¹⁰– proclama a la Carta Magna como *the supreme law of the land*: el derecho supremo de la tierra. Pero, además, ya Hamilton –en *El Federalista*– proponía el tratamien-

9 Cfr., por ejemplo, WILLIAM M. TREATOR. “Judicial review before ‘Marbury’”, *Stanford Law Review*, vol. 58, n.º 2, 2005, pp. 455 y ss.

10 El artículo 31 de la CN argentina reza: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”. Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

to de la Constitución como *Fundamental Law*. Asimismo, el autor español citado –apoyándose en Schwartz– enfatiza que, entre la Revolución americana y el dictado de “*Marbury vs. Madison*”, los tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos en una veintena de casos, claro que sólo respecto de normas estatales y no federales. Sea como fuera, no deja de ponderar la concepción de la supremacía normativa de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de la cual surgió¹¹.

A su turno, respecto de la *Judicial Review*, si bien Fernández Segado no cuestiona el mito de “*Marbury vs. Madison*”, sostiene que tal sentencia entraña tan sólo el establecimiento formal de una doctrina cuyos fundamentos teóricos estaban presentes no sólo en el n.º LXXVIII de *El Federalista*, sino también en varias decisiones de la Corte anterior a Marshall, y en diferentes planteamientos dogmáticos de los jueces de esta primera etapa del Tribunal¹².

En esa línea, se presentan ciertos precedentes jurisprudenciales del *Common Law*, además de los citados aportes doctrinarios de *El Federalista* (Madison, Hamilton, Jay¹³), aunque la Constitución norteamericana,

11 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental”, en *id.* *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., 2.ª reimp., Madrid, Civitas, 1991, pp. 54-55 y 50-51, respectivamente.

12 Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “La *Judicial Review* en la *pre-Marshall Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2011, Madrid, UNED, pp. 133-178. Específicamente en torno al “celebérrimo” artículo LXXVIII, este autor sostiene que “Hamilton hace una sólida defensa de la supremacía de la Constitución y del derecho de los tribunales a declarar nulos (*null and void*) los actos legislativos aprobados con violación de la Constitución y de los tratados. Tras considerar que ‘la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada’, entendiéndolo por tal ‘la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa’, Hamilton se ocupará del ‘derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución’, admitiendo que tal facultad ‘ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo’, objeción frente a la que replicará que ‘no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben” (ibíd., p. 140).

13 Se ha dicho que el esquema institucional que estos defendían “tiene entre sus finalidades proteger a las minorías contra una supuesta tiranía de las mayorías. El sistema de frenos y contrapesos

como la Constitución argentina, no manifestaba explícitamente que los jueces tuvieran la facultad de declarar inconstitucional una ley.

Es interesante y clarificadora la aportación de Ahumada Ruiz cuando señala:

Todo indica que la práctica actual del control de constitucionalidad hubiera sido impensable –probablemente, inaceptable– para Marshall y sus contemporáneos y quizá no sea un detalle simplemente trivial y anecdótico reparar en que el empleo de la expresión *Judicial Review* como denominación técnica del poder judicial de control, no se generaliza en los Estados Unidos hasta la segunda década del siglo XX. De manera que cuando se afirma que la idea del control judicial en los primeros tiempos sólo remotamente conecta con la práctica actual de la *Judicial Review*, y que es anacrónico leer las decisiones y comentarios de esa primera época desde las premisas y discusión teóricas actuales, realmente se está diciendo, también en sentido literal, que en la época de “*Marbury*” y aun mucho después, no hay propiamente *Judicial Review*¹⁴.

En suma, la aludida autora puntualiza que la transformación de “*Marbury vs. Madison*” en un ícono del derecho constitucional contemporáneo sólo se completa bien entrado el siglo XX, cuando ya el ejercicio judicial del control de constitucionalidad se había hecho corriente, pero no sin que antes se produjeran cambios fundamentales que afectaron cualitativamente su modo de ejercicio y su orientación¹⁵.

1.1.2.1. Cómo anticipábamos, de modo similar a lo sucedido en Estados Unidos, en Argentina el control de constitucionalidad tuvo origen pretoriano. Ello se verificó en varios fallos de la CSJN, por ejemplo en los casos “*Sojo Eduardo s/ Habeas corpus*”¹⁶, “*Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*”¹⁷

receptado por la Constitución norteamericana, según el cual los tres poderes del Estado se controlan mutuamente, nace del temor a la concentración del poder en una asamblea electiva” (EDUARDO OTEIZA. Ob. cit., p. 11, nota 15).

14 MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ. “*Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después”, en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 4, “La rebelión de las leyes. *Demos y nomos*: la agonía de la justicia constitucional”, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, 2006, pp. 116-117.

15 *Ibid.*, p. 117.

16 *Fallos*, 32:120, del 22 de septiembre de 1887.

17 *Fallos*, 33:162, del 14 de junio de 1888.

y otros pronunciamientos posteriores, que siguieron la doctrina de “*Marbury vs. Madison*”, adoptándose el control *difuso* de constitucionalidad, que –con algunas matizaciones– continúa vigente en la actualidad.

Si bien el texto histórico de la Constitución no definió ni articuló el sistema de control de constitucionalidad, se considera que tiene matriz constitucional, la que podría derivarse de la cláusula de supremacía de la propia Constitución, estipulada en el artículo 31; y de la competencia de la CSJN para entender en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (hoy art. 116, *ibíd.*).

