



Revista

# IURIS Forum

Enero - junio 2021 • Número 1

Escuela de Derecho



**PUCMM**

Pontificia Universidad Católica  
Madre y Maestra



# PUCMM

Pontificia Universidad Católica  
Madre y Maestra

## Revista IURIS FORUM

Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes  
Escuela de Derecho

© Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2021

### Diseño y diagramación:

Ana Svethania Gómez

### Corrección:

Florilena Paredes  
Equipo editorial

### Traducción:

Carmen Luisa Martínez (Artículo de Gilles Paisant)

### Edición:

Departamento Editorial,  
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra  
Santo Domingo, República Dominicana, 2021

*Iuris Forum* es la revista digital de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, creada con el objetivo de fomentar el estudio crítico del Derecho y la producción escrita de los integrantes de la comunidad jurídica dominicana y extranjera para el enriquecimiento del debate jurídico y, en consecuencia, contribuir al pensamiento jurídico global. *Iuris Forum* se publicará semestralmente, con contenido abierto y contribuciones en español e inglés. Estará compuesta de ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial de la Revista.





## Comité de asesores IURIS FORUM

**Rector magnífico  
de la PUCMM**

Rvdo. P. Dr. Secilio Espinal Espinal

**Vicerrector Académico  
de la PUCMM**

Dr. David Álvarez Martín

**Vicerrector de Investigación  
e innovación de la PUCMM**

Dr. Kiero Guerra Peña

**Decano de la Facultad de Ciencias  
Sociales, Humanidades y Artes  
de la PUCMM**

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

**Director de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Lic. Héctor Alies Rivas

**Directora de la  
Escuela de Derecho - CSTI**

Licda. Anne Gómez Castillo

**Profesor de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Dr. Flavio Darío Espinal

**Profesor emérito de la Universidad Externado  
de Colombia**

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



## Consejo Editorial permanente

**Profesora de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Jimena Conde Jiminián

**Profesor de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Amaury Reyes-Torres

# La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina

**José Ignacio Hernández G.**

Recibido: 8 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

## Resumen

La ampliación gradual del ámbito material de la jurisdicción constitucional genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción, como una especial modalidad del Derecho Constitucional autoritario que, en ciertos casos, puede apoyarse en la retórica populista. Este riesgo tiende a ser mayor en América Latina, vista la fragilidad institucional de la región. Lejos de valorar esta ampliación como un resultado favorable o desfavorable, el interés del presente ensayo se centra en identificar esta tentación autoritaria y diseñar instituciones llamadas a reducir los incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional. Como conclusión, se proponen mecanismos de protección de la independencia de la jurisdicción constitucional, frente a intentos de control político del Legislativo y Ejecutivo.

**Palabras clave:** jurisdicción constitucional, Derecho Constitucional autoritario, autoritarismo populista.

## Abstract

*The gradual expansion of the judicial review scope creates incentives for authoritarian deviations, as a particular case of the Authoritarian Constitutional Law, supported in occasions by the populist rhetoric. This risk tends to be greater in Latin America, considering its institutional fragility. Rather than viewing such expansion as a favorable or unfavorable outcome, this paper identifies the judicial review authoritarian temptation to design institutions that an reduce the authoritarian deviations incentives. Also, the paper proposes mechanisms to protect the independence of the constitutional judicial review before the political control attempts by the Legislative and Executive.*

**Keywords:** *judicial review, Authoritarian Constitutional Law, authoritarian-populism, Constitutional Law in Latin America.*

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School. Profesor invitado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Correo electrónico: ignandez@gmail.com.

## Introducción

El surgimiento histórico de la jurisdicción constitucional está asociado a la supremacía de la Constitución, a tal punto que una y otra figura resultan, en la actualidad, inseparables. Así, la configuración de la Constitución como la norma suprema llamada a defender la libertad general frente al Estado, conforme a la teoría de Locke, llevó a considerar que la Ley contraria a la Constitución debía repudiarse. Esta idea, que surge en el Reino Unido hacia fines del siglo XVI, es trasladada al Derecho Constitucional de Estados Unidos a inicios del siglo XIX, al admitirse la potestad del Poder Judicial de desaplicar la Ley que, en el caso concreto, resulta contraria a la Constitución. Posteriormente, a mediados del siglo XIX, Colombia y Venezuela incorporaron en sus constituciones la potestad del Poder Judicial de declarar la nulidad de ciertos actos del Estado violatorios a la Constitución, en un modelo que sería perfeccionado a inicios del Siglo XX en Austria. Luego de la Segunda Guerra Mundial se generalizó el reconocimiento de la potestad del Estado de declarar la contradicción entre la Ley y la Constitución a los fines de garantizar su supremacía<sup>1</sup>.

La jurisdicción constitucional se ha erigido, desde entonces, en el guardián de la Constitución, o más propiamente, en el guardián jurídico de la Constitución, en tanto la declaratoria de violación a la Constitución produce efectos jurídicos concretos, referidos a la desaplicación de la Ley o, en su caso, la nulidad del acto estatal considerado contrario a la Constitución.

De ello ha resultado que la jurisdicción constitucional se considera un componente central de la democracia

constitucional, incluso, para la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales<sup>2</sup>.

De esa visión ha resultado que, como regla, el sistema de jurisdicción constitucional suele valorarse positivamente, al punto que mientras más robusto es ese sistema, se considera que mayor es la garantía de la Constitución. En especial, el sistema de la jurisdicción constitucional ha debido ajustarse a los cambios del Derecho Constitucional que, luego de la segunda mitad del siglo pasado, se tradujeron en la mayor densidad normativa de la Constitución, debido a la incorporación de cláusulas económicas y sociales. Este cambio ha sido notable en América Latina, al punto que el Derecho Constitucional, en la región, ha sido considerado como “Derecho transformador”<sup>3</sup>.

Pero esta ampliación de las funciones de la jurisdicción constitucional no está exenta de riesgos. Ciertamente, la jurisdicción constitucional puede ser considerada una luz que protege la supremacía de la Constitución, pero como es sabido, toda luz arroja sombras. Las potestades de la jurisdicción constitucional son, así, únicas, en lo que ha sido considerado como “poder formidable”. Por ello, un indebido marco institucional de la jurisdicción constitucional puede derivar en excesos que, la postre, terminan menoscabando la democracia constitucional. Tal es la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que desde una perspectiva comparada de América Latina abordamos en este artículo<sup>4</sup>.

Esta tentación tiene dos aristas. Por un lado, encontramos la tentación del Poder Ejecutivo y Legislativo de tomar control sobre la jurisdicción constitucional, para inhibir su actuación o en su caso, para utilizarla para

<sup>1</sup> Desde el Derecho Comparado, el control jurisdiccional de la constitucionalidad o “judicial review” comprende a todos los medios procesales a través de los cuales el Estado, por medio de órganos independientes, ejerce la función jurisdiccional para declarar violaciones a la Constitución y adoptar medidas de reparación. Salvando las diferencias de los diversos modelos, puede afirmarse que la jurisdicción constitucional garantiza, por medios jurídicos, la supremacía de la Constitución. Puede verse el trabajo clásico de Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, pp. 25 y ss. Los orígenes de tal control jurisdiccional suelen encontrarse en la “antigua Constitución Británica”, con el caso *Bonham*, decidido en 1610 por sir Edward Coke, y en especial, en la Revolución Gloriosa de 1688 y el pensamiento de Locke, que reconoció la vinculación del Poder Legislativo a la “Ley natural”. Estas ideas serían desarrolladas en Estados Unidos, con la “gran invención” de la Constitución escrita, y el reconocimiento de la potestad del Poder Judicial de desaplicar la Ley que viole la Constitución, entendida como la norma suprema, en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. El reconocimiento del control jurisdiccional de la Ley violatoria a la Constitución fue el principio con el cual Hans Kelsen propuso crear órganos especializados a cargo de anular la Ley violatoria a la Constitucional, lo que daría lugar a la proliferación de cortes constitucionales. Desde la perspectiva comparada puede verse a Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 816 y ss.

<sup>2</sup> Como ha acotado Brewer-Carías, el control jurisdiccional de la constitucionalidad es un principio básico del Estado de Derecho, presente en modelos del civil law y del common law, tanto desde la perspectiva del control concentrado como el control difuso, e incluso, del así llamado control mixto. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 5 y ss.

<sup>3</sup> Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* N.º 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

<sup>4</sup> Este artículo presenta los resultados preliminares del estudio comparado sobre la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional en América Latina. Entre las diversas referencias de Derecho Comparado que hemos revisado, puede verse a Bogdandy, Armin von et al., (editores), *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

imponer medidas autoritarias. La segunda arista es, precisamente, el ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional en una transición gradual hacia el autoritarismo.

Este tema será abordado desde el estudio interdisciplinario de la jurisdicción constitucional a través de la teoría de las políticas públicas. Así, este ensayo considera que la ampliación de competencias de la jurisdicción constitucional, especialmente en el control concentrado, genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción y su captura política. Estos incentivos, además, se benefician de la asimetría de la información presente en la actuación de la jurisdicción constitucional: más allá de la publicidad de las sentencias bajo las normas procesales en vigor y de comentarios críticos en espacios académicos, la actuación de la jurisdicción constitucional es tan sofisticada que suele escapar de la atención de la opinión pública. Esto genera incentivos para que, por medio de un proceso gradual, la jurisdicción constitucional pueda expandir su ámbito de control y avanzar, así, en una transición hacia el autoritarismo<sup>5</sup>.

El enfoque desde los incentivos que pueden propender al ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional no se basa en un análisis reducido a determinar si la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional es un resultado favorable o desfavorable. El propósito de este trabajo introductorio es otro, a saber, identificar los riesgos derivados de tal ampliación, ante los incentivos generados para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional, y en especial, ante los incentivos para la captura política de la jurisdicción constitucional, a los fines de convertirla en instrumento de regímenes autoritarios. Estos riesgos aconsejan introducir reformas institucionales llamadas a reducir los incentivos o, desde otro punto de vista, a elevar los costos de las conductas autoritarias.

Ante todo, debe tomarse en cuenta que la primera tentación autoritaria reside en los otros Poderes Públicos, que para reducir la calidad del control constitucional o

colocar a éste al servicio del autoritarismo, pueden acudir a formas constitucionales para intervenir políticamente a la jurisdicción constitucional. Con lo cual, no basta con proteger a la democracia constitucional frente a la jurisdicción constitucional: lo primero que debe hacerse es proteger la independencia de la jurisdicción constitucional frente a otros Poderes Públicos.

Para estos fines, el presente artículo se divide en dos partes. La primera resume, desde el Derecho Constitucional de América Latina, la expansión material de la jurisdicción constitucional, mientras que la segunda parte explica cómo esa expansión genera incentivos que pueden degenerar en el Derecho Constitucional autoritario, y las reformas institucionales que, a grandes rasgos, podrían contrarrestar la tentación autoritaria.

## I. La progresiva ampliación de la Jurisdicción Constitucional

Desde una perspectiva histórica, y de manera tradicional, la jurisdicción constitucional suele dividirse en dos modelos: el control difuso y el control concentrado. Se trata en realidad de categorías puras que, en la práctica, aparecen entremezcladas con notas especiales. El rasgo común de los diversos modelos de jurisdicción constitucional que en la práctica pueden apreciarse, en todo caso, es el reconocimiento de la potestad jurisdiccional para declarar la contradicción entre el bloque de constitucionalidad y los actos estatales de rango legal<sup>6</sup>.

