

# Algunos desafíos de la justicia constitucional en América Latina

Jesús M Casal\*

## 1. Introducción

América Latina es un espacio cultural común en muchos aspectos y, al mismo tiempo, es una realidad heterogénea. Ello es aplicable al plano institucional y, en particular, al desenvolvimiento de la justicia constitucional en la región. Nuestros sistemas de justicia constitucional se han desarrollado con el antecedente de generosas proclamaciones constitucionales alusivas a la supremacía de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, contrastantes con una dinámica político-social resistente a la normatividad jurídica o incluso propensa a instrumentalizarla. Pero hay importantes diferencias en la evolución política de cada país y los momentos de relativa salud institucional para unos han sido de pesadumbre para otros.

Una tendencia compartida apreciable en las últimas décadas consiste en la instauración de salas o tribunales constitucionales como órganos supremos especializados en la interpretación y defensa de la Constitución, lo cual se ha producido en virtud de la incorporación de un órgano así denominado dentro de la estructura jurisdiccional o estatal o del perfilamiento funcional de instancias superiores de la justicia ordinaria como tribunales o salas constitucionales. Esto ha conducido, en muchos ordenamientos, a la adopción de modalidades de control típicas de sistemas concentrados de justicia constitucional dentro de sistemas cuya base ha sido más bien difusa o mixta. Las consecuencias de la entrada en escena de este nuevo actor institucional sobre los rasgos generales del respectivo sistema es algo que

\*Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

ha de valorarse en cada ordenamiento, pero en muchos ha favorecido cierta concentración competencial, no siempre aconsejable, y un plausible robustecimiento de los controles jurisdiccionales y de los medios de defensa de la Constitución. A esta elevación de los estándares de la protección jurisdiccional de la Constitución han contribuido significativamente la expansión cuantitativa y cualitativa de los derechos constitucionales y el fortalecimiento de la garantía internacional de los derechos humanos.

En este contexto variopinto se inscriben estas breves reflexiones sobre algunos desafíos de la justicia constitucional en América Latina. Estas no pretenden ser exhaustivas ni sistemáticas. Solo apuntan a ciertos derroteros de la justicia constitucional en nuestras naciones, los cuales no necesariamente son nuevos aunque sí pueden haber adquirido en algunas latitudes un cariz particular en tiempos recientes. Algunos planteamientos están, además, influenciados por el devenir de la justicia constitucional en el país desde el cual se escriben.

## 2. La articulación con la protección internacional de los derechos humanos

Vivimos en una etapa caracterizada por la internacionalización del orden constitucional así como por la constitucionalización del orden internacional. Los problemas constitucionales están cada vez más entrecruzados con normas jurídicas internacionales o responden en su propia esencia a criterios provenientes del derecho internacional público.<sup>1</sup> A su vez, principios originados en el derecho constitucional se están proyectando al orden internacional, especialmente a través de los procesos de integración supranacional.<sup>2</sup>

Una gran tarea de la justicia constitucional es precisamente la de servir de válvula por la cual fluyan adecuadamente estas corrientes bidireccionales. Los tribunales o salas constitucionales, orgánica o funcionalmente hablando, no son en ningún sentido los dueños del canal por el cual esa relación se despliega ni les corresponde administrar o dosificar a su libre arbitrio o por juicios de conveniencia el alcance de la proyección en una u otra dirección. Su papel sigue siendo en este campo jurídico-interpretativo, solo que se enfrentan a un tejido normativo más complejo que el habitual. Si vemos el asunto desde la perspectiva de la internacionalización del orden constitucional, constatamos que dichos órganos deben proteger no solo los derechos consagrados en las correspondientes Constituciones, a la luz de sus criterios previos de interpretación y eventualmente con una mirada al derecho comparado o a la jurisprudencia internacional, sino también esos mismos derechos u otros no previstos en el texto constitucional leídos ahora desde la formulación que poseen en los tratados internacionales y de la interpretación que en ese ámbito han recibido. Si lo vemos desde la óptica de la constitucionalización del orden internacional, dichos órganos pueden ser llamados a controlar los tratados de integración que el Estado pretenda ratificar con el objeto de determinar su compatibilidad con la Constitución, la cual a menudo dependerá de la existencia de instituciones o meca-

<sup>1</sup> Matthias Herdegen: «La internacionalización del orden constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, pp. 71 ss.