A ello se suma, ya con la última innovación constitucional producida en 1994, es decir, en un tiempo en que el esquema de control constitucional llevaba varias décadas de funcionamiento, una alusión contenida en el artículo 43, parte final, del párrafo primero, que señala expresamente semejante posibilidad fiscalizadora de constitucionalidad cuando establece que el juez del amparo *podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*.

A diferencia de otras constituciones latinoamericanas, en nuestra Ley Fundamental no existe un cuadro detallado y sistematizado de las pautas, perfiles y alcance del control de constitucionalidad, el que –más allá de lo mencionado en torno a ciertas alusiones e inferencias a su respecto en la CN– en realidad ha sido primariamente bosquejado en la Ley Nac. 48^[18] y en la Ley Nac. 27^[19], además del paulatino desarrollo jurisprudencial que le ha proporcionado la CSJN.

1.1.2.2. Ya desde otro ángulo, es preciso resaltar que de conformidad con el artículo 108 del texto constitucional vigente, la función judicial se desarrolla por medio de la CSJN y de los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca.

La Corte Suprema es el órgano máximo de justicia constitucional, cabeza del poder judicial, última intérprete de la Constitución y tribunal de garantías constitucionales. Se instaló formalmente el 15 de enero de 1863 y el primer fallo de su parte que se registra en la colección oficial es del 15 de

18 Publicada en *RN*, 1863–1869, p. 49.

19 Publicada en *RN*, 1857–1862, p. 496.

octubre de 1863^[20]. En la actualidad, está integrada por cinco miembros y no está dividida en salas.

En la segunda parte de la Constitución (“Autoridades de la Nación”), título primero (“Gobierno Federal”), sección tercera (“Del Poder Judicial”), capítulo segundo (“Atribuciones del Poder Judicial”), la Constitución se limita a especificar la competencia de los tribunales federales, o sea, de la CSJN y los tribunales inferiores de la Nación. En esa línea, el artículo 116^[21] enumera las materias que son de competencia federal en las que la Corte intervendrá en *grado de apelación*; mientras que el artículo 117^[22] determina las causas en que su competencia se desarrolla de *forma originaria y exclusiva*, o sea, “los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una Provincia fuera parte”.

1.1.2.3. A su turno, es imprescindible hacer referencia a la existencia y ciertos aspectos fisonómicos de un instrumento fundamental de la justicia constitucional como es el *proceso constitucional de amparo*.

Esta figura fue gestada pretorianamente en el vientre de la CSJN a partir de dos casos señeros: “Siri, Ángel”²³ y “S.R.L. Samuel Kot”²⁴. Estos paradigmáticos fallos brindaron un aporte decisivo al derecho procesal constitucional y a la protección de los derechos humanos, pues engendraron –nada más y nada menos– que el *amparo* contra actos de autoridad pública y de particulares, respectivamente.

20 Cfr. HELIO J. ZARINI. *Derecho Constitucional*, 2.ª ed. actualiz. y ampl., Buenos Aires, 1999, p. 813.

21 Tal norma indica: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

22 Esa disposición establece: “En estos casos [refiriéndose al artículo 116] la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

23 Fallos, 239:459, del 27 de diciembre de 1957. La mayoría estuvo compuesta por los jueces Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso, mientras que el ministro Herrera votó en disidencia.

24 Fallos, 241:291, del 5 de septiembre de 1958. Mayoritariamente, se pronunciaron los jueces Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela, mientras que en minoría votaron los ministros Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte.

Además, en “Siri” la CSJN acuñó uno de los párrafos más célebres de su historia jurisprudencial, afirmando que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional [CN] e independientemente de las leyes reglamentarias*. Agregó, citando a Joaquín V. González, que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación²⁵.

Obviamente, el amparo *clásico o individual* fue desenvuelto, además de la senda jurisprudencial, por códigos procesales, una ley especial y otras normas, más allá de ser constitucionalizado en el artículo 43, párrafos 1.º y 2.º, de la Carta Fundamental por medio de la modificación de 1994 (volveremos sobre este tema). Cabe resaltar que existen distintas subespecies de amparo, ya vinculadas con la vertiente clásica o con la dimensión colectiva, ambas positivadas en la disposición constitucional nombrada *supra*, por ejemplo: el amparo sindical, el amparo electoral, el amparo por mora en la administración y el amparo ambiental consagrado en el artículo 30, *in fine*, de la Ley General del Ambiente n.º 25.675^[26] [no faltan voces que catalogan a esta última vía como una *acción popular* dada la amplitud de su legitimación activa para solicitar la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo].

1.1.3. A modo de cierre de este apartado introductorio, pero también como *excursus* explicativo, dejamos asentado que no ignoramos las diferencias que prestigiosa doctrina ha señalado respecto de las expresiones “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”²⁷.

25 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ. “Manual de la Constitución Argentina”, *Obras completas*, vol. III, n.ºs 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado por ejemplo en Fallos, 239:463.

26 *Boletín Oficial (BO)* del 28 de noviembre de 2002. El artículo 30 de dicha ley estipula: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. // Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. // Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

27 En ese sentido, MANUEL ARAGÓN REYES. “25 años de justicia constitucional en España”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 2, 2004, México, Porrúa e Instituto Iberoame-

Así, la primera tendría un alcance semántico más *amplio* pues se utiliza para designar *toda la actividad judicial de aplicación de la Constitución*, cualquiera sea el sistema de control de constitucionalidad escogido por el ordenamiento jurídico en cuestión, es decir, en una simplificación extrema, difuso, concentrado, mixto y dual (este último también llamado *paralelo*), con sus respectivas variantes, y con prescindencia de si tal actividad es realizada por tribunales o salas especializados y/o por jueces y magistrados ordinarios. A su tiempo, la segunda expresión apuntaría específicamente a la existencia de un tribunal especializado cuyo objetivo es aplicar la Constitución. Por lo demás, mientras el concepto de justicia constitucional se sustenta en una plataforma *material*, el de jurisdicción constitucional es menos comprensivo y se apoya en una matriz *formal*.