Con el tiempo, como de manera especial se aprecia en América Latina, este sistema se ha ampliado, al punto que la jurisdicción constitucional ya no actúa, como señalara Kelsen, como una suerte de “legislador negativo”. Esta ampliación, que comenzó a evidenciarse hacia fines del siglo pasado, fue valorada como favorable, al asumirse que mientras mayor fuese el ámbito de control jurisdiccional, mayor sería la garantía de supremacía de la Constitución<sup>7</sup>. Esta sección coloca el énfasis en la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional a través del control

<sup>5</sup> El estudio de la jurisdicción constitucional desde las políticas públicas, presta atención a cómo las reglas (o instituciones) que rigen a tal jurisdicción pueden crear incentivos para que los funcionarios actúen a favor de la supremacía constitucional o por el contrario, actúen de manera autoritaria. El principio de separación de poderes, desde el punto de vista institucional, genera desincentivos para tendencias autoritarias. Pero fallas en el diseño o en la implementación del principio de separación de poderes pueden generar incentivos a favor de medidas autoritarias, entendiéndose por tales aquellas que contradicen los principios de la democracia constitucional. La opinión pública cumple un rol central complementando el principio de separación de poderes, pues puede denunciar las conductas autoritarias de los funcionarios. Pero ello requiere de un flujo adecuado de la información, que no siempre está presente, lo que genera “asimetrías de información”, o sea, situaciones en las cuales la sociedad civil -y los medios de comunicación- tienen menos información que los funcionarios. La jurisdicción constitucional está sometida a reglas procesales de publicidad, pero lo cierto es que sus decisiones responden a una sofisticada materia técnica que escapa del conocimiento general de la sociedad civil. Por ello, la opinión pública suele tener un rol menor en las medidas autoritarias adoptadas por la jurisdicción constitucional. Sobre estos conceptos básicos de las políticas públicas, puede verse a Immergut, Ellen M., “Institutional Constraints on Policy”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 517 y ss.

<sup>6</sup> Brewer-Carías, Allan, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 93 y ss.

concentrado, con ocasión a las pretensiones procesales que pueden deducirse ante ella y el contenido de las sentencias que pueden dictarse.

### 1. La ampliación del objeto de la pretensión de acuerdo con el grado del acto estatal sujeto a control

La primera ampliación surge con ocasión al objeto de la pretensión procesal, tradicionalmente reducida a la Ley, o sea, el acto normativo dictado por el Poder Legislativo en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Los orígenes históricos de la jurisdicción constitucional permiten afirmar que esta surge como contrapeso a la soberanía del parlamento, lo que en países como Francia y el Reino Unido ha dado lugar a diversos debates. Especialmente, luego de la Segunda Guerra Mundial, en Europa se generalizó el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por Kelsen, esto es, el control concentrado de la Ley por parte de un órgano jurisdiccional especial, a los fines de implementar un mecanismo de contrapeso de la soberanía del parlamento en defensa de la Constitución<sup>8</sup>.

Posteriormente, el objeto de la pretensión procesal de nulidad se amplió a los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. La justificación de esta ampliación es consistente con la tesis de Kelsen acerca de la formación del Derecho por grados: la jurisdicción constitucional debe conocer de la nulidad de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso dictados por el Poder Ejecutivo. En este caso, el grado del acto estatal facilita la distinción entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>9</sup>.

Más adelante, el objeto de la pretensión se amplió a actos constitucionales, más en concreto, actos de

modificación o reforma de la Constitución. Partiendo de la observación de la doctrina alemana en cuanto a las “normas constitucionales inconstitucionales”, se aceptó que la jurisdicción constitucional puede controlar la constitucionalidad de actos de reforma constitucional, en especial, en lo que se considera como el contenido intangible de la Constitución, tal y como en fecha reciente ha concluido el Tribunal Constitucional de Chile<sup>10</sup>.

En relación con lo anterior, el control de la convencionalidad en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también ha ampliado el objeto de la pretensión constitucional, en tanto la jurisdicción constitucional puede declarar la contradicción entre la Constitución y el *corpus iuris interamericano*, incluso, con ocasión a procesos de modificación de la Constitución. Esto puede dar lugar a una especie de “control difuso” de la convencionalidad, en la medida en que la jurisdicción constitucional, al decidir la pretensión deducida ante ella, declare que la norma constitucional aplicable viola el *corpus iuris interamericano*, declarando la preferente aplicación de este<sup>11</sup>.

La ampliación del objeto de la pretensión constitucional en los dos casos anteriores responde a los cambios del concepto de Constitución. Así, por un lado, aun cuando todas las normas constitucionales son jurídicamente vinculantes, algunas de ellas tienen valor preferente, al reconocer valores superiores o principios que resultan inmutables, incluso, frente a reformas constitucionales. Por el otro lado, la mundialización de los derechos humanos y el surgimiento del Derecho Constitucional Global, ha llevado a reconocer que la Constitución ya no es la norma suprema, en tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede tener valor preferente a la Constitución, como sucede en el ámbito del Sistema Interamericano. De allí que la

<sup>7</sup> En realidad, la jurisdicción constitucional bajo la modalidad del control concentrado orientado a declarar la nulidad de Leyes, de acuerdo con el sentido tradicional propuesto por Kelsen, no se limitó solo a extinguir los efectos jurídicos de la Ley declarada inconstitucional. Sobre la ampliación del poder de la jurisdicción constitucional bajo esta visión tradicional, puede verse a Fernández Segado, Francisco, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: La Constitución Española en el contexto)”, en *Pensamiento Constitucional Año XI*, núm. 11, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>8</sup> Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit.

<sup>9</sup> El Estado de Derecho requiere la existencia de mecanismos de control jurisdiccional frente a los actos estatales que contraríen el ordenamiento jurídico. Uno de esos controles es ejercido por la jurisdicción constitucional, tradicionalmente, respecto de actos estatales con rango legal, o sea, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. A nivel comparado, además del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo también puede dictar actos en ejecución directa de la Constitución, lo que justifica la ampliación del control del ámbito de la jurisdicción constitucional. Véase a Brewer-Carías, Allan, *El control concentrado de la constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 20 y ss.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile núm. Rol 9797-20-CPT, de 30 de diciembre de 2020, en su punto decimocuarto, recordó el “poder-deber que recae sobre el Tribunal Constitucional para examinar los posibles vicios de forma y de fondo que aquejarían a un proyecto de ley de reforma constitucional”. Para el análisis de lo anterior, véase a Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 138 y ss.

<sup>11</sup> Sagüés, Pedro, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Revista de Investigações Constitucionais Volumen 1*, núm. 2, 2014, pp. 23 y ss.

jurisdicción constitucional es garante, en general, del “bloque de la constitucionalidad”, incluyendo las normas superiores del *corpus iuris* interamericano.

Finalmente, el objeto de la pretensión procesal se ha ampliado a actos estatales sub-legales. Esto ha sucedido en algunos ordenamientos que atribuyen, a la jurisdicción constitucional la potestad de revisar actos administrativos normativos, o sea, reglamentos. Desde el punto de vista jurídico-formal, esta solución no es consistente con la separación tradicional entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, que se basa en el grado del acto estatal y no en su contenido (normativo o no-normativo), o sus destinatarios (determinados o determinables, por un lado, e indeterminados e indeterminables, por el otro)<sup>12</sup>.

Mayor interés reviste la ampliación de la jurisdicción constitucional a la potestad de revisión de sentencias del Poder Judicial, a través del reconocimiento de la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar y, en su caso, anular esas sentencias<sup>13</sup>. Esta ampliación contradice los fundamentos de la jurisdicción constitucional basados en la formación del Derecho por grados. Por ello, la justificación de la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar sentencias luce más cercana a los fundamentos de la casación, en el sentido que la

jurisdicción constitucional, al ejercer esa competencia, está llamada a garantizar la uniformidad de la interpretación constitucional, todo lo cual realza la naturaleza extraordinaria de esta revisión.

Debe observarse que la revisión de sentencias por la jurisdicción jurisdiccional trastoca el principio de organización jerárquica del poder judicial, lo que resulta muy evidente en modelos de cortes constitucionales, que podrían revisar sentencias dictadas por el máximo tribunal. Pero es también posible encontrar conflictos potenciales cuando la jurisdicción constitucional es ejercida por el máximo tribunal, en tanto los magistrados del máximo tribunal a cargo del ejercicio de la jurisdicción constitucional podrían revisar sentencias en materias civiles y penales correspondientes a otras salas del máximo tribunal.

Por ello, la supremacía que en la práctica existe entre la jurisdicción constitucional y el Poder Judicial no depende del modelo de jurisdicción constitucional. Ciertamente, en modelos basados en cortes constitucionales esta supremacía es evidente. Pero cuando el control concentrado se asigna a un órgano dentro del Poder Judicial, ese órgano se erige como el supremo tribunal en lo que respecta al control de constitucionalidad frente al tribunal supremo<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> La ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional a pretensiones cuyo objeto son actos administrativos normativos -reglamentos- parece basarse en el criterio según el cual tal jurisdicción debe conocer de pretensiones deducidas frente a actos estatales normativos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables. Tales pretensiones, en sentido estricto, solo podrían deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso, si el fundamento de la pretensión es la violación de la Constitución, pues los actos administrativos normativos siempre tienen rango sub-legal (incluso, cuando la potestad reglamentaria esté reconocida en la Constitución). Por ejemplo, en República Dominicana, el Tribunal Constitucional conoce de pretensiones de nulidad en contra de reglamentos (Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, lus Novum, Santo Domingo, 2011, pp. 20 y ss.). En Honduras, por el contrario, la jurisdicción constitucional conoce de pretensiones de nulidad de actos estatales normativos no sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativo (López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 332).

<sup>13</sup> La revisión de sentencias por parte de la jurisdicción constitucional admite diversas modalidades. Por ejemplo, la jurisdicción constitucional puede revisar -incluso, en consulta- sentencias definitivas dictadas por el Poder Judicial en procedimientos de amparo constitucional, como en Colombia sucede en materia de las acciones de tutela (Osuna Patiño, Néstor, et al., “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 207). Simular situación sucede en Perú, lo que ha llevado a concluir que el Poder Judicial está sometido jerárquicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional (Landa, César, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 438). Otros modelos admiten la revisión de sentencias definitivas, en materias distintas a la acción de amparo y otros mecanismos de tutela directa de derechos humanos. Por ejemplo, en República Dominicana, se admite tal revisión bajo supuestos tasados, como, por ejemplo, la violación de precedentes. Cfr.: Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, cit., p. 147.