<sup>2</sup> Jesús M. Casal: *Los derechos humanos y su protección*. Caracas: UCAB, 2009, pp. 209 ss.

nismos supranacionales que preserven ciertos principios materiales o estructurales de la Constitución, de modo que el traspaso competencial que esos procesos llevan aparejados no implique el menoscabo de aquellos sino más bien su prolongación a un nuevo ámbito de poder.

Nos interesa centrar la atención en la proyección de la normativa internacional de derechos humanos en el derecho interno, particularmente en el marco del sistema interamericano de protección. Uno de los mayores desafíos que en esta esfera se está planteando a las salas o tribunales constitucionales estriba en la determinación del alcance y de las formas de instrumentación de su deber de observar los respectivos tratados y los pronunciamientos de los organismos internacionales de protección de derechos humanos allí previstos.

Los tribunales o salas constitucionales deben respetar en sus decisiones los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales ostentan en muchos países de la región jerarquía constitucional y frecuentemente se integran a la categoría del bloque de la constitucionalidad. En todo caso, con independencia de esa jerarquía constitucional están también obligados, como órganos del Estado, a acatar los pronunciamientos de los organismos internacionales competentes a tenor de dichos tratados. Además, no pueden desconocer los criterios interpretativos sentados por ellos, pero es necesario hacer mayores precisiones para esclarecer los términos de esta sujeción interpretativa, la cual se analizará considerando el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional, y de la Convención Americana de Derechos Humanos como base normativa.

### ***2.1. Alcance del deber de seguimiento de las interpretaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos***

Es claro que los tribunales o salas constitucionales y los jueces constitucionales en general, al acudir como parámetro normativo a la Constitución o, por remisión o apertura de esta, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueden interpretar los derechos reconocidos en la Convención con una amplitud mayor a la reconocida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como también aportar criterios interpretativos en materias aún no exploradas o resueltas por la jurisprudencia interamericana. Lo que sea una interpretación extensiva o amplificadora de derechos, que está al alcance de los tribunales nacionales de acuerdo con la propia Convención (art. 29, literales b y c), no siempre será algo fácil de determinar, al menos no desde un solo ángulo, pues la visión generosa de un derecho puede implicar el ahogamiento de otro, por lo que el examen correspondiente ha de tener en cuenta el conjunto de los derechos humanos. Pero ello no compromete el principio arriba enunciado.

Los interrogantes surgen en relación con los demás supuestos, ya que cabe preguntarse si los tribunales nacionales, entre ellos los jueces constitucionales, están en rigor obligados a seguir todas y cada una de las interpretaciones de normas de la Convención realizadas por la Corte Interamericana. La Convención no es categórica al respecto. Su artículo 68 obliga a los Estados a «cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte», sin hacer mención a la eventual fuerza vinculante de sus interpretaciones, incluso respecto de casos en los que el Estado correspondiente no haya sido parte. No obstante, el artículo 62.3 alude a la competencia de la Corte para «conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención».

Esta temática conduciría a examinar el valor de la jurisprudencia en el derecho internacional público, con los matices que deban introducirse en el campo de los derechos humanos, pero lo que ahora importa es constatar la comprensión que tiene la propia Corte Interamericana sobre el alcance de su jurisprudencia. Al respecto, esta ha desembocado en el desarrollo del control de convencionalidad, que presupone una sujeción del Estado y de los tribunales no solo a la Convención Americana como tratado internacional sino también «a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».<sup>3</sup>

La cristalización del control de convencionalidad teniendo como parámetro tanto las interpretaciones de la Corte Interamericana como las disposiciones del tratado implica conferir a esas interpretaciones fuerza vinculante, lo cual coadyuvará a un robustecimiento de la protección de los derechos humanos en la región. Sin embargo, desde la perspectiva de la articulación y mutua consideración entre el orden interno y el internacional en que ahora nos situamos, es preciso señalar que debe preservarse un espacio para la participación de los jueces nacionales en la construcción jurisprudencial del derecho de los derechos humanos. Tal como lo enseñan los sistemas jurídicos que cuentan con la regla del *stare decisis* o del precedente vinculante, el papel de los órganos judiciales inferiores en grado en la formación de la doctrina jurisprudencial es fundamental y es deseable que la jurisprudencia interamericana deje márgenes para la técnica de la distinción y para la adaptación de los precedentes en función de las peculiaridades del caso. La identificación de ese campo para la colaboración es un desafío tanto para la Corte Interamericana como para los tribunales nacionales y en particular para los jueces constitucionales. El control de convencionalidad plantea adicionalmente retos de índole más bien procesal. A continuación aludiremos a uno de ellos.