De cualquier modo, por razones prácticas, de comodidad de lenguaje, y en tanto la referida distinción puede difuminarse en algunos aspectos y escenarios jurídicos (como en el argentino, tipificado por un esquema *desconcentrado* de control constitucional), en el presente trabajo utilizaremos

ricano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), pp. 4-5, puntualiza que *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional* fueron términos equivalentes “en el modelo kelseniano, en el que el Tribunal Constitucional era el único que aplicaba la Constitución, pero dejaron de serlo muy poco después de la puesta en práctica de ese modelo, cuando ya en el período de entreguerras (reforma constitucional austríaca de 1929 y Constitución española de 1931) y sobre todo en la segunda postguerra se recibió en Europa el concepto norteamericano (e iberoamericano) de Constitución y ésta se presentó como una norma aplicable por todos los jueces y tribunales”. Añade que “el modelo europeo de justicia constitucional dejó de ser un modelo de dos jurisdicciones separadas (una, de constitucionalidad, ejercida por el Tribunal Constitucional, y otra, de legalidad, ejercida por los órganos judiciales ordinarios) para pasar a ser un modelo de dos jurisdicciones entrelazadas (ambas, la constitucional y la ordinaria, aplicadoras de la Constitución, aunque la primera con unas competencias formalmente exclusivas que no impiden la coincidencia materialmente parcial con la segunda)”. Refiriéndose específicamente al caso español, aunque en apreciaciones que tienen un valor general, puntualiza: “La justicia constitucional es la actividad judicial de aplicación de la Constitución y la realizan tanto el Tribunal Constitucional como los jueces y tribunales ordinarios, pues la Constitución es norma jurídica inmediatamente aplicable, de la que emanan derechos y obligaciones judicialmente exigibles. Lo único que ocurre, y ésa es la diferencia entre el sistema europeo y el norteamericano, es que en el modelo europeo de justicia constitucional es el Tribunal Constitucional el único que puede invalidar la ley inconstitucional en cuanto que se le atribuye el monopolio de rechazo de la ley contraria a la Constitución. [...] A diferencia de la justicia constitucional, la jurisdicción constitucional la ejerce únicamente el Tribunal Constitucional a través de los procesos cuyo conocimiento tiene atribuido en exclusiva. La distinción más amplia, pues, entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en el desempeño de la justicia constitucional, es formal, o mejor dicho, procesal. [...] Sin embargo, la distinción material es menos amplia”.

indistintamente ambas fórmulas, aun cuando dejemos sentado que la ortodoxia constitucional y procesal constitucional individualiza desde el plano teórico ciertos elementos diferenciales entre las dos expresiones.

I.2. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1.2.1. La Argentina es un *Estado federal*, en el que coexisten la Nación, las provincias (dentro de estas, los municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es la capital del país.

Ello supone que la CN convive con las constituciones de cada uno de los veintitrés Estados provinciales²⁸ (art. 123 de la CN²⁹) e incluso con la CABA, la que, si bien no es una provincia (tampoco un municipio), cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129^[30], *ibíd.*).

Lo puntualizado implica que las provincias tienen sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (art. 122, *ibíd.*).

En tal sentido, si bien la sanción de los códigos de fondo en las distintas materias (civil, comercial, penal, etc.) corresponde al Congreso argentino, lo que significa que existe un solo cuerpo normativo sustantivo de cada temática para toda la Nación (citado art. 75, inc. 12, *ibíd.*), las provincias están facultadas para dictar sus códigos procesales o adjetivos (*v. gr.*, procesal civil, procesal penal, procesal laboral) en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los que cohabitan con los códigos procedimentales existentes en el ámbito federal (uno para cada espacio temático; p. ej., un Código Procesal Civil y

28 Artículo 5.º de la CN: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

29 Artículo 123 de la CN: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5.º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

30 Cabe aclarar que el artículo 129 *in fine* de la CN, al referirse a la CABA, no alude al dictado de una “Constitución” para regirse, sino al de un “estatuto organizativo de sus instituciones”.

Comercial de la Nación [CPCCN] y un Código Procesal Penal de la Nación, aplicables en todo el país para la justicia federal y nacional).

Dicha realidad marca la existencia de un universo plural de instrumentos jurídicos, jurisdicciones y competencias que deben interactuar en la tipología de estructuración federal que da forma y textura al Estado argentino.

Ello genera una compleja urdimbre de relaciones entre las distintas instancias políticas del sistema institucional que, por lo demás y en lo que tiene que ver con la configuración del gobierno, muestra un intenso tinte presidencialista, pretendidamente matizado por el Jefe de Gabinete de Ministros, figura incorporada por la modificación constitucional de 1994 con la cándida idea de atenuar el poder presidencial.

1.2.1.1. Sobre la base de lo expresado en el subapartado anterior, se puede visualizar fácilmente que en la Argentina conviven el sistema judicial y de control de constitucionalidad federal y los correspondientes a cada una de las provincias y a la CABA.

De cualquier modo, advertimos que ceñiremos nuestro trabajo a la justicia constitucional en el ámbito federal.