<sup>14</sup> En Derecho Comparado, el máximo tribunal puede conocer causas en única instancia o en alzada, e incluso, por medio del recurso extraordinario de casación, por ejemplo, en materia civil. Esto implica que dentro del Poder Judicial las sentencias dictadas por el máximo tribunal no podrían ser apeladas, y son por ello, sentencias definitivas. Empero, en la medida en que la jurisdicción constitucional bajo la ampliación del control concentrado pueda conocer de pretensiones de revisión de sentencias, incluso en materia civil, entonces, la jurisdicción constitucional pasa a ser la última y máxima instancia, incluso, por sobre el máximo tribunal, pero siempre dentro del ámbito dentro del cual se admite el recurso de revisión. Si el modelo es de corte constitucional, entonces ésta ejercerá tal supremacía sobre todo el Poder Judicial, incluyendo el máximo tribunal. Pero incluso si el modelo se basa en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional a magistrados del máximo tribunal, éstos tendrán una posición de supremacía, incluso, frente a todo el tribunal. Tomemos el ejemplo de Honduras, país en el cual el control jurisdiccional se asigna a la Sala de lo Constitucional, incluso, para revisar sentencias firmes en materia penal y civil (más allá de las competencias de las Salas de lo penal y civil). Luego, la Sala de lo Constitucional ocupa una

## 2. La ampliación del objeto de la pretensión a los conflictos constitucionales

El objeto de las pretensiones deducidas ante la jurisdicción constitucional se ha ampliado más allá de actos estatales, a los conflictos constitucionales, esto es, las disputas entre órganos del Poder Público por lo que respecta a la interpretación de la Constitución<sup>15</sup>. El principio del pluralismo político inherente a la democracia constitucional aconseja que la interpretación constitucional sea plural, como corresponde a la noción de la Constitución como una norma abierta. Así, el pluralismo de la interpretación constitucional facilita el libre juego democrático en la elección del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Bajo estas consideraciones, las diferencias en cuanto a la interpretación constitucional entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y en organizaciones descentralizadas, entre los gobiernos nacionales y los gobiernos subnacionales, podrían resolverse a través de la configuración política de esos órganos por medio de elecciones.

Sin embargo, se ha atribuido a la jurisdicción constitucional la competencia de dirimir y resolver las disputas entre los órganos del Poder Público por lo que respecta a la interpretación de la Constitución, comúnmente, en lo que atañe al ejercicio de competencias previstas directamente en la Constitución. Esta ampliación permite constatar que aun cuando es posible -y deseable- que todos los órganos del Poder Público interpreten pluralmente la Constitución en el marco del principio de separación de poderes, la jurisdicción constitucional actúa como el último -que no único- intérprete, pues al decidir la

controversia constitucional, fija la interpretación única y vinculante.

Esto quiere decir que no es posible la existencia de una controversia constitucional en relación con la jurisdicción constitucional, pues esta no actúa en igualdad de condiciones respecto del resto de Poderes Públicos, lo que constituye una clara excepción al principio de separación de poderes<sup>16</sup>. Así, en realidad, si existe una discrepancia entre la interpretación constitucional adoptada por otros Poderes Públicos y la jurisdicción constitucional, prevalecerá la interpretación de esta. Incluso, observamos, respecto a los conflictos de interpretación derivados del Poder Judicial, lo que en parte ha sido una de las razones que llevaron a ampliar la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar -y anular- sentencias, como ya vimos.

## 3. La ampliación del objeto de la pretensión a la interpretación constitucional

La jurisdicción constitucional interpreta la Constitución a los fines de decidir las pretensiones deducidas ante ella, de lo cual derivan sentencias que gozan del atributo de la cosa juzgada, sea que estimen o desestimen la pretensión. Más allá de eso, una tendencia que puede apreciarse es el reconocimiento del “carácter vinculante” de la interpretación contenida en la parte motiva de la sentencia<sup>17</sup>. Esto implica que la jurisdicción constitucional crea fuentes de Derecho que, en cierto modo, se integran al bloque de la constitucionalidad, en el sentido que la Constitución debe ser interpretada en el modo indicado por la jurisdicción constitucional. Por ello, como explicamos,

---

posición de supremacía, incluso, por sobre las Salas de penal y civil, de lo cual resulta que, en los hechos, la Sala de lo Constitucional no está en el mismo nivel que el resto de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Véase en general a López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, cit.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el numeral 7 del artículo 436 de la Constitución de Ecuador atribuye a la Corte Constitucional la facultad de “dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución”. De acuerdo con la Corte Constitucional “se consideran conflictos entre órganos constitucionales todos aquellos que versen sobre competencias otorgadas directamente por la Constitución de la República. De allí que la finalidad principal del conflicto es el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia delimitada por la Carta Fundamental” (sentencia núm. 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011).

<sup>16</sup> Aun cuando esta conclusión puede responder a modelos que atribuyen la jurisdicción constitucional al Poder Judicial o a un órgano especializado, en este último caso el diseño del tribunal o corte constitucional facilita su configuración como el órgano moderador de conflictos constitucional, un rol que no puede disputarle ningún otro órgano del Poder Público, como afirma Landa, César en “La jurisdicción constitucional en Perú”, cit., p. 441. En Guatemala se ha hecho mención al “choque de trenes” por conflictos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, en la cual ésta ha ordenado a la Corte Suprema a dictar nuevos fallos (Ordóñez, Aylín, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el *Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 296).

<sup>17</sup> Por ejemplo, el artículo 15.II del Código Procesal Constitucional de Bolivia, dispone que “las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares”. El reconocimiento del carácter vinculante de los precedentes es una institución ajena a la tradición civilista de América Latina. Una excepción es Argentina, vista la configuración de la jurisdicción constitucional conforme al modelo de Estados Unidos. Véase a Sagüés, Pedro, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EE.UU. y Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 4, Número 1, julio, 2006, pp. 17 y ss.

aun cuando la democracia constitucional promueve el pluralismo en la interpretación constitucional, la jurisdicción constitucional actúa como el último -que no único- intérprete de la Constitución<sup>18</sup>.

Esto ha llevado a que algunos sistemas asignen a la jurisdicción constitucional la competencia para interpretar la Constitución, más allá de la pretensión dirigida a declarar la inconstitucionalidad de actos -o en su caso, como veremos, omisiones- del Estado. Se trata, así, de una especie de “pretensión declarativa” sobre cuál es la interpretación de determinada norma del “bloque de constitucional”, comúnmente, cuando esta presenta lagunas. Esta interpretación abstracta de la Constitución define, de manera previa, la única interpretación admisible de la Constitución, limitando por ello el pluralismo en la interpretación constitucional<sup>19</sup>.

#### 4. La ampliación del objeto de la pretensión a las omisiones legislativas

El rasgo más distintivo de la expansión de la jurisdicción constitucional es la inclusión de la inactividad estatal en el objeto de las pretensiones que pueden ser decididas, en especial, por medio de pretensiones de condena. Esta inactividad es denominada “omisiones legislativas”, aun cuando, en realidad, abarca toda abstención imputable al Poder Legislativo y, eventualmente, al Poder Ejecutivo, por lo que respecta a la (in)ejecución directa e inmediata de la constitución. Usualmente se diferencia entre omisiones relativas -cuando existe el acto estatal dictado en función a mandatos constitucionales, aun cuando este es

incompleto- y las absolutas -cuando no hay acto alguno-<sup>20</sup>. Las omisiones relativas pueden ser objeto de pretensiones de nulidad o en su caso, pretensiones de condena, mientras que las omisiones absolutas solo podrían ser objeto de pretensiones de condena. La pretensión de nulidad frente a omisiones relativas procede cuando el acto estatal cuya nulidad se pretende contiene un desarrollo incompleto de la Constitución, todo lo cual plantea un problema práctico, en tanto esa omisión parcial no puede ser subsanada con la sentencia de nulidad, que es comúnmente una sentencia constitutiva limitada solo a extinguir jurídicamente el acto. Esto ha llevado a discutir si la jurisdicción constitucional puede dictar sentencias aditivas, cuyo efecto indirecto es adicionar el contenido del acto anulado para garantizar su aplicación constitucional inmediata, situación común en caso de nulidades basadas en discriminación<sup>21</sup>.

Pero también se ha considerado si la jurisdicción constitucional podría dictar sentencias sustitutivas que modifiquen el ordenamiento jurídico creando actos, incluso, normativos. Así, en relación con las pretensiones de condena que pueden deducirse frente a las omisiones absolutas, pueden apreciarse dos supuestos. Por un lado, la sentencia de condena puede declarar la omisión, exhortando a dictar el acto debido e, incluso, indicando los lineamientos bajo los cuales este debe ser dictado, pero sin que en todo caso la jurisdicción pueda sustituirse para dictar el acto omitido<sup>22</sup>. Por el otro lado, se ha admitido que, en caso de incumplimiento, la jurisdicción constitucional podría sustituirse y dictar, así, el acto estatal debido. Es

<sup>18</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 22, 1988, pp. 8 y ss.

<sup>19</sup> Como sucede en Venezuela. Véase Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 575 y ss.

<sup>20</sup> Bazán, Víctor, *Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconventionales*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 93 y ss.

<sup>21</sup> Como regla, la sentencia que declara la nulidad genera efectos hacia el futuro, con lo cual se trata de una sentencia constitutiva (aun cuando excepcionalmente puede generar efectos retroactivos, caso en el cual sería una sentencia declarativa). Pero en todo caso, la sentencia de nulidad extingue jurídicamente el acto estatal anulado, pero no modifica directamente el ordenamiento jurídico, siendo que las omisiones requieren, precisamente, modificar tal ordenamiento para suplir la inactividad. Sin embargo, los efectos de la sentencia de nulidad que sea auto-aplicativa (esto es, que no requiera de actuaciones posteriores de creación de actos estatales) puede ampliar el ordenamiento jurídico. Véase en general a Díaz Revorio, Francisco, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad, análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 170 y ss. En América Latina, se ha señalado que las sentencias aditivas son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de normas por haber omitido el desarrollo normativo de determinada materia, de lo cual resulta que la anulación no se orienta a extinguir efectos normativos sino a crear -o adicionar- tales efectos normativos. Véase a Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 593. Por ejemplo, la sentencia que anula la norma que prevé ciertos derechos solo para el grupo “A”, por discriminación en contra del grupo “B”, tiene efectos aditivos en la medida que la nulidad derive en la aplicación de norma, por igual, a los grupos “A” y “B”. Por ejemplo, el Derecho Constitucional de República Dominicana reconoce que la sentencia de nulidad puede derivar en sentencias aditivas (Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, cit., pp. 125 y ss.).

<sup>22</sup> Este supuesto, en realidad, va más allá de las omisiones, pues en general, las sentencias de la jurisdicción constitucional pueden contener exhortos al legislador, como resultado del carácter vinculante de sus interpretaciones, e incluso, modificaciones indirectas al ordenamiento jurídico. Este efecto -que vas más allá del rol de “legislador negativo”- es resultado de la necesidad de evitar lagunas en el ordenamiento jurídico y promover su interpretación conforme a la Constitución, en lo que suele referirse como “sentencias interpretativas”, que en ciertos casos pueden manipular el ordenamiento jurídico, en las llamadas “sentencias manipulativas”. Vid.: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconventionales*, cit., pp. 182 y ss.

en este último caso en el cual se ha venido hablando, en especial, de la jurisdicción constitucional como legislador positivo<sup>23</sup>.

### 5. La ampliación de la jurisdicción constitucional a funciones de control no atadas a pretensiones

La jurisdicción constitucional también asume funciones de control que no parten de la formulación de pretensiones procesales. Así, a nivel comparado, puede apreciarse cómo la jurisdicción constitucional puede controlar previamente proyectos de Ley aprobados por el Poder Legislativo, comúnmente, a requerimiento del Ejecutivo. Otro ejemplo es el control que realiza sobre decretos de estado de excepción, igualmente, a requerimiento del Poder Ejecutivo. Se trata de funciones no jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, en tanto no dependen de la formulación de pretensiones procesales<sup>24</sup>.