## 2.2. La instrumentación del control de convencionalidad

Un asunto relevante relacionado con el control de convencionalidad es determinar la forma en que debe ser ejercido al interior de cada Estado parte en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha limitado a establecer que: «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».<sup>4</sup> Esta última frase ha sido entendida como una apertura de la Corte a la existencia de modelos diversos de control de convencionalidad, cuya variación estará normalmente asociada, si

<sup>3</sup> Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 124. Véase también Humberto Nogueira Alcalá: «Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano», en: *Ius et Praxis*, 2006, n.º 2, pp. 363 ss.; Néstor Sagüés: «El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales», en: *La Ley*, 19 de febrero de 2009, pp. 1 ss.

<sup>4</sup> Cf., entre otros, el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de la Corte Interamericana del 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158, párr. 128.

este control se ejerce sobre leyes,<sup>5</sup> a las características del correspondiente sistema de control de la constitucionalidad.

Esta aproximación es en principio acertada, pero requiere de algunas puntualizaciones. La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad ciertamente no obliga a que exista un control difuso en la materia, en virtud del cual cada juez nacional esté facultado para desaplicar las leyes contrarias a la Convención. No obstante, de esa jurisprudencia y del conjunto de ella se deducen algunas limitaciones a la libertad del Estado para configurar su sistema de control de convencionalidad, entre las cuales dos son especialmente relevantes:

#### *a. Ilícitud de la aplicación judicial de leyes contrarias a la Convención*

Los Estados no pueden realizar actuaciones que contravengan lo dispuesto en los tratados internacionales de los cuales sean parte. Esta es una consecuencia elemental del principio *pacta sunt servanda*, que encuentra reflejo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por eso puede afirmarse que, en materia de derechos humanos, las autoridades no deben ejecutar actos lesivos de estos derechos, aun cuando puedan estar previstos en alguna ley. Esto implica que, si la aplicación de una ley interna va a traducirse en la vulneración de un derecho humano, las autoridades nacionales están obligadas a omitir tal aplicación. Ello se infiere ante todo de las obligaciones generales que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2) impone a los Estados partes, pues sería evidentemente un incumplimiento del deber de respeto que recae sobre todas las autoridades del Estado, incluyendo a los jueces, que estas ejecuten una ley contraria a la Convención y cometan, con ello, la violación de algún derecho humano.

No obstante, la concreción de esta obligación de abstenerse de aplicar leyes contrarias a la Convención puede sufrir modulaciones en cada ordenamiento en función del tipo de autoridad llamada en principio a ejecutar dichas leyes, particularmente cuando la contradicción se refiera a alguna interpretación sentada por la Corte Interamericana. No siempre será fácil para un funcionario administrativo determinar tal incompatibilidad. De ahí que la jurisprudencia interamericana haga recaer sobre los jueces una responsabilidad especial. El control de convencionalidad se coloca en manos de los jueces en atención a las especiales funciones que habitualmente están llamados a desempeñar en el campo de la interpretación y aplicación del derecho. La Corte Interamericana quiere que ellos se erijan en guardianes de la conformidad de las leyes o normas internas con la Convención, cuando su aplicación pueda menoscabar la eficacia del tratado. De ahí que haya declarado en su jurisprudencia que «los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que el control de convencionalidad puede también recaer sobre reglamentos u otras normas sublegales, caso en el cual el control de convencionalidad no necesariamente ha de discurrir por los cauces del control de constitucionalidad de las leyes. El control de convencionalidad podría incluso ejercerse sobre normas constitucionales. Véase Sagües, o. cit.