El modelo de control de constitucionalidad en el *orden federal es judicial y difuso o desconcentrado*, en el sentido de que lo realizan de modo descentralizado los jueces, independientemente de su fuero o jurisdicción. En otras palabras, no existe un fuero constitucional especializado como ocurre por ejemplo en los esquemas *concentrados*.

Al respecto, si el órgano judicial interviniente declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso (*inter partes*); o sea que aquéllos no son expelidos del ordenamiento jurídico sino que se *inaplican* en ese litigio particular.

Es que se trata de un control en *concreto*, lo que supone que debe darse en una causa justiciable, y que quien lo promueve esté involucrado o tenga un derecho o interés jurídico particular en la cuestión a la que se refieren la norma o el acto que se reputan total o parcialmente contrarios a la Constitución.

El control es siempre *represivo, posterior o remedial*. Dicho de otro modo, *no existe la fiscalización constitucional previa o preventiva* en sentido formal.

El control *puede realizarse de oficio*, es decir, sin petición de parte, pero siempre en el marco de una causa judicial, en los términos del artículo 2.º de

la Ley Nac. 27. Esa modalidad de fiscalización muestra clara operatividad, por ejemplo, en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios”³¹, dirimido el 27 de noviembre de 2012 (causa que retomaremos), entre otros asuntos anteriores.

Asimismo, la CSJN ha admitido el *control de las omisiones inconstitucionales*. Ello, por caso, en “Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social [ANSeS] s/ Reajustes varios”, sentencias I^[32] y II^[33], respectivamente del 8 de agosto de 2006 y 26 de noviembre de 2007; “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986”³⁴, del 24 de febrero de 2009.

Por último, si bien pervive la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* (*political questions* según el derecho norteamericano), se encuentra bastante relativizada y en retracción.

I.2.2. LA COMPETENCIA DE LA CSJN PUEDE SER ORDINARIA O EXTRAORDINARIA

Cuando interviene ejerciendo su competencia *ordinaria* actúa como tribunal con jurisdicción plena exclusivamente respecto de ciertas causas de competencia de la justicia federal, pudiendo –como cualquier tribunal– examinar los hechos, la prueba y resolver sobre el derecho aplicable. En esos casos su actuación puede ser promovida como tribunal *originario*, de primera y única instancia, o como tribunal de *apelación*, estando su competencia en este último supuesto limitada por la materia del recurso y el modo como este ha sido acordado.

Con el correr del tiempo, la Corte ha venido depurando dicha competencia *ordinaria*. El aserto puede demostrarse recurriendo sucintamente a dos fallos:

– “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”³⁵, del 29 de marzo de 2005, en el que por mayoría declaró la inconstitucionalidad (sobreviniente)

³¹ Fallos, 335:2333.

³² Fallos, 329:3089.

³³ Fallos, 330:4866.

³⁴ Fallos, 332:1111.

³⁵ Fallos, 328:566 y *BO* del 30 de marzo de 2005, p. 8. El voto que encabeza el pronunciamiento fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, de manera conjunta, y Lorenzetti, de modo

del artículo 19 de la Ley Nac. 24.463^[36] –de “solidaridad previsional”– que habilitaba un *recurso ordinario de apelación* ante aquélla respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Con tal decisorio, naturalmente redujo el perímetro y la superficie de su competencia de *apelación ordinaria*. La sentencia referida produjo efectos “inductores” porque, además de haber sido publicada en el Boletín Oficial de la Nación –algo infrecuente respecto de fallos de la Corte, aunque así fue ordenado en el decisorio–, pocos días después de su dictado el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nac. 26.025^[37], por la cual derogó el citado artículo 19 de la Ley Nac. 24.463, sin perjuicio de la validez de los recursos interpuestos con arreglo a dicha norma hasta la fecha de publicación de la ley, y

– Más recientemente, en “Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ Despido”, del 20 de agosto de 2015^[38], declaró la inconstitucionalidad de la vía recursiva ordinaria prevista en el artículo 24, inciso 6.º, ap. ‘a’, del Decreto-Ley Nac. 1.285/58 en cuanto establece que el Tribunal conocerá por *apelación ordinaria* de las sentencias definitivas de las Cámaras Nacionales de Apelaciones, en las causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma fijada por la Resolución n.º 1.360/1991 de la CSJN, posteriormente modificada por la Acordada n.º 28/2014. Se hace ostensible cómo el Tribunal comprime más todavía el marco de su *competencia de apelación ordinaria*. De cualquier modo, en el fallo la Corte aclaró que las causas en las que hubiera sido notificada la sentencia de Cámara con anterioridad al momento en que el pronunciamiento que dictaba quedara firme, continuarían su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad declaraba. Se dejó en claro que el hecho de haber acatado la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo estableció mediante el recurso ordinario ante la Corte no inhabilita a esta para declarar que el aludido artículo 24, inciso 6.º, ap. ‘a’, de aquel Decreto-Ley había devenido indefendible con el tiempo, y que su aplicación práctica comprometía el rol institucional que emana de su primera y más importante

individual (todos estos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

36 BO del 30 de marzo de 1995.

37 BO del 22 de abril de 2005.

38 Fallos, 338:724. El pronunciamiento fue firmado de modo coincidente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

función, *concerniente a la interpretación de cuestiones federales, en particular las referidas a la vigencia de los derechos fundamentales y el sistema representativo, republicano y federal.*

Por su parte, cuando la Corte actúa en ejercicio de la competencia *extraordinaria*, su jurisdicción abarca toda clase de causas en su calidad de guardián final de la Constitución, mas su competencia está limitada a la decisión sobre el derecho aplicable y ello en la medida del recurso en función del cual el asunto arriba a su conocimiento. Asimismo, y como cabeza del poder judicial el Alto Tribunal actúa en los juicios para decidir cuestiones de competencia y conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos y, asimismo, decidirá sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia (art. 24, inc. 7.º del Decreto-Ley Nac. 1.285/58).