### 6. La ampliación de la jurisdicción constitucional y el sistema mixto

La ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional, que en sus trazos generales ha sido sistematizada a partir del estudio comparado, ha operado en el así llamado control concentrado, esto es, la jurisdicción constitucional ejercida por un órgano para declarar la contradicción o violación al bloque de la constitucionalidad. La jurisdicción constitucional bajo esta modalidad concentrada puede ser ejercida por el Poder Judicial -el máximo tribunal- o por un órgano especial -el tribunal constitucional-. Desde el punto de vista del Derecho Procesal, en todo caso, el rasgo distintivo es el contenido y alcance de la jurisdicción constitucional concentrada, y no tanto el órgano que ejerce esa jurisdicción.

En tal sentido, en América Latina puede apreciarse la ampliación progresiva del control concentrado de la jurisdicción constitucional, pues de un control limitado a conocer de pretensiones de nulidad en contra de Leyes dictadas por el Poder Legislativo, se ha pasado

a un modelo en el cual el control concentrado se extiende a otros actos estatales, incluyendo actos de reforma constitucional, actos administrativos y revisión de sentencias; conflictos constitucionales; omisiones legislativas; interpretaciones constitucionales e, incluso, controles no jurisdiccionales.

La ampliación no ha sido uniforme. Así, mientras países como Chile mantienen un modelo más próximo al control concentrado en sentido tradicional del “legislador negativo”, otros países como Venezuela han ampliado notablemente el ámbito de la jurisdicción en lo que se ha denominado “legislador positivo”<sup>25</sup>.

A ello se le agrega la existencia de ordenamientos jurídicos en América Latina que, junto con el control concentrado, también reconocen el control difuso, en el así llamado modelo mixto. Este modelo mixto puede basarse en la ampliación del control concentrado, de lo cual resulta un ámbito ciertamente extenso de la jurisdicción constitucional. De ello resulta que la expresión más notable de la expansión de la jurisdicción constitucional es aquella en la cual se reconoce el control difuso junto con el control concentrado ampliado<sup>26</sup>.

### 7. A modo de recapitulación: la escala de la jurisdicción constitucional y la tentación autoritaria

El apretado resumen de esta sección permite formular la siguiente escala del ámbito de la jurisdicción constitucional, según la amplitud que esta pueda tener, de menor a mayor:

- El modelo en el cual la jurisdicción constitucional tiene un alcance más limitado, es aquel en el cual solo se reconoce el control difuso, como sería el caso de Argentina. La limitación de este control está determinada por varios factores, a saber, (i) la cuestión de constitucionalidad solo puede plantearse incidentalmente; (ii) la jurisdicción no tiene el poder de anular actos, sino de desaplicar actos estatales que, en función al caso concreto, colidan con la

<sup>23</sup> El Derecho Constitucional de Venezuela ha reconocido que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar omisiones legislativas absolutas, puede sustituirse en la omisión, por ejemplo, para designar funcionarios que el Poder Legislativo debe designar. En casos como éste se emplea la expresión “legislador positivo”. Véase: Urosa, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 71 y ss. Desde el punto de vista comparado, véase a Brewer-Carías, Allan (editor), *Constitutional courts as positive legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

<sup>24</sup> Una materia en la cual esta función de control se ha desarrollado es respecto de la declaratoria de estados de excepción. Por ejemplo, en Ecuador, el artículo 436.8 atribuye a la Corte Constitucional la competencia para “efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”.

<sup>25</sup> Véase: Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, 1996; Fix-Zamudio, Héctor, “Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante. Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, pp. 201 y ss., y García Belaunde, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, 2004.

<sup>26</sup> García Belaunde, Diego, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en *Advocatus* núm. 1, 1988, pp. 65 y ss.

Constitución; (iii) los efectos de la decisión son solo entre las partes, y (iv) el ejercicio de la jurisdicción está dividido en todos los órganos del Poder Judicial<sup>27</sup>.

- El siguiente modelo es aquel en el cual solo se reconoce el control concentrado, pero asumido en términos más cercanos a la propuesta de Kelsen. La expresión “legislador negativo” que hemos empleado ciertamente gráfica, pero no es del todo exacta, pues incluso en modelos en los cuales el control concentrado se limita al poder de anular actos estatales, la jurisdicción constitucional puede ir “más allá”, por ejemplo, al dictar sentencias anulatorias auto-aplicativas con efectos aditivos; al emitir precedentes vinculantes o al revivir normas derogadas. Como ejemplo de modelos que solo reconocen la jurisdicción constitucional en un sentido tradicional, podemos citar como ejemplo a Chile<sup>28</sup>.
- El modelo mixto, que combina el control concentrado en sentido tradicional con el control concentrado circunscrito a la pretensión de nulidad de Leyes, sería el siguiente modelo en cuanto a la extensión del ámbito de control. El ejemplo de Chile -antes de la reforma de 2005- podría ilustrar este modelo, en tanto el control difuso coexistía con el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, con rasgos más próximos al modelo tradicional circunscrito a la pretensión de nulidad<sup>29</sup>.
- A continuación, encontramos los modelos de control concentrado en los cuales el ámbito de la jurisdicción, en especial, en cuanto a las pretensiones que pueden ser deducidas frente a ella, va más allá de la declaratoria de nulidad de actos estatales. Este control ampliado ha sido en ocasiones equiparado a la jurisdicción constitucional actuando como “legislador positivo”, que es igualmente una expresión gráfica que, sin embargo, puede no ser rigurosa, pues como vimos, incluso en el modelo tradicional de control concentrado limitado a la pretensión de nulidad, la jurisdicción puede ir más allá de la simple supresión jurídica del acto estatal anulado. El ejemplo más

notable en la región, sin duda, es Venezuela, pues luego de la Constitución de 1999 la jurisdicción constitucional ha ampliado considerablemente su ámbito<sup>30</sup>.

- La ampliación del control concentrado debe caracterizarse en función a la posibilidad de deducir pretensiones que van más allá de la nulidad de actos estatales. De acuerdo con lo explicado, esta ampliación responde a grados, que pueden ir de casos en los cuales el catálogo de pretensiones se amplía a alguno de los supuestos antes explicados, o casos en los cuales el catálogo de pretensiones se ha ampliado a todos los supuestos antes mencionados. Por ejemplo, en República Dominicana puede observarse la ampliación a algunas de esas pretensiones (en especial, en caso de omisiones legislativas parciales y revisión de sentencias), mientras que en Venezuela puede observarse la ampliación a todas las pretensiones mencionadas, como reflejo de las transformaciones del Derecho Constitucional en la región<sup>31</sup>.
- Finalmente, el modelo de jurisdicción constitucional más amplio es aquel que combina el control difuso con el control concentrado ampliado, como sucede precisamente con el ejemplo de Venezuela.

Esta escala es meramente ilustrativa y lo cierto es que, al examinar modelos en particular, podrán apreciarse rasgos más bien heterogéneos. Además, hay otros factores que pueden ampliar o reducir el ámbito de la jurisdicción constitucional, como en concreto sucede con la regulación de los procesos constitucionales y la legitimación activa, que, en el caso de la llamada acción popular, amplía -en la práctica- el alcance de la jurisdicción. El propósito de esta escala es más bien ilustrar cómo la jurisdicción constitucional, en América Latina -y más allá, incluso- ha ido extendiendo progresivamente su alcance.

La expansión del ámbito material de la jurisdicción constitucional, especialmente, en lo que respecta al control concentrado, no es una condición

<sup>27</sup> Bazán, Víctor, “La jurisdicción constitucional en Argentina”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 35 y ss.

<sup>28</sup> Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 153 y ss.

<sup>29</sup> Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, cit., p. 177.

<sup>30</sup> Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, cit.

<sup>31</sup> En términos generales, esta ampliación es un rasgo que puede apreciarse en las Constituciones más recientes. Ello refleja la transformación del Derecho Constitucional en la región, que, de un modelo similar a la Constitución de Estados Unidos, avanzó hacia un modelo constitucional con mayores cometidos estatales, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Véase a Elkins, Zachary, et al., *The endurance of national constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 26 y ss., y Gargarella, Rafael, *Latin American*

intrínsecamente adversa al Estado de Derecho. Empero, tampoco esa expansión implica, necesariamente, una mayor calidad del Estado de Derecho. Así, la visión según la cual la jurisdicción constitucional es el guardián jurídico de la Constitución, podría llevar a juzgar, como favorable, la ampliación del ámbito de la jurisdicción: a mayor amplitud, mayor sería la calidad del control de la Constitución. Sin embargo, esta visión no toma en cuenta que la jurisdicción constitucional es una excepción al principio de separación de poderes que, como tal, puede degenerar en rasgos autoritarios, o sea, en resultados adversos al Estado de Derecho.

En efecto, más allá del tipo de modelo, lo cierto es que la jurisdicción constitucional se caracteriza por la atribución de la potestad de fijar interpretaciones definitivas a la Constitución. No cabe afirmar, en ningún modelo de jurisdicción constitucional, que esta es la única interprete de la Constitución. En realidad, todas las personas y todos los Poderes Públicos interpretan la Constitución, siendo que el principio de pluralismo político favorece la diversidad de interpretaciones de la Constitución, lo que propende a su apertura. Empero, la jurisdicción constitucional tiene el poder único de fijar interpretaciones definitivas de la Constitución. Así, si en un juicio las partes tienen interpretaciones disímiles de la Constitución, prevalecerá la interpretación del juez en ejercicio del control difuso. Si el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo discrepan en la interpretación de la Constitución, prevalecerá la interpretación de la jurisdicción constitucional, por ejemplo, mediante la resolución de conflictos de competencia. Si existe discrepancia entre el Poder Legislativo y los ciudadanos, o incluso, entre fracciones políticas del Poder Legislativo, sobre cómo debe interpretarse la Constitución, prevalecerá la interpretación de la jurisdicción constitucional en ejercicio del control concentrado -tradicional o ampliado. Por ello, Cappelletti calificó como “formidable” el poder de la jurisdicción constitucional<sup>32</sup>.

El “formidable” poder de esta jurisdicción permite comprobar que la tentación autoritaria tiene dos aristas. Por un lado, encontramos la tentación del Poder Ejecutivo y Legislativo de tomar control sobre la jurisdicción constitucional, para inhibir su actuación o en su caso, para utilizarla a los fines de imponer medidas autoritarias. La segunda arista es, precisamente, el ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional en una transición gradual hacia el autoritarismo. La ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional fortalece este formidable poder, extendiendo incentivos para tomar control político o para el ejercicio autoritario de la jurisdicción.

Para el caso de América Latina, debe observarse cómo la evolución del Derecho Constitucional transformador se ha traducido en la expansión normativa de la Constitución, que suele abarcar cada vez mayores materias, especialmente, en lo que respecta a las cláusulas económicas de la Constitución y el reconocimiento de derechos económicos, culturales, sociales y ambientales<sup>33</sup>. Esta expansión de la Constitución se ha traducido en la progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico, incluso, en relación con el Derecho Privado. Esta expansión sustantiva de la Constitución promueve la expansión material del ámbito de la jurisdicción constitucional.