que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos».<sup>6</sup>

Por tanto, la participación de los jueces en el control de convencionalidad los obliga, por lo menos, a no aplicar las leyes contrarias a la Convención, considerando a estos efectos tanto el texto del tratado como la jurisprudencia de la Corte. Esto por sí solo tiene consecuencias a la hora de configurar el control de convencionalidad en cada ordenamiento. Así, un sistema como el mexicano, en el cual los jueces ordinarios o jueces de las entidades federativas nunca están facultados para desaplicar leyes, según la interpretación dominante,<sup>7</sup> quebrantaría las exigencias jurisprudenciales del control de convencionalidad, ya que la posibilidad del control quedaría diferida para un momento posterior a una primera aplicación judicial, tras una por lo general larga cadena recursiva. Cadena recursiva que solo tendrá lugar si alguna de las partes interpone los correspondientes recursos, lo cual se contrapone a la posibilidad del ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad que la Corte Interamericana ha reconocido. El control de convencionalidad excluye, pues, el establecimiento, respecto de ciertos tribunales, de un deber judicial absoluto de aplicación de las leyes, aun de las contrarias a la Convención.

En el caso de los ordenamientos que no facultan a los jueces ordinarios para desaplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución pero prevén la elevación de una cuestión o consulta de inconstitucionalidad ante una sala o tribunal constitucional, el control de convencionalidad pudiera discurrir por los mismos cauces. En estos sistemas los jueces ordinarios no están obligados a aplicar las leyes que estimen incompatibles con la normativa suprema de referencia, sino que en lugar de hacerlo someten el asunto a la determinación del órgano jurisdiccional especializado. Este reparto de tareas, en el cual el juez ordinario reconoce en el caso concreto la posible inconstitucionalidad o anticonvencionalidad de una norma legal y otra instancia jurisdiccional toma la decisión sobre este particular, no se opone en principio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque habrá de examinarse si está en consonancia con los requerimientos del derecho al recurso efectivo y de las garantías judiciales.

#### *b. Necesaria conformidad del control de convencionalidad con el derecho al recurso efectivo (o a la protección judicial) y con las garantías judiciales*

Los sistemas de control de constitucionalidad de la ley de índole concentrada que hacen recaer en los jueces ordinarios la función de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, trasladados al ámbito de control de convencionalidad son en principio compatibles con la Convención pero pueden suscitar problemas desde la óptica de los derechos mencionados.

La elevación de la cuestión de inconstitucionalidad suele generar el efecto de paralizar la causa una vez que llega al estado de sentencia, si para entonces la sala

<sup>6</sup> Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, o. cit.; caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C, n.º 209, párr. 339.

<sup>7</sup> Cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons/UNAM, 2009, pp. 320-321.

o tribunal constitucional no ha dictado el respectivo pronunciamiento. Adicionalmente, no es extraño que la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad se prolongue por bastante tiempo, lo cual puede estar influenciado por el alcance y efectos del control que la sala o tribunal constitucional ejerce, pues este no se limita a declarar si la inconstitucionalidad señalada por el juez en el caso concreto existe y si en consecuencia la ley puede ser desaplicada, sino que supone un análisis de la constitucionalidad de la ley que desemboca normalmente en su anulación si la inconstitucionalidad del precepto se confirma.

Un sistema concentrado de control de la convencionalidad que genere grandes retrasos en los procesos y que impida un pronunciamiento en un plazo razonable sobre la convencionalidad de una ley puede vulnerar derechos reconocidos en la Convención, especialmente el derecho a un recurso efectivo (o a la protección judicial) y las garantías judiciales. Además, en un contexto así pudiera verse lesionado el propio derecho de fondo que se opone a la aplicación de la ley considerada contraria a la Convención.

Esta es una conclusión que se desprende de la jurisprudencia general de la Corte Interamericana, no de la doctrina específica hasta ahora sentada en materia de control de la convencionalidad, pero interesa poner de relieve esta limitación a la facultad del Estado de configurar su sistema de control de la convencionalidad.

### 3. La consolidación de la identidad garantista de la justicia constitucional

Al interior de nuestros sistemas de justicia constitucional y de nuestros ordenamientos jurídicos es posible reconocer otros retos de índole tanto material como procesal. Aludiremos a uno de los primeros, relacionado con la manera de entender las funciones de la justicia constitucional.