Siempre que esté agotada la instancia ante el *superior tribunal de la causa*, cabe la posibilidad de acceder a la CSJN por vía de apelación mediante el *Recurso Extraordinario Federal* (REF)³⁹, regulado por la Ley Nac. 48, de 1863, concretamente en sus artículos 14, 15 y 16.

El REF se puede plantear contra sentencias definitivas (o asimilables a ellas) dictadas —como anunciáramos— por el superior tribunal de la causa (ya en jurisdicción provincial, ya en jurisdicción federal), siempre que exista un caso o cuestión federal (estrechamente vinculado a la cuestión constitucional). Ello surge del introito del señalado artículo 14 de la Ley Nac. 48 y del artículo 6.º de la Ley Nac. 4055^[40].

Las hipótesis de procedencia del REF expresamente diagramadas por el artículo 14 de la Ley Nac. 48 son las siguientes:

1.º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

39 Varias cuestiones atinentes al REF pueden verse en VÍCTOR BAZÁN. “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 19 de abril de 2011, pp. 1-7; 12 de mayo de 2011, pp. 11-15, y 13 de junio de 2011, pp. 4-11.

40 Publicada en RN 1902-1, p. 100. El artículo 6.º establece que la Corte Suprema conocerá por último, en grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras Federales de Apelación, por los Tribunales Superiores de Provincia y por los Tribunales Superiores Militares, en los casos previstos por el artículo 14 de la Ley Nac. n.º 48.

2.º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3.º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

De lo anterior se desprende que el REF puede plantearse ante *cuestiones federales simples*, es decir, que versen sobre temas de *interpretación*, y frente a *cuestiones federales complejas*, o sea, supuestos de *conflictos normativos* cuando estén en discusión normas de derecho común con preceptos constitucionales y cuando un acto de autoridad local esté controvertido con una norma de la CN⁴¹.

Ya por creación pretoriana de la CSJN el REF también procede en hipótesis de *arbitrariedad de sentencia* y de *gravedad institucional*, que son causales no contempladas en el citado artículo 14 de la Ley Nac. 48. La primera de ellas permite que el fallo objetado sea dejado sin efecto, por ejemplo, ante la falta de fundamentación suficiente o por no ser derivación razonada del derecho vigente en su aplicación a los hechos probados de la causa, sólo por nombrar algunos de los múltiples supuestos que integran el universo de la ‘arbitrariedad’ sentencial. La segunda se configura, por ejemplo, cuando las cuestiones debatidas en el litigio, excediendo el mero interés de las partes, se proyecten sobre el interés general o público, de manera que por su relevancia queden comprometidas instituciones básicas del modelo republicano y democrático o garantías estatuidas en la CN y/o los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos jerarquizados constitucionalmente.

Asimismo, por vía de la Ley Nac. 23.774^[42] se instauró el *writ of certiorari* (aunque con un sentido distinto del empleado por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos), que está alojado en el primer párrafo del artículo 28o del CPCCN. Tal instituto le permite a la Corte, *según su sana discreción*,

41 Cfr. ALBERTO R. DALLA VIA. “La justicia constitucional en Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1997, pp. 35-36.

42 BO del 16 de abril de 1990.

y con la sola invocación de esa norma, rechazar el REF por *falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*.

De su lado, y mediante la Ley Nac. 26.790^[43] se ha instituido el REF por “salto de instancia” (*per saltum*). De acuerdo con el artículo 257 bis del CPCCN, procederá ante la CSJN prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañan cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Se ha determinado que existirá *gravedad institucional* en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la CN y los tratados internacionales por ella incorporados. La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad; no procederá en causas de materia penal y sólo serán susceptibles de esta variante de REF las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares.

De conformidad con el artículo 257 ter, *ibíd.*, deberá interponerse directamente ante la CSJN “mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada”, pudiendo dicho Tribunal rechazarlo sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.

El REF *per saltum* ha sido utilizado, *v. gr.*, en una causa de suma relevancia institucional: “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 ‘Gente de Derecho’) c/ poder ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar s/ Acción de amparo”⁴⁴, resuelta el 18 de junio de 2013 (tema sobre el que volveremos).

43 BO del 4 de diciembre de 2012.

44 *Fallos*, 336:760. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay, mientras que en solitaria disidencia se expidió el ministro Zaffaroni.

En este apretado recorrido descriptivo vale recordar que por medio de la Acordada n.º 4/2007^[45] la Corte dio vida al “*Reglamento sobre los Escritos de Interposición del Recurso Extraordinario y del Recurso de Queja por denegación de aquél*”. La acordada generó opiniones repartidas entre elogios y críticas. Sea como fuera, el Tribunal señaló en los considerandos de aquélla que, con particular referencia a los libelos de que se trata, “justifica la sistematización que se lleva a cabo como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la *jurisdicción constitucional que este Tribunal ha considerado como eminente*” (cursiva fuera de texto).