Pero lo anterior no quiere decir que la opción contraria basada en el diseño institucional que limita al máximo el ámbito de la jurisdicción constitucional sea necesariamente favorable al Estado de Derecho. Una jurisdicción constitucional en exceso limitada puede verse impedida de cumplir su rol de garante de la Constitución, todo lo cual podrá crear incentivos para el ejercicio autoritario del poder.

Como se observa, más allá de tratar de llegar a resultados cerrados en cuanto a juzgar como favorable o desfavorable la ampliación material de la jurisdicción constitucional descrita en esta sección, el interés se centra en el estudio de los riesgos que tal expansión tiene para el Estado de Derecho, medido en términos de los incentivos que derivan de tal expansión para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional<sup>34</sup>.

Esto permite visualizar cuatro grandes supuestos:

**Tabla 1**  
**Modelo de jurisdicción constitucional**

Fortaleza	Justicia constitucional al servicio del autoritarismo: constitucionalismo autoritario	Justicia constitucional balanceada: democracia constitucional
	Justicia constitucional débil	Justicia constitucional inefectiva
	Variable constitucional	

Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

<sup>32</sup> Cappelletti, Mauro, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en Revista de Estudios Políticos núm. 13, 1980, pp. 61 y ss.

<sup>33</sup> De las diez Constituciones con más derechos, cinco corresponden a países de América Latina, encabezando la lista Ecuador y Bolivia. Véase: <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>

<sup>34</sup> En Derecho Comparado se ha debatido en torno a las ventajas y desventajas de modelos fuertes o débiles de jurisdicción constitucional, en función a su ámbito material. Cfr.: Mark Tushnet, Weak Courts, Strong Rights, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 18 y ss.

La fortaleza de la jurisdicción constitucional mide su ámbito material, mientras que la variable constitucional determina la capacidad de la jurisdicción constitucional de garantizar el efectivo funcionamiento de la democracia constitucional, proscribiendo manifestaciones autoritarias, incluso, de gobiernos electos, mediante la llamada “tiranía de la mayoría”. Como se observa, el modelo óptimo es aquel en el cual hay un balance entre el ámbito de la jurisdicción constitucional y de la democracia constitucional. Ese balance puede romperse en tres supuestos: (i) modelos de jurisdicción constitucional débiles, que creen incentivos para el ejercicio autoritario del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo; (ii) modelos de jurisdicción constitucional ineficaces, pues a pesar del marco institucional, no tienen capacidad para prevenir el ejercicio autoritario del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, y (iii) modelos de jurisdicción constitucional al servicio del autoritarismo, cuando la ampliación de su ámbito material no está acompañado de adecuados mecanismos de balance y moderación de tal poder.

Este último caso puede ser resultado de la captura de la jurisdicción constitucional por la mayoría política que el Gobierno de turno puede tener, en determinado momento, en el Poder Legislativo. Así, para reducir el alcance del control sobre el bloque de constitucionalidad, e incluso, para avalar medidas autoritarias por medio de la jurisdicción constitucional, el órgano a cargo de su ejercicio -sea que se trate del máximo tribunal o de una corte constitucional- puede ser “reorganizado” para reducir su autonomía. Mientras mayor sea el poder de la jurisdicción constitucional, mayores serán los incentivos para su captura política, en tanto ello puede proteger a Gobiernos autoritarios frente a posibles derrotas electorales o eventuales pérdidas de control político sobre el Poder Legislativo. Por ello, como explicamos, el primer esfuerzo debe dirigirse a proteger la independencia de la jurisdicción constitucional frente al resto de Poderes Públicos.

En resumen, la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional en América Latina genera riesgos de desviaciones autoritarias, en tanto la jurisdicción constitucional trastoca el principio de separación de poderes. Así, sea que se trate de modelos de organización dentro del Poder Judicial o en cortes o tribunales constitucionales, la jurisdicción constitucional se erige como el último -que no único- intérprete de la Constitución, a la cual se subordinan, directa o indirectamente, el resto de los Poderes Públicos. Esta concentración de funciones puede generar incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional

o para su captura por el Poder Ejecutivo, que serán mayores mientras mayor sea el ámbito de tal jurisdicción, como explicamos a seguidas.

## II. La ampliación de la Jurisdicción Constitucional y el Derecho Constitucional autoritario-populista

Las instituciones del Derecho Constitucional no operan en el vacío, sino que ellas son influenciadas por el entorno político, social, económico y cultural, que a su vez incide sobre tales instituciones. Esto explica por qué instituciones similares pueden dar resultados distintos. Como vimos, América Latina al inicio de su independencia asumió un modelo constitucional similar al de Estados Unidos, a pesar de lo cual el desempeño de los nacientes Estados en la región fue distinto al desempeño de Estados Unidos.

Por ello, en América Latina se ha señalado que las instituciones son frágiles<sup>35</sup>, en el sentido que las reglas jurídicas -comenzando por la Constitución- suelen ser deficientemente aplicadas, todo lo cual da lugar a brechas entre el ámbito de iure dominado por el ordenamiento jurídico, y el ámbito de facto, caracterizado por la implementación práctica del ordenamiento jurídico y las reglas informales que pueden surgir en sustitución de las reglas formales que no se cumplen.

La fragilidad institucional en América Latina es un llamado de atención, pues los riesgos de indebidos diseños institucionales pueden derivar en desviaciones contrarias a los principios de la democracia constitucional. Esta advertencia fue formulada por Madison, al recordar que debido al sesgo autoritario, abusivo u oportunista de la conducta humana -resumido en la frase “los hombres no son ángeles”- era preciso crear instituciones que frenen ese sesgo autoritario. Fallas en el diseño institucional, por ende, pueden crear incentivos para conductas autoritarias, abusivas u oportunistas. Ello explica las reservas que, bajo la tradicional concepción del Derecho Constitucional centrado en la defensa de la libertad -de acuerdo con los postulados de Locke- generan las instituciones que concentran poderes. La concentración de poderes es una falla de diseño institucional que eleva los riesgos de la tentación autoritaria, como por ejemplo ha sido apreciado en América Latina ante el abuso de los estados de excepción, incluso, en el marco de la pandemia de la COVID-19<sup>36</sup>.

Precisamente, la ampliación de la jurisdicción constitucional, explicada en la sección anterior, es una falla de diseño institucional pues concentra poderes

<sup>35</sup> Brinks, Daniel *et al.*, *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11 y ss. Recientemente se ha publicado una traducción al español (*La Ley y la trampa en América Latina*, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2021).

<sup>36</sup> Seguimos lo señalado en Hernández G, José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público*, No 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

en la jurisdicción constitucional, con el formidable poder de modificar -directa o indirectamente- todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el ordenamiento constitucional. Tal ampliación crea incentivos para el indebido uso de la jurisdicción constitucional por regímenes autoritarios que actúan al socaire de formas constitucionales. Esta es la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que será mayor mientras más amplio sea el control a cargo de tal jurisdicción.

## 1. Introducción al Derecho Constitucional autoritario y al Derecho Constitucional autoritario -populista

Siguiendo el concepto de Juan Linz, puede definirse al autoritarismo como el régimen político con limitado pluralismo y sin mecanismos efectivos de exigir y hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios. Los regímenes autoritarios no tienen una ideología elaborada, ni instituciones específicas. Por ello, las notas distintivas de los regímenes autoritarios dependen del ejercicio del poder público, que se efectúa al margen del pluralismo político y sin límites efectivos<sup>37</sup>.

Este concepto, que en realidad se contrapone al de democracia constitucional, admite diversas gradaciones. Por ello, la doctrina (entre otros, Levitsky) ha observado que pueden existir formas de gobierno híbrido, que combinan elementos de la democracia constitucional con elementos autoritarios. Se trata de los regímenes híbridos, en ocasiones denominados autoritarismos competitivos, en tanto se apoyan en elecciones formales que aun cuando reconocen cierto espacio al pluralismo político, no suponen riesgos ciertos a la permanencia en el poder del gobierno autoritario. Estos regímenes mixtos suelen ser el resultado de transiciones en dos sentidos que conviene diferenciar: transiciones desde el autoritarismo a la democracia constitucional, o transiciones desde la democracia constitucional al autoritarismo<sup>38</sup>. En este último caso se habla de regresiones democráticas -un concepto similar a la "ruptura del orden democrático" reconocida en la Carta Democrática Interamericana-.

Ahora bien, estos regímenes mixtos, así como se apoyan de las formas electorales para consolidar su poder, pueden también apoyarse de las formas

constitucionales. Durante buena parte del siglo XX imperó la idea de que los regímenes autoritarios surgían de movimientos abruptos -y violentos- en contra de gobiernos electos. Pero hacia finales del siglo XX, y, sobre todo, en el presente siglo, ha quedado en evidencia que la democracia constitucional también está en riesgo frente a los gobiernos democráticos, que pueden asumir medidas autoritarias. Como señalan Levitsky y Ziblatt, las democracias "pueden morir" a mano de los ganadores, o sea, de los gobiernos democráticamente electos<sup>39</sup>.

Es por ello que el autoritarismo debe asociarse al ejercicio del poder y no a la forma de gobierno. Tal enfoque permite estudiar mejor a los gobiernos democráticos que, dentro de las formas constitucionales, adoptan medidas autoritarias. Tushnet empleó la expresión "Derecho Constitucional autoritario" para describir esta realidad<sup>40</sup>.

Así, el Derecho Constitucional se ha caracterizado por incluir componentes formales en función a los procedimientos a través de los cuales se ejerce el poder público y las formas de los actos dictados en ejercicio de tal poder. Las formas en la democracia constitucional cumplen un fin instrumental en la defensa de la libertad, pero en los regímenes híbridos, las formas pueden encubrir violaciones a la libertad. Tal es la nota distintiva del Derecho Constitucional autoritario, el cual puede ser definido como el conjunto de formas constitucionales a través de los cuales gobiernos democráticos -o con apariencia democrática- ejercen el poder público de manera autoritaria. Así, las medidas autoritarias son resultado de leyes, decretos y, de manera especial, sentencias de la jurisdicción constitucional.

Esto último ha llevado a prestar atención al rol del Poder Judicial y, en especial, de la jurisdicción constitucional, en el avance del Derecho Constitucional autoritario. Puede emplearse la expresión "autoritarismo judicial" para describir el rol de las cortes, pero, en especial, de la jurisdicción constitucional, en la adopción de formas constitucionales con contenido autoritario. La jurisdicción constitucional, lejos de actuar como el guardián de la Constitución, puede actuar para avalar y avanzar en la violación de la Constitución, pero a través de las formas propias de los procesos y procedimientos constitucionales<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Linz, Juan, *Totalitarian and authoritarian regimes. With a major new introduction*, Lynne, Rienner Publishers, Boulder 2000, pp. 49 y ss.

<sup>38</sup> Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Competitive authoritarianism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 5 y ss.

<sup>39</sup> Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nueva York, 2018, pp. 8 y 91. Véase también Diamond, Larry, *Ill Winds*, Penguin Press, Nueva York, 2019, p. 55 y ss., y Rouquié, Alain *A la sombra de las dictaduras*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, pp. 191 y ss.