La misión principal de la jurisdicción constitucional estriba en coadyuvar a limitar y controlar el ejercicio del poder público. Esta es la esencia histórica de la Constitución, que conserva vigencia en las actuales democracias y ha de marcar la actuación de los tribunales constitucionales. El *telos* de la Constitución sigue siendo «la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político»,<sup>8</sup> lo cual tiene como fin último la protección de los derechos fundamentales. Ha cambiado la idea que se tiene de estos derechos, cuyos contenidos sociales o prestacionales se han incrementado o hecho más visibles. Se ha transformado la manera de entender la limitación del poder público por la Constitución, dado que preocupan no solo los abusos contra la libertad individual que puedan cometer los órganos del Estado sino también las vulneraciones de derechos originadas en su inacción o negligente desempeño. Pero la idea de la fijación de límites para la preservación de espacios de autonomía es capital en el constitucionalismo de hoy, como lo es la de procurar condiciones de vida que no atenten contra la dignidad de la persona. La limitación y control del poder público no es una tarea exclusiva de la jurisdicción constitucional, pero ha de distinguir el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

En atención a la experiencia de algunos países latinoamericanos pareciera recomendable emprender una discusión abierta, dispuesta a la revisión de dogmatismos, sobre las cautelas que sería aconsejable adoptar para impedir que los tribuna-

<sup>8</sup> Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 151.

les o salas constitucionales sean utilizados para erosionar el Estado de derecho y la democracia. Ello conduce a hacer énfasis en la adecuada formulación y aplicación de los procedimientos y criterios de selección de los magistrados de esa instancia jurisdiccional, entre otros temas clásicos. Es relevante la exigencia de mayorías calificadas en el órgano parlamentario generalmente competente para la designación, pero es conveniente ir más allá.

Luce necesario también promover con determinación el modelo de una jurisdicción constitucional que no es neutral, cuya tarea no se reduce a asegurar la observancia de una Constitución como puro texto supremo y considerada como un todo homogéneo, sino que otorga un peso singular a la garantía de la libertad y de los derechos fundamentales, así como a la preservación de los equilibrios institucionales. Tal función de la jurisdicción constitucional por lo general no está expresamente mencionada en los textos constitucionales, pero puede colegirse del *telos* de la Constitución y de sus principios fundamentales. Esto presupone la existencia de una Constitución inscrita en el constitucionalismo democrático, lo cual es la regla en la región.

Lo dicho no implica negar la variedad de los asuntos que pueden ser planteados ante la jurisdicción constitucional ni la diversidad que resulte de la especificidad de cada país; se trata solo de reforzar en la justicia constitucional ese perfil funcional básico, de modo que la defina y difícilmente pueda ser soslayado por algún tribunal o sala constitucional. Sabemos que el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Europa y en Latinoamérica ha conducido precisamente a su configuración como una jurisdicción constitucional de la libertad y lo que se propone es que esa tendencia, reflejada a menudo en análisis descriptivos, se consolide en la región como un modelo prescriptivo.

Procesos políticos como el venezolano muestran cómo las instituciones constitucionales pueden ser socavadas desde dentro hasta el punto de adulterar la misión que es propia de la justicia constitucional y de degradarla a la condición de herramienta de una hegemonía político-ideológica. Cuando un tribunal o sala constitucional es controlado para colocarlo al servicio de esos propósitos, es enorme el daño que pueden padecer la democracia y los derechos fundamentales. Su estatus como órgano supremo de interpretación de la Constitución le permite brindar legitimidad ético-jurídica a medidas contrarias a derecho adoptadas por las autoridades, lo cual puede conducir a cerrar un debate crítico abierto en la sociedad a raíz de tales medidas. Esta tarea legitimadora tiene por supuesto sus límites, pues cuando se hace palpable el móvil y carácter político-ideológico de las sentencias del órgano judicial él mismo termina perdiendo autoridad jurídica. Pero entretanto se puede haber causado mucho daño y la capacidad de resistencia ante los abusos que pretenden ser convalidados, haberse debilitado sustancialmente. Se trata de evitar que llegue a producirse la colonización político-ideológica de los tribunales o salas constitucionales y que estos terminen siendo utilizados, contra su propia esencia y vocación histórica, como caballos de Troya para la democracia.

En contextos de profundos deterioros de la institucionalidad impulsados desde las propias instancias de poder democráticamente legitimadas es poco lo que se puede hacer con mecanismos técnico-procedimentales e incluso con modelos funcionales para preservar la identidad garantista de la justicia constitucional, pues esta se vacía de sustancia y se convierte en instrumento de dominación. Pero es preciso adoptar cautelas y establecer cortafuegos en ambas esferas, que deben ir acompañados de herramientas nacionales e internacionales efectivas de protección del orden constitucional y democrático.