I.3. ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES

I.3.1. LA CSJN ES –COMO ANTICIPÁBAMOS– CABEZA DEL PODER JUDICIAL NACIONAL Y ÓRGANO DE CIERRE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PAÍS

A los miembros de la Corte se los denomina jueces o ministros. A lo largo de la historia el número de estos ha sido *fluctuante*, es decir, ha variado con el tiempo, las circunstancias y los contextos. Así:

– La Constitución Nacional de 1853 fijó la cantidad en *nueve*, pero al cerrarse el ciclo constituyente originario en 1860 esa norma fue desactivada, *delegándose en el Congreso de la Nación la fijación del número*;

– Por su parte, la aludida Ley Nac. 27 (de 1862), determinó una composición de *cinco* ministros;

– A su turno, la Ley Nac. 15.271 (de enero de 1960) elevó la cantidad a *siete*, mientras que por imperio de la Ley Nac. 16.895 (de 1966) se volvió su número a *cinco*;

– Luego, por medio de la Ley Nac. 23.774 (del 16 de abril de 1990), se llevó de *cinco* a *nueve* los integrantes del Tribunal;

– Esta cantidad de nueve se conservó normativamente vigente, pese a que *desde octubre de 2005 el Tribunal mantuvo dos vacantes en su integración, o sea,*

45 Rubricada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Por su voto se pronunció el juez Fayt.

operó con siete miembros, hasta que por conducto de la Ley Nac. 26.183, publicada el 18 de diciembre de 2006, se fijó en *cinco* la cantidad de integrantes;

– Si bien durante un lapso funcionó sólo con tres miembros (pese a lo recientemente dicho en cuanto a que el número fijado legalmente es de cinco integrantes), se sucedieron las renunciaciones de los ministros Fayt y Zaffaroni, las que fueron cubiertas con los respectivos ingresos del juez Rosatti en junio de 2016 y del ministro Rosenkrantz en agosto del mismo año, y

– En la actualidad (diciembre de 2017) está compuesta por los siguientes integrantes: Ricardo Luis Lorenzetti (presidente), Elena Highton de Nolasco⁴⁶ (vicepresidenta), Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Carlos Fernando Rosenkrantz.

La citada Ley Nac. 26.183 ha derogado el artículo 1.º de la Ley Nac. 23.774, que modificaba el artículo 21 del Decreto-Ley 1.285/58^[47], texto según la Ley Nac. 16.895^[48]. Asimismo, ha incorporado como artículo 21 del decreto-ley citado en último término estableciendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces (como anticipábamos, ése es su número actual) y que ante ella actuarán el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales ante la CSJN, y los defensores oficiales ante la CSJN en los términos de la Ley Nac. 24.946, orgánica del Ministerio Público (publicada el 23 de marzo de 1998) y demás legislación complementaria.

Como necesaria digresión, corresponde aclarar que el Ministerio Público (MP) es un órgano constitucional extrapoder. Está positivado en el artículo 120 de la CN, precisamente como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

46 Elena Highton de Nolasco asumió como ministra de la CSJN en 2004. Es la primera mujer que accedió a la CSJN durante un gobierno democrático. Sin embargo, debe aclararse que hubo otra jueza, Margarita Argúas, que integró dicho Tribunal entre 1970 y 1973, pero se trataba de un gobierno *de facto*, encabezado por Roberto Levingston.

47 BO del 7 de febrero de 1958.

48 BO del 7 de julio de 1966.

Como vimos, en 1998 se dictó la Ley Nac. 24.946, orgánica del MP. Sin embargo, con posterioridad se sancionó la Ley Nac. 27.149^[49], orgánica del *Ministerio Público de la Defensa de la Nación* (MPD) por la cual se derogó la Sección III del Título II de la Ley Nac. 24.946 en todo lo referido al MPD, que quedó regulado en lo pertinente con su propia normativa específica, o sea, la Ley Nac. 27.149. En su artículo 1.º esta indica que el MPD es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo con los principios, funciones y previsiones establecidas en la ley; además de promover toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. El artículo 2.º establece que el MPD goza de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura; mientras que por vía del artículo 3.º se ha determinado que el MPD cuenta con autarquía financiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la CN. A modo de colofón, la emanación de esta última ley acentúa el carácter *bicéfalo* del MP.

Retornando de la digresión, y como requisitos para ser ministro de la CSJN, el artículo 111 de la CN determina que “debe ser abogado de la Nación con ocho (8) años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador, es decir que conforme al artículo 55, *ibíd.*, debe tener la edad de treinta (30) años, haber sido seis (6) años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente” (requisito este que obviamente no se aplica, pues si bien sigue alojado en la constitución formal, carece de vigencia sociológica en la constitución material).

Los ministros de la CSJN, al igual que todos los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y al menos hasta los 75 años, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones (cfr. arts. 110 y 99, inc. 4, párrafo tercero, de la CN).

O sea que, en la medida que cumplan sus obligaciones legales, tienen garantía de conservación de sus cargos al menos hasta esa edad, pudiendo incluso continuar en funciones sobrepasada la misma si obtienen un nuevo nombramiento por el presidente de la Nación precedido de acuerdo del Se-

49 *BO* del 18 de junio de 2015.

nado. “Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco (5) años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. Gozan también de la intangibilidad de sus remuneraciones.

Reiteramos entonces que los miembros de la Corte son designados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, pero a diferencia de los restantes jueces inferiores no pasan por el Consejo de la Magistratura (CM). De acuerdo con el Decreto Nac. n.º 222/2003^[50], el procedimiento de nominación de los ministros de la CSJN incluye una etapa de recopilación de antecedentes y exposición a la opinión pública y las entidades de la sociedad civil, para recibir impugnaciones o adhesiones a los candidatos.