<sup>40</sup> Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", y Tushnet, Mark "Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues", en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

<sup>41</sup> Urosa Maggi, Daniela, *El rol de la justicia constitucional en democracias constitucionales bajo regímenes autoritarios*, 2018. Véase en especial a Ginsburg, Tom, y Tamir, Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 1 y ss.

Más recientemente, Norris e Inglehart han propuesto estudiar una modalidad especial de autoritarismo: el autoritarismo populista. El sentido de la expresión “populista” ha sido altamente debatida, con diversas -y en ocasiones, contradictorias- definiciones. En América Latina ha imperado una visión peyorativa, que asocia al populismo con una degeneración democrática. Siguiendo a los autores mencionados, sin embargo, preferimos emplear una noción neutra -y más exacta- de populismo, como la retórica basada en la exaltación de la voluntad popular, en especial, frente a las élites o grupos dentro de la sociedad. La retórica populista enfatiza el principio de soberanía popular, lo que puede realizarse con dos propósitos muy distintos: promover la inclusión y el pluralismo (en sociedades desiguales, en las cuales solo un reducido grupo ejerce derechos políticos), o promover la exclusión y la concentración de poder. En este último caso se emplea la expresión “autoritarismo populista”<sup>42</sup>.

Así, la nota distintiva del autoritarismo populista es que la retórica populista es empleada para justificar medidas autoritarias, comúnmente, ante la necesidad de proteger al pueblo de “amenazas” de ciertos grupos, como la oposición democrática, el sector económico privado e, incluso, la migración.

Esta retórica puede reflejarse en actos del poder público dictados bajo las formas constitucionales, incluso, por parte de la jurisdicción constitucional. Tomando en cuenta todo lo anterior, hemos propuesto hablar del “Derecho Constitucional autoritario-populista” para describir los regímenes autoritarios basados en la retórica populista empleada como justificación de actos dictados bajo formas constitucionales como leyes, decretos y sentencias, en especial, de la jurisdicción constitucional<sup>43</sup>.

## **2. La ampliación de la jurisdicción constitucional y el Derecho Constitucional autoritario-populista**

La justificación clásica del principio de separación de poderes se basa en el reconocimiento del sesgo autoritario del ser humano. Cuando el principio de igualdad entre todas las personas se rompe mediante el acceso al ejercicio de Gobierno, el sesgo autoritario representa un claro riesgo de ejercicio abusivo del poder público. Con lo cual, el principio de separación de poderes y, en general, los principios de la democracia constitucional, previenen que grupos de la sociedad puedan imponer su dominación sobre otros -de lo que resulta que el Estado asume el monopolio legítimo de la violencia-. También, el principio de separación de poderes crea obstáculos para impedir que quienes han accedido al poder, puedan abusar de este. La democracia constitucional, por ende, debe prevenir toda conducta autoritaria, incluso, aquella basada en una concepción cuantitativa de la democracia electoral, en las así llamadas “tiranías de la mayoría”<sup>44</sup>. La jurisdicción constitucional, precisamente, fue concebida como contrapeso a la mayoría política del Poder Legislativo, y, por ende, como un mecanismo de protección de las minorías frente a las mayorías<sup>45</sup>.

Ahora bien, partiendo del paradigma del sesgo autoritario, puede deducirse que el diseño institucional del principio de separación de poderes puede contener fallas que generen incentivos para el ejercicio autoritario del poder. Esas fallas se asocian a la fragilidad de la separación de poderes y el principio de pesos y contrapesos, en especial, cuando se concentran funciones en un solo órgano. Sin controles efectivos, los funcionarios tendrán incentivos para abusar del poder mediante medidas autoritarias. La principal lección de lo anterior es que el Derecho Constitucional debe prestar atención a fallas en el diseño institucional o en la implementación del principio de separación de poderes, que puedan degenerar en el ejercicio autoritario del poder bajo formas constitucionales, o sea, en el Derecho Constitucional autoritario.

<sup>42</sup> Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 3 y ss., y 65 y ss. Sobre el impacto del populismo en el Derecho Constitucional, recientemente, puede verse a Brewer-Carías, Allan (editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

<sup>43</sup> Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, 2018, en <http://www.icconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience>

<sup>44</sup> Por ello, la democracia constitucional, como se reconoce en la Carta Democrática Interamericana, no se limita solo a los orígenes democráticos de gobiernos electos, sino también, al ejercicio democrático del poder. Ello parte de una concepción pluridimensional de la democracia. Véase a Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 25 y ss., y p. 80.

<sup>45</sup> Como referencia general, podemos citar a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 197 y ss. Véase también a Casal, Jesús María, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 105 y ss. Por ello, el carácter normativo de la Constitución y su supremacía, son garantías fundamentales de la democracia constitucional, Vid.: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 39 y ss.

La jurisdicción constitucional, al concentrar poderes y debilitar el principio de separación de poderes, genera riesgos autoritarios. Esta ha sido una de las principales objeciones al control jurídico de la Constitución, en contraposición al control político. La causa de este riesgo es el “poder formidable” que tiene la jurisdicción constitucional en su rol de intérprete último -que no único- de la Constitución, en tanto ello determina la supremacía de la jurisdicción constitucional sobre el resto de los Poderes Públicos. Tal riesgo será mayor mientras mayor sea el ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional. Por lo anterior, la ampliación de las pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción constitucional y la consecuente ampliación de sus facultades, elevan los riesgos de que tal jurisdicción sea empleada para adoptar medidas autoritarias: mientras mayor es la judicialización de la política, mayor es el riesgo de politización de la justicia<sup>46</sup>.

Aquí es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la jurisdicción constitucional, debido a la amplitud de sus funciones, interfiere negativamente en el funcionamiento de la democracia constitucional, en especial, mermando el principio de pluralismo político. Este supuesto puede calificarse como “activismo judicial”, en la medida en que la jurisdicción constitucional se excede en el ejercicio de sus atribuciones sustituyéndose indebidamente en el Poder Legislativo y Ejecutivo. En parte, este es el riesgo al cual alude la frase “judicialización de la política”.

La segunda situación, que es la que constituye el objeto principal de interés, es el uso de la jurisdicción constitucional por regímenes híbridos, o sea, autoritarismos competitivos que “reorganizan” al órgano a cargo de la jurisdicción constitucional mermando su independencia. Tal proceder convierte a la jurisdicción constitucional en instrumento del autoritarismo, reduciendo -y eventualmente, impidiendo- espacios de pluralismo político. Este efecto, observamos, puede alcanzarse no solo cuando la jurisdicción constitucional se abstiene de ejercer sus funciones de control para permitir o tolerar el ejercicio autoritario del poder, sino, además, cuando tal jurisdicción ejerce sus funciones para adoptar medidas autoritarias contrarias al pluralismo. A ello responde la frase “politización de la justicia”.

De esa manera, la “tentación autoritaria” de la jurisdicción constitucional describe los incentivos para el control político de tal jurisdicción y la adopción de

medidas autoritarias. Mientras mayor sea el ámbito de poderes de la jurisdicción constitucional, mayor concentración de poderes existirá y, por ende, mayores serán los incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional.

Bajo esta perspectiva, la expansión del ámbito de la jurisdicción constitucional explicada en la sección anterior no es necesariamente sinónimo de mayor calidad en la garantía de la Constitución. Por el contrario, esta ampliación en el control concentrado evidencia la acumulación de poderes en la jurisdicción constitucional y la reconfiguración del principio de separación de poderes, todo lo cual crea incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional. Por ello, como se explicó, uno de los rasgos distintivos del autoritarismo judicial es, precisamente, el rol de la jurisdicción constitucional en la adopción de medidas autoritarias que, sin embargo, cumplen las formalidades del Derecho Constitucional.

La ampliación de funciones de la jurisdicción constitucional de control concentrado, y en términos descriptivos, el tránsito de la jurisdicción constitucional como legislador negativo a la jurisdicción constitucional como legislador positivo, implica una transformación importante del principio de separación de poderes. Con independencia de la naturaleza del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional -el máximo tribunal en el Poder Judicial o el tribunal constitucional- lo cierto es que esta ampliación ha convertido al órgano a cargo del control concentrado en el primero de todos los poderes públicos, al cual todos los demás poderes se someten. Esta ampliación, incluso, puede no responder a reformas constitucionales sino a la interpretación de la Constitución por medio de la cual la jurisdicción constitucional se “auto-atribuye” competencias. El principio kompetenz-kompetenz determina que la jurisdicción constitucional puede valorar el alcance de sus competencias, con la particularidad de que ello podrá hacerlo en su rol de último intérprete de la Constitución.

Los riesgos autoritarios derivados de la ampliación del control concentrado son incluso mayores en los regímenes autoritario-populistas, en la medida en que la retórica populista sea empleada como criterio de interpretación constitucional. Bajo esta retórica, la Constitución no es el pacto de libertad al cual se refirió Locke, sino es el pacto llamado a la protección del “pueblo” frente a las élites que, indebidamente, usurpan la soberanía popular. A nivel comparado,

<sup>46</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 559 y ss.

uno de los mejores ejemplos de interpretaciones constitucionales autoritario-populistas es Venezuela, pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adoptó la interpretación de la Constitución basada en el menoscabo de las libertades individuales como mecanismo de supuesta protección del pueblo, tal y como ha resumido Allan R. Brewer-Carías<sup>47</sup>.

De esa manera, la ampliación del ámbito material del control concentrado de la Constitución eleva los riesgos de que la jurisdicción constitucional sea ejercida para imponer medidas autoritarias, más allá de su apariencia constitucional. Esto genera incentivos para lograr el control político del órgano a cargo del ejercicio de esa jurisdicción, o en su caso, de la mayoría de los magistrados necesarios para adoptar decisiones. Si la intervención política del Poder Judicial es un riesgo a la separación de poderes -citando a Hamilton- la intervención política de la jurisdicción constitucional es un riesgo todavía mayor, que será más importante mientras mayor amplitud tenga tal jurisdicción. Con lo cual, mientras más amplio sea el ámbito material de la jurisdicción constitucional, mayores serán los incentivos para el ejercicio autoritario de tal jurisdicción y su control político.

Es por ello que la tentación autoritaria de los otros Poderes Públicos de controlar políticamente a la jurisdicción constitucional, existe en modelos de control concentrado tradicional, pues incluso bajo este reducido ámbito, tal control resulta en poderes formidables. De allí que el primer riesgo que debe atenderse no es en cuanto al ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional -la judicialización de la política- sino en cuanto a los intentos del Poder Legislativo y Ejecutivo de tomar control de la jurisdicción constitucional -politización de la justicia-.

### **3. Algunas reformas institucionales que pueden reducir los riesgos de la ampliación de la jurisdicción constitucional**

La jurisdicción constitucional, a nivel comparado, puede beneficiarse de una de las conclusiones básicas estudiada en políticas públicas, de acuerdo con la cual una misma institución puede dar lugar a resultados distintos de acuerdo con las características del ambiente en el cual esa institución es implementada. Por ello, el Derecho Constitucional Comparado no puede limitarse solo al estudio de las instituciones formales -la Constitución escrita- sino que, además, debe tomar

en cuenta cómo esas instituciones son aplicadas, pues ello puede conducir a resultados distintos en términos de la calidad de la democracia constitucional.