Pueden ser removidos por juicio político (*impeachment*) en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes. En este caso la Cámara de Diputados (cámara acusadora), después de haber conocido del caso y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes, tiene el derecho de acusar ante el Senado (cámara juzgadora) –art. 53 de la CN–, la que precisamente juzgará en juicio público al acusado que sólo será declarado culpable por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes –art. 59, *ibíd.*–. Debe aclararse que el fallo del Senado no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios –art. 60–.

1.3.1.1. En relación con su estructura y modo de funcionamiento, la CSJN no está dividida en salas. Es un órgano colegiado que adopta sus decisiones en pleno, por simple mayoría, desempatando el voto del presidente del Cuerpo. La elección de este se realiza por los propios ministros del Tribunal, siendo actualmente su titular Ricardo Luis Lorenzetti. Los votos concurrentes o disidentes son publicados a continuación de las sentencias. Su organización interna está regulada en un importante número de “acordadas” que el Tribunal adopta en ejercicio de su facultad de superintendencia,

50 BO del 20 de junio de 2003.

contando para ello con una significativa infraestructura de apoyo y soporte administrativo⁵¹.

En función de lo establecido en el artículo 113 de la CN, la Corte Suprema dicta su reglamento interior y nombra a sus empleados. A partir de la reforma constitucional de 1994, la CSJN debe “convivir” con el Consejo de la Magistratura, el que, por imperio del artículo 114, *ibíd.*, en teoría tiene a su cargo la administración del poder judicial y de los recursos de este, la facultad de ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia, y la de dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. En la realidad, y como veremos *infra*, las cosas son distintas.

En puridad, las funciones más importantes del CM, y que efectivamente asume y cumple, consisten en seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores, de lo que se desprende nítidamente que los ministros de la CSJN no pasan por el CM; ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados y decidir la apertura del procedimiento de remoción de estos, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente ante el jurado de enjuiciamiento consagrado en el artículo 115 de la CN.

Es importante recordar que la Ley Nac. 25.488^[52] de 2001, que modifica el CPCCN, estableció en el párrafo segundo de su artículo 4.º que *la CSJN queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de dicha reforma legal.*

Sobre la base de estas pautas la Corte puede sancionar todos sus reglamentos internos, normas de funcionamiento, etc. Esto significa que, *v. gr.*, decide qué cantidad de personal técnico letrado y administrativo tiene, lo que es discrecional para cada ministro pues no todos cuentan con la misma cantidad de relatores ni de las mismas especialidades, y a su vez cada ministro decide, por ejemplo, si tiene más o menos cargos. Asimismo, en función de esas disposiciones la Corte pudo reglamentar, a través de la citada Acordada n.º 4/2007, los requisitos de interposición del REF (que son formales y sustanciales: desde la cantidad de páginas, renglones, tamaño de letra, hasta la

51 ALBERTO R. DALLA VIA. “La justicia constitucional en Argentina”, cit., p. 37.

52 BO del 22 de noviembre de 2001.

forma en la que se introducen los agravios) y fija regularmente el valor del depósito (tasa de justicia) para poder recurrir en queja ante sus estrados, el monto por debajo del cual una sentencia es inapelable, etc. Es relevante tener en cuenta lo anterior desde el prisma de la autonomía del Tribunal el que, como cabeza de poder, no está sometido a ningún otro poder del Estado y fija sus parámetros de actuación en definitiva, incluso fuera de los márgenes de control del poder legislativo. En esa línea, ha sido la propia Corte la que ha fijado, por un lado, los límites del REF que el legislador creó en 1863 y, por otro, resolvió sobre su constitucionalidad⁵³.

Por su parte, el artículo 1.º de la Ley Nac. 23.853^[54], texto según el artículo 22 de la Ley Nac. 26.855^[55], preceptúa que la CSJN preparará el presupuesto de gastos y recursos del poder judicial, debiendo observar los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el que será remitido al poder ejecutivo nacional para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la administración nacional que se presenta anualmente al Congreso. Ello, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley Nac. 24.937^[56] y modificatorias.

A su tiempo, con arreglo al artículo 8.º de la Ley Nac. 23.853, conforme al artículo 25 de la Ley Nac. 26.855, se confirió a la Corte, bajo el estricto respeto de los principios mencionados en el párrafo anterior, amplias facultades para establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones; disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos y su ejecución, debiendo remitir mensualmente a la Contaduría General de la Nación el movimiento contable que registre; siempre de conformidad con el artículo 1.º de la Ley Nac. 24.937 y sus modificatorias. Entre esa amplia delegación de atribuciones se cuenta la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el artículo 286^[57] del CPCCN, por lo que el Tribunal ha juzgado improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la aludida Acordada n.º 4/2007.

53 Cfr. ALEJANDRA CORDONE, en una opinión que gentilmente nos remitió a los fines específicos de este trabajo.

54 BO del 24 de octubre de 1990.

55 BO del 27 de mayo de 2013.

56 BO del 6 de enero de 1998.

57 La norma en cuestión dispone que cuando se interponga recurso de queja ante la CSJN, por denegación del REF, deberá depositarse una determinada cantidad de dinero a la orden de dicho tribunal en el Banco de depósitos judiciales. Añade que no tienen que obrar ese depósito quienes

Es muy claro el objetivo de la Ley Nac. 26.855, ya que se deja expresa y directamente puntualizado que a partir de su entrada en vigencia (lo que acaeció del día de su publicación)

... quedarán sin efecto todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a su cumplimiento y que importen un detrimento de la administración del Poder Judicial por el Consejo de la Magistratura de la Nación, según el alcance de la ley de referencia (cursiva fuera de texto).