Esto quiere decir que el riesgo autoritario de la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional puede producir resultados distintos de acuerdo con las características de cada Estado. En el caso de Venezuela, el progresivo declive político, económico y social elevó los incentivos para el uso autoritario de la ampliada jurisdicción constitucional, lo cual quiere decir que, bajo condiciones distintas, el sesgo autoritario ha podido ser menor. Lo importante de esta observación es resaltar que la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional no puede valorarse desde el binomio llamado a determinar si tal ampliación es favorable o desfavorable. El enfoque de este ensayo es que tal ampliación genera riesgos autoritarios que, de acuerdo con las características de cada Estado, podrán generar mayores o menores incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional. Con lo cual, ante ese riesgo, es fundamental reducir los incentivos para ese uso arbitrario, a través del diseño institucional del órgano a cargo de la jurisdicción constitucional.

Esta observación es pertinente tomando en cuenta la fragilidad institucional en América Latina, lo que se traduce en fallas en la implementación del marco institucional de la democracia institucional, mediante el surgimiento de instituciones informales que, eventualmente, pueden desviarse hacia fines autoritarios. Venezuela es, de nuevo, el mejor ejemplo: si el análisis se limita solo a las instituciones formales -la Constitución de 1999- la conclusión debería ser que Venezuela cuenta con un sólido sistema de democracia institucional; pero en la práctica, debido a la fragilidad institucional, Venezuela ocupa el último lugar en la medición del Estado de Derecho en el *Rule of Law Index*. La diferencia entre las instituciones formales -ámbito de *iure*- y las instituciones informales -ámbito de *facto*- demuestra que el riesgo autoritario de la ampliación de la jurisdicción constitucional es mayor en condiciones de fragilidad institucional, como las que imperan en la región y que pueden permitir que, a través de interpretaciones constitucionales autoritarias, se creen instituciones informales que prevalecen sobre las instituciones formales de la Constitución escrita. Tushnet llama a esa patología "constitutional hardball", lo que podría traducirse como ilegítimas mutaciones constitucionales creadas por la jurisdicción constitucional en interpretaciones autoritarias de la Constitución<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Brewer-Carías, Allan, Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 52 y ss.

<sup>48</sup> Tushnet, Mark, "Constitutional hardball. (Marbury v. Madison and Judicial Review: Legitimacy, Tyranny and Democracy)", en John Marshall Law Review, núm. 37(2), 2004, pp. 523 y ss.

De todo lo anterior surgen dos conclusiones. La primera conclusión es que la ampliación gradual del ámbito material de la jurisdicción constitucional, especialmente en lo que respecta al control concentrado, genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción, como una especial modalidad del Derecho Constitucional autoritario que, en ciertos casos, puede apoyarse en la retórica populista. La segunda conclusión es que este riesgo tiende a ser mayor en América Latina, vista la fragilidad institucional de la región. Lejos de valorar esta ampliación como un resultado favorable o desfavorable, el interés debería centrarse en identificar este riesgo autoritario y diseñar instituciones llamadas a reducir los incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional, específicamente, en lo que respecta al control concentrado.

De esa manera, como la jurisdicción constitucional es un peso al resto de poderes públicos -pues debe prevenir actuaciones contrarias al bloque de constitucional- es preciso introducir contrapesos adecuados. Mientras mayores y más sofisticados sean los pesos, los contrapesos deberán ser igualmente mayores y más sofisticados. Pero este diseño institucional no está exento de riesgos, en el sentido que contrapesos indebidos pueden debilitar en exceso a la jurisdicción constitucional o afectar su independencia. Es por lo anterior que, como hemos explicado, el primer riesgo al cual debe hacerse frente es, precisamente, el derivado de la disminución de la independencia de la jurisdicción constitucional.

Así, las reformas institucionales orientadas a proteger la independencia de la jurisdicción constitucional y reducir la tentación autoritaria pueden resumirse en seis grandes líneas.

- El primer elemento a tomar en cuenta es el ámbito de la jurisdicción constitucional de conformidad con las instituciones formales en vigor, en concreto, la Constitución y la correspondiente Ley de la jurisdicción constitucional. La definición de ese ámbito material debe tomar en cuenta la regla antes señalada: a mayor ámbito material, mayores serán los riesgos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional. De allí la importancia no solo del diseño constitucional, sino en especial, del diseño legal de la jurisdicción constitucional, que debe basarse en reglas claramente definidas, junto con contrapesos adecuados.
- El segundo elemento es el diseño de los procedimientos ante la jurisdicción constitucional. Así, normas procesales que amplíen la legitimidad activa y el alcance de la sentencia podrán elevar los riesgos derivados de la expansión material del

ámbito de control concentrado. La llamada "acción popular" que otorga legitimación activa a cualquier ciudadano, incluso sin un interés jurídico actual, eleva los riesgos autoritarios derivados de la ampliación del control concentrado.

- El procedimiento de selección de los jueces a cargo de ejercer la jurisdicción constitucional en la modalidad concentrada es el tercer elemento a tomar en cuenta. Desde la perspectiva comparada, el método más empleado en la región es que la selección recaea en el Poder Legislativo, a través de procedimientos que permiten la participación de otros órganos del poder público y de los ciudadanos, con la notable excepción de casos en los cuales la designación depende de una elección, como es el caso de Bolivia. Para contrarrestar los riesgos derivados de la ampliación del control concentrado, el procedimiento de designación ante el Poder Legislativo debería basarse en mayorías calificadas y en procedimientos abiertos y transparentes que permitan el control ciudadano sobre todo el procedimiento de designación y la inclusión de criterios de valoración que vayan más allá del Derecho Constitucional e incluso de lo jurídico, lo que aconseja procedimientos de selección interdisciplinarios. La decisión en cuanto a la duración de la designación -vitalicia o por tiempo determinado, junto con la posibilidad de remociones igualmente fundamental. Reglas institucionales que brinden una estabilidad absoluta podrían reducir los costos de decisiones autoritarias, pero reglas flexibles de estabilidad podrían facilitar la captura de los jueces por regímenes autoritarios. En especial, pues a través de mayorías circunstanciales en el Poder Legislativo, el Gobierno de turno podría intervenir políticamente en la jurisdicción constitucional promoviendo procedimientos de remoción de sus magistrados.
- Todas las consideraciones anteriores atañen a las instituciones formales, o sea, las reglas constitucionales y legales que rigen la composición del órgano a cargo del control concentrado, el ámbito material de control y las normas procesales aplicables. Pero ya hemos visto que en América Latina estas instituciones formales suelen ser frágiles ante el surgimiento de instituciones informales. Precisamente, el cuarto elemento a tomar en cuenta es cómo reducir los incentivos para que el ejercicio de la jurisdicción constitucional derive en instituciones informales. El origen de estas instituciones informales, como fue explicado, lo encontramos en el principio de Derecho Procesal de acuerdo con el cual la jurisdicción constitucional

puede interpretar el ámbito de sus competencias. Lo peculiar de este principio es que coincide con la naturaleza de tal jurisdicción como el intérprete último de la Constitución. Luego, incluso con un ámbito acotado de competencias definidas en la Constitución, la jurisdicción constitucional podría interpretar la Constitución y, con ello, el ámbito de su propia competencia, para ampliarlo.

El riesgo de estas instituciones informales que expandan el ámbito material de competencias del control concentrado está asociado al grado de fragilidad del marco institucional aplicable, esto es, a la posibilidad de que existan brechas entre ese marco y su aplicación en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Un elemento que podría reducir ese riesgo es reforzar el principio de transparencia en la actuación de la jurisdicción constitucional, más allá de las reglas procesales de publicación de las sentencias. La propuesta consiste en atender a los problemas de información existentes en relación con el sofisticado ámbito de la jurisdicción constitucional, lo que podría reducir el costo político de adoptar decisiones que, interpretando la Constitución, en la práctica, amplíen indebidamente el ámbito de la jurisdicción constitucional en detrimento del principio de separación de poderes. Esto puede justificar la creación de organismos apolíticos, basados en la participación de la comunidad académica, que monitoreen el ejercicio de la jurisdicción constitucional y puedan detectar, a tiempo, desviaciones contrarias al principio de separación de poderes. Junto a ello, puede preverse el deber de rendición de cuentas, mediante procedimientos por los cuales el órgano a cargo de la jurisdicción constitucional informe del resultado del ejercicio de tal jurisdicción, especialmente, en aquellas áreas más sensibles al principio de separación de poderes.

No se nos escapa que estas propuestas elevan los riesgos de controles políticos sobre la jurisdicción constitucional, lo que puede llevar a un efecto adverso al deseado, si gobiernos autoritarios, especialmente basados en la retórica populista, deciden cuestionar el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Por ello el rol principal se debe asignar a una organización apolítica, compuesta por integrantes de la sociedad civil y de los sectores académicos, que puedan alertar, a tiempo, de posibles desviaciones en el ejercicio de la jurisdicción, atendiendo así a la asimetría de la información existente.

- La moderación en el ejercicio de la jurisdicción constitucional es otra técnica que tiende a atemperar los riesgos autoritarios. Esta moderación es el quin-

to elemento para considerar, como resultado de la presunción de validez de los actos estatales sometidos a control y del margen de deferencia que la jurisdicción constitucional debe guardar en cuanto a la interpretación de la Constitución por autoridades electas. La jurisdicción constitucional debe partir de adecuadas técnicas que consideren el espectro de posibles interpretaciones constitucionales admisibles de acuerdo con la apertura constitucional y el pluralismo político, y que, salvo casos excepcionales, omitan interpretaciones únicas –y, por ende, exclusivas y excluyentes-. Bajo esta visión, el rol de la jurisdicción constitucional se inserta más en un diálogo que en la imposición unilateral de interpretaciones constitucionales. Esto debe pasar por ampliar el principio de publicidad y transparencia más allá de las normas procesales, como explicamos, por medio de mecanismos procesales que fomenten la participación ciudadana en procesos constitucionales. Esta moderación, en todo caso, no puede ser solamente resultado de restricciones derivadas del marco jurídico de la jurisdicción constitucional, en tanto esta siempre podrá desvincularse de tal marco mediante interpretaciones constitucionales. Se trata, más bien, del ejercicio moderado derivado de restricciones informales, resultado de decisiones voluntarias de los jueces a cargo del ejercicio de la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de ampliar mecanismos de publicidad que, reparando las asimetrías de la información existentes, generen incentivos para el ejercicio moderado de los poderes de la jurisdicción constitucional que respeten el margen de deferencia y el pluralismo político en la interpretación constitucional.

- El sexto elemento es reforzar la apertura del Derecho Constitucional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en especial, a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La construcción de la teoría del control de convencionalidad y de la supremacía del *corpus iuris* interamericano está cambiando el paradigma según el cual la jurisdicción constitucional es el último intérprete de la Constitución. Tal paradigma solo vale en el orden doméstico, pero no en el ámbito internacional, pues en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el rol de último intérprete corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso, frente a la jurisdicción constitucional. Por ello, y desde la perspectiva de los principios democráticos como criterios de interpretación, la Corte Interamericana puede servir de freno a la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional. La eficacia de ese

freno dependerá de la fortaleza institucional de la Corte Interamericana, materia en la cual todavía es necesario avanzar mucho más para la construcción de un auténtico Derecho Procesal Convencional, en especial, en lo que respecta a la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte. La fragilidad de las instituciones interamericanas puede compensarse por mecanismos adicionales de control que, en el marco de la Organización de Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana, puedan elevar los costos de decisiones autoritarias adoptadas bajo las formas de la jurisdicción constitucional. Para ello, es preciso seguir avanzando en la reinterpretación del principio de no-intervención, bajo lo que hemos denominado “la doctrina Almagro”, de acuerdo con la cual el Sistema Interamericano puede y debe revisar decisiones domésticas, incluso adoptadas por la jurisdicción constitucional, que a pesar de sus formas jurídicas supongan una ruptura del orden constitucional, como resultado del gradual declive de la democracia hacia el autoritarismo<sup>49</sup>.

Estas seis propuestas se orientan a reducir la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que puede surgir de la ampliación progresiva de su ámbito material, como refleja el estudio comparado del Derecho Constitucional en América Latina. La efectividad de esas propuestas dependerá de la fortaleza institucional y de mecanismos informales que eleven el costo político de decisiones autoritarias y que, por el contrario, promuevan al ejercicio moderado de la jurisdicción constitucional. La reflexión final de lo anterior es que el diseño tradicional del principio de separación de poderes es insuficiente para formular contrapesos a la jurisdicción constitucional, en tanto en la teoría y en la práctica, tal jurisdicción es una excepción a tal principio.

En todo lo anterior debe tomarse en cuenta que la primera tentación autoritaria no reside directamente en la jurisdicción constitucional, sino en los otros poderes públicos, que para reducir la calidad del control constitucional o colocar a este al servicio del autoritarismo, pueden acudir a formas constitucionales para intervenir políticamente a la jurisdicción constitucional. Para el momento en el cual escribimos estas líneas, tal parece ser el caso de El Salvador, ante la decisión de la Asamblea Legislativa de remover a los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la

Corte Suprema de Justicia<sup>50</sup>. Tal Sala ejerce el control concentrado más próximo al modelo tradicional<sup>51</sup>, con lo cual, los incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción no parecen ser elevados. Por ello, la crisis constitucional en El Salvador demuestra que el primer riesgo no es en cuanto al abuso de la jurisdicción constitucional, sino en cuanto a su control político para inhibir el control de constitucionalidad.

### III. Reflexiones finales

En Derecho Comparado la doctrina ha venido alertando acerca de la crisis global de la democracia constitucional, no como resultado de súbitos golpes de Estado violentos, sino más bien, como consecuencia de procesos graduales de declive democrático iniciados por gobiernos electos que, en ejercicio de sus funciones, adoptan medidas autoritarias, incluso, apoyadas en la retórica populista. El Derecho Constitucional autoritario supone un cambio de paradigma, pues la democracia constitucional debe protegerse, incluso, frente a gobiernos electos que actúan bajo las formas del Derecho Constitucional.

Este riesgo aconseja una nueva aproximación al Derecho Constitucional que debe alejarse de las formas basadas en el Derecho positivo y centrarse en la sustancia de esas formas desde la perspectiva de los derechos humanos. La labor es especialmente importante en América Latina, debido a la histórica fragilidad de sus instituciones, que propenden al surgimiento de instituciones informales o paralelas a través de las cuales se adoptan decisiones que, en su esencia, son autoritarias.

El riesgo de esta desviación autoritaria bajo formas constitucionales está presente en todas las ramas del poder público, pero el riesgo es mayor cuando el principio de separación de poderes cede. De allí las alarmas que surgen ante la concentración de funciones. Empero, y debido a la asimetría de la información, esas alarmas son difíciles de percibir. Es por ello que el Derecho Constitucional tiende a reforzar la publicidad de las decisiones que concentran funciones, como sucede con el régimen constitucional de los estados de emergencia.

No pasa así con la jurisdicción constitucional. Más allá de la publicidad de sus decisiones de acuerdo con las normas procesales aplicables, tal jurisdicción responde a criterios técnicos y especializados, que por lo general quedan fuera del ámbito de la opinión pública. Además,

<sup>49</sup> Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 89 y ss.

<sup>50</sup> “Destitución del Legislativo de miembros de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el fiscal general en El Salvador causa revuelo internacional”, CNN en español, 2 de mayo de 2021, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/02/destitucion-magistrados-corte-suprema-fiscal-general-el-salvador/>

<sup>51</sup> Solano, Mario, “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 11, Madrid, 2007, pp. 339 y ss.

como acredita la experiencia, el autoritarismo ejercido por los órganos a cargo de la jurisdicción constitucional es resultado de un proceso gradual, en el cual diversas decisiones van cercenando, a cámara lenta, el principio de separación de poderes. Para cuando tal desmantelamiento gradual ya ha cumplido su fin, suele ser muy tarde, en tanto se habrá consolidado el régimen híbrido que, desde la concentración de funciones, avanzará en una transición autoritaria.

Tal fue el caso de Venezuela. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia comenzó a socavar el principio de separación de poderes a través de sentencias desde su propia creación en el año 2000. Más allá de críticas en la academia -que no se trasladaban a la opinión pública- el avance autoritario de la Sala Constitucional se hizo a cámara lenta. Tan es así que cuando la oposición democrática decidió participar en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, muchos centraron su atención en posibles fraudes electorales, pero no en el poder autoritario que, ya para entonces, había acumulado la Sala Constitucional. Cuando el contenido autoritario de la Sala Constitucional permeó a la opinión pública -2017- ya era muy tarde: la democracia en Venezuela había muerto, como concluyó Steven Levitsky<sup>52</sup>.

Ciertamente el caso de Venezuela es especial y el resultado final -la destrucción de la democracia constitucional en el marco de una emergencia humanitaria compleja sin precedentes en la región- respondió a complejas causas, más allá del indebido marco institucional de la jurisdicción constitucional. Pero no es un caso aislado. En el siglo XXI se ha podido apreciar cómo el declive de la democracia constitucional ha encontrado, dentro de sus causas, el rol de la jurisdicción constitucional. La democracia constitucional no está exenta de riesgos en ningún país y las fallas institucionales que propenden al ejercicio autoritario del poder, en cualquier momento, pueden crear incentivos para una transición autoritaria<sup>53</sup>.

Ello obliga a modificar el paradigma de acuerdo con el cual la mayor amplitud del ámbito material de esa jurisdicción, en especial en lo que respecta al control concentrado, es siempre una medida favorable a la protección de la Constitución. En realidad, la expansión del ámbito de la jurisdicción constitucional genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción y, por ende, para su captura política. Que esos incentivos deriven en medidas autoritarias dependerá de diversos

factores. Pero en todo caso, tales incentivos deben ser tomados en cuenta para diagnosticar tales riesgos y para diseñar reformas institucionales que, considerando la histórica fragilidad institucional en América Latina, eleven los costos de decisiones autoritarias de la jurisdicción constitucional.

Al mismo tiempo, debe tomarse en cuenta que, incluso en modelos en los que tal ampliación no se ha materializado, el formidable poder de la jurisdicción constitucional genera incentivos para su control político por el Poder Legislativo y Ejecutivo, a los fines de inhibir el alcance del control de la constitucionalidad. Este riesgo es incluso mayor pues una vez que la jurisdicción constitucional ha sido políticamente controlada, esta puede colocarse al servicio de regímenes autoritarios que actúan bajo formas constitucionales. Esto demuestra que la primera tentación autoritaria a la cual debe hacerse frente es en cuanto al control político de la jurisdicción constitucional, como lo evidencia la crisis constitucional de El Salvador, en pleno desarrollo para cuando estas líneas se escriben.

## Referencias

“Destitución del Legislativo de miembros de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el fiscal general en El Salvador causa revuelo internacional”, CNN en español, 2 de mayo de 2021, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/02/destitucion-magistrados-corte-suprema-fiscal-general-el-salvador/>

“Steven Levitsky: La democracia en Venezuela está muerta”, Prodavinci, 2 de marzo de 2018.

Bazán, Víctor, Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconvencionales, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, 2014.

Bogdandy, Armin von et al., (editores), La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el *Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Bolivia, Código Procesal Constitucional.

Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (editores), La jurisdicción constitucional en Ibero-América, Madrid 1997.

<sup>52</sup> “Steven Levitsky: La democracia en Venezuela está muerta”, Prodavinci, 2 de marzo de 2018.

<sup>53</sup> Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, “How we lost constitutional democracy”, en *Can it happen here?*, Dey St., Nueva York, 2018, p. 151.

Brewer-Carías, Allan (editor), *Constitutional courts as positive legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

Brewer-Carías, Allan (editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

Brewer-Carías, Allan, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

Brewer-Carías, Allan, *El control concentrado de la constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, 1994.

Brewer-Carías, Allan, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Brinks, Daniel et al., *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 (traducción en español: *La Ley y la trampa en América Latina, siglo veintiuno editores*, Buenos Aires, 2021).

Cappelletti, Mauro, "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", en *Revista de Estudios Políticos* N.º 13, 1980.

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971.

Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, "La jurisdicción constitucional en Venezuela", en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Casal, Jesús María, "Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia", en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

Chile, Tribunal Constitucional de Chile, sentencia N.º Rol 9797-20-CPT, de 30 de diciembre de 2020.

Diamond, Larry, III *Winds*, Penguin Press, Nueva York, 2019.

Díaz Revorio, Francisco, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad, análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Madrid, 2001.

Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.º 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011).

Elkins, Zachary, et al., *The endurance of national constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Fernández Segado, Francisco, "La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: *La Constitución Española en el contexto*)", en *Pensamiento Constitucional Año XI*, N.º 11, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000.

Fix-Zamudio, Héctor, "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

García Belaunde, Diego, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Advocatus* N.º 1, 1988. Bazán, Víctor, "La jurisdicción constitucional en Argentina", en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

García Belaunde, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista De Derecho Político* núm. 61, 2004.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

Gargarella, Rafael, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, “How we lost constitutional democracy”, en *Can it happen here?*, Dey St., Nueva York, 2018.

Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Ginsburg, Tom, y Tamir, Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Hernández G, José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público*, N.º 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, 2018, en <http://www.iconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>

Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

Immergut, Ellen M., “Institutional Constraints on Policy”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Landa, César, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Competitive authoritarianism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nueva York, 2018.

Linz, Juan, *Totalitarian and authoritarian regimes. With a major new introduction*, Lynne, Rienner Publishers, Boulder 2000.

López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Ordóñez, Aylín, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Osuna Patiño, Néstor, et al., “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, Ius Novum, Santo Domingo, 2011.

Rouquié, Alain *A la sombra de las dictaduras*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 22, 1988.

Sagüés, Pedro, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EE.UU. y Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 4, Número 1, julio, 2006.

Sagüés, Pedro, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Revista de Investigações Constitucionais* Volumen 1, N.º 2, 2014.

Solano, Mario, “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N.º 11, Madrid, 2007.

Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Tushnet, Mark “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Tushnet, Mark, “Constitutional hardball. (*Marbury v. Madison* and Judicial Review: Legitimacy, Tyranny and Democracy)”, en *John Marshall Law Review* N.º 37(2), 2004.

Urosa Maggi, Daniela, *El rol de la justicia constitucional en democracias constitucionales bajo regímenes autoritarios*, 2018.

Urosa, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* N.º 34, Bogotá, 2015.