Así, en el caso “Oviedo, Carlos Alberto c/ Marcone, Élide y otros/ Daños y perjuicios”⁵⁸, del 11 de marzo de 2008, por voto coincidente de los ministros intervinientes rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 286 del CPCCN y de la Acordada n.º 2/2007^[59]. Por medio de esta última se había elevado su importe a la suma de \$5.000^[60]. Adujo el presentante que no correspondía exigir el pago de cantidades de dinero como “condicionantes” para la interposición del recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, y que se había fijado un monto arbitrario y caprichoso.

Al respecto, la Corte señaló que:

– La exigencia del depósito previo establecido por el artículo 286 del CPCCN, como requisito esencial para la procedencia del recurso de hecho [denominación por la cual también se conoce a la *queja*] del artículo 285, *ibíd.*, no contraría garantía constitucional alguna, y sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar el sellado o tasa de justicia, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, o han obtenido el beneficio de litigar sin gastos en forma definitiva.

– El artículo 8.º de la Ley Nac. 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos

estén exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas. Por último, establece que si se omitiere el depósito o se lo efectuare en forma insuficiente, se hará saber al recurrente que deberá integrarlo en el término de cinco (5) días y el auto que así lo ordene se notificará personalmente o por cédula.

58 *Fallos*, 331:419. Votaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

59 Del 7 de febrero de 2007.

60 Actualmente (diciembre de 2017) y por imperio del artículo 1.º de la Acordada n.º 44/2016 (*BO* del 30 de diciembre de 2016), el depósito regulado en el artículo 286 del CPCCN se ha establecido en \$26.000, monto que se aplicará a los recursos de queja que se presentaren a partir del día siguiente a la publicación de dicha acordada.

y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el artículo 286 del CPCCN, por lo que resulta improcedente el pedido de inconstitucionalidad de la Acordada n.º 2/2007, y

– Que es también improcedente el planteo de inconstitucionalidad de la Acordada n.º 4/2007, que aprobó el reglamento mediante el cual se establecieron los recaudos formales que deben cumplir los escritos de interposición del REF y del recurso de queja por denegación de aquél, si ha sido formulado en forma extemporánea, pues dicho cuestionamiento debió haberse efectuado al deducir el remedio federal y no al interponer el recurso de hecho.

1.3.2. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

A continuación haremos una síntesis de algunos de los procesos constitucionales principales destinados a la protección de los derechos fundamentales.

1.3.2.1. Mediante la reforma constitucional de 1994 se introdujo en la CN el muy relevante artículo 43, por conducto del cual se literalizaron importantes procesos constitucionales como el amparo, el *habeas data* (aunque sin nombrarlo así expresamente) y el *habeas corpus*. No es que el amparo y el *habeas corpus* no existieran antes de 1994, sino que lo que se hizo fue positivizarlos explícitamente en el texto constitucional. Por su parte, la aparición y configuración del *habeas data* es más reciente.

1.3.2.1.1. Luego de su creación jurisprudencial por la CSJN, el *amparo* fue normatizado por la Ley Nac. 16.986^[61], que establece el amparo contra actos u omisiones de autoridad pública (preceptiva dictada durante un gobierno *de facto* que aún conserva una devaluada vigencia), y el CPCCN, contra actos u omisiones de particulares.

Además de otros subtipos de amparo (sindical, por mora de la administración, electoral, ambiental, etc.) contenidos en leyes o códigos, el artículo 43 de la CN contiene en sus dos primeros párrafos las dos principales vertientes del amparo: el *amparo clásico o individual* y el *amparo colectivo*.

En cuanto al primero, se dispuso que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio

61 Publicada el 20 de octubre de 1966.

judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (párr. 1.º).

Con respecto al segundo, se determinó que podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (párr. 2.º).

Una cuestión novedosa conectada con el amparo colectivo fue tratada por la CSJN en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986”⁶², del 24 de febrero de 2009. Allí *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso. Para llegar a tal conclusión, y entre otros argumentos, entendió que la CN admite, en el segundo párrafo del artículo 43, una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, así como de los derechos de sujetos discriminados. Si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, juzgó razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Recordó la Corte que

62 *Fallos*, 332:1111. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia parcial conjunta lo hicieron los jueces Petracchi y Argibay; y en disidencia parcial individual se pronunció el ministro Fayt.

... no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivo (consid. 12 de la mayoría).

Luego agregó que,

... frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular (*cursiva fuera de texto*) (id. consid.).

Es dable recordar que, además de los tópicos indicados, la CSJN mantuvo la inconstitucionalidad de la Ley Nac. 25.873^[63] y de su Decreto reglamentario n.º 1.563/04^[64] (dispuestos en los fallos de las instancias inferiores), normativa que sin fundamento suficiente permitía la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallando el derecho a la intimidad de los seres humanos.

1.3.2.1.2. El *habeas data* (párr. 3.º del art. 43, CN) fue reglamentado por la Ley Nac. 25.326, de protección de datos personales, sancionada el 4 de octubre de 2000 (observada por el poder ejecutivo por medio del Decreto Nac. n.º 995/00)⁶⁵.

El texto constitucional respecto del instituto dice que toda persona podrá interponer la acción

... para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a pro-

63 BO del 9 de febrero de 2004.

64 BO del 9 de noviembre de 2004.

65 Tanto la ley como el decreto fueron publicados en el BO del 2 de noviembre de 2000. La Ley Nac. n.º 25.326 fue modificada por la Ley Nac. n.º 26.343, publicada el 9 de enero de 2008.