

El Control de constitucionalidad en la región Andina: técnicas de optimización

Autor: Gonzalo Gaibor Gallardo

Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas
Universidad Autónoma de Madrid/ Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público & Filosofía Jurídica

Madrid, 2023

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO & FILOSOFÍA
JURÍDICA
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA
REGIÓN ANDINA: TÉCNICAS DE OPTIMIZACIÓN**

Autor: GONZALO MIGUEL GAIBOR GALLARDO
Director: Prof. Dr. ANTONIO ARROYO GIL

Madrid 2023

Tesis presentada a la Facultad de Derecho, de la Universidad Autónoma de Madrid, como requisito para la obtención del Título de Doctor en Derecho, de acuerdo al Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DEL DIRECTOR

Quien suscribe, Antonio Arroyo Gil, Director de la tesis doctoral titulada "EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA REGIÓN ANDINA: TÉCNICAS DE OPTIMIZACIÓN" elaborada por el alumno Gonzalo Miguel Gaibor Gallardo para obtener el Título de Doctor en Derecho, hace constar que el trabajo reúne los requisitos exigidos por la Facultad de Derecho, de la Universidad Autónoma de Madrid, y puede ser sometido a evaluación y presentarse ante los docentes que fueren designados para integrar el Tribunal de tesis doctoral.

En la ciudad de Madrid, a 19 de enero de 2023

Prof. Dr. Antonio Arroyo Gil
Prof. contratado (acr. Titular) de la Universidad Autónoma de Madrid

A Dios y a mis padres, por su apoyo incondicional en todo momento

ÍNDICE

RESUMEN.....	14
INTRODUCCIÓN	16
CAPÍTULO I.....	19
EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN USA, EUROPA Y PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA	19
1. El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América.....	21
1.1. Influencia del Derecho constitucional inglés. El caso Bonham (1610)	27
1.2. Origen del Control de constitucionalidad en Estados Unidos de América (Caso Marbury vs. Madison)	30
1.3. Estructura del sistema de justicia norteamericano	37
1.3.1. Tribunales estatales	37
1.3.2. Sistema de tribunales federales	38
1.3.3. Tribunal Supremo de Justicia.....	39
1.4. Principio stare decisis	40
1.5. La judicial review	42
1.6. El certiorari	43
2. El control de constitucionalidad en Europa.....	46
2.1. Antecedentes históricos	46
2.2. Control de constitucionalidad	52
2.3. Control constitucional en la Constitución de Suiza de 1874	56
2.4. Control constitucional en la Constitución Weimar de 1919	59
2.5. Control constitucional en la Constitución de Austria de 1920	63
2.6. Control constitucional en la Constitución de Italia de 1947	67
2.7. Control constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949	72
3. Evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad en la región Andina.....	79
3.1. Antecedentes	79
3.2. La implantación del garantismo constitucional en la región Andina, el caso de Ecuador y Bolivia	84
CAPÍTULO II	86
TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	86
1. Consideraciones generales	86
1.1. Antecedentes históricos	89

1.2.	Derecho procesal constitucional	98
1.3.	Clasificación de los modelos de control constitucional	100
1.3.1.	Clasificación rígida	103
1.3.2.	<i>Fuzzy sets theory</i> (teoría de los contornos difusos).....	105
1.4.	El caleidoscopio de la justicia	108
2.	Control político de la ley.....	109
2.1.	Origen histórico. El <i>Conseil Constitutionnel</i>	109
2.2.	Caracterización del control político	115
2.3.	Fines y alcances de su aplicación	116
3.	Modelos clásicos de control jurisdiccional constitucional	118
3.1.	Control difuso	118
3.1.1.	Caracterización.....	120
3.1.2.	Fines y alcances de su aplicación.....	121
3.2.	Control concentrado	122
3.2.1.	Caracterización.....	123
3.2.2.	Fines y alcances de su aplicación.....	125
4.	Sistemas de control constitucional	126
4.1.	Control mixto	126
4.1.1.	Caracterización.....	128
4.1.2.	Fines y alcances de su aplicación.....	129
4.2.	Sistemas duales	130
5.	Procedimiento de control de constitucionalidad	131
5.1.	Control concreto	131
5.1.1.	Caracterización.....	132
5.1.2.	Fines y alcances de su aplicación.....	134
5.2.	Control abstracto	134
5.2.1.	Caracterización.....	135
5.2.2.	Fines y alcances de su aplicación.....	136
CAPÍTULO III		138
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....		138
1.	Antecedentes	138
1.1.	La Constitución de Cádiz	143
1.2.	La Constitución de 1931	146
1.3.	La Guerra Civil española (el franquismo - leyes fundamentales)	148
2.	La Constitución española de 1978	151

2.1. Principios de la Constitución española	157
2.2. El Tribunal Constitucional español	159
3. Jurisdicción constitucional.....	164
3.1. Recurso de inconstitucionalidad	168
3.2. Cuestión de inconstitucionalidad	171
3.3. Declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales	181
3.4. Recurso previo de inconstitucionalidad	182
3.5. Recurso de amparo. La autocuestión de inconstitucionalidad	185
3.6. Conflictos constitucionales	191
3.6.1. Conflictos positivos de competencia.....	193
3.6.2. Conflictos negativos de competencia.....	194
3.6.3. Conflictos entre órganos constitucionales.....	195
3.6.4. Conflictos en defensa de la autonomía local.....	196
CAPÍTULO IV.....	198
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA.....	198
1. Generalidades.....	198
2. Jurisdicción constitucional en Colombia.....	200
2.1. Antecedentes históricos	201
2.2. Corte Constitucional de Colombia	205
2.3. Consejo de Estado	210
2.4. Control constitucional de la ley	211
2.4.1. Acción pública de inconstitucionalidad	212
2.4.2. La excepción de inconstitucionalidad	215
2.4.3. Acción de tutela.....	216
2.4.4. Revisión de tutela (Corte Constitucional)	218
2.4.5. Control previo de constitucionalidad	219
3. Jurisdicción constitucional en Ecuador.....	221
3.1. Antecedentes históricos	222
3.2. Desafíos de la justicia constitucional ecuatoriana	228
3.3. Principios de la justicia constitucional	229
3.4. Estructura de la jurisdicción constitucional en el Ecuador	231
3.5. Corte Constitucional del Ecuador	232
3.6. Control de constitucionalidad de la ley	235
3.6.1. Acción pública de inconstitucionalidad	236
3.6.2. Acción de inconstitucionalidad contra omisiones legislativas	237

3.6.3.	Consulta de constitucionalidad.....	238
3.6.4.	Acción extraordinaria de protección	240
3.6.6.	Control previo de constitucionalidad	243
3.6.7.	Acción de interpretación	244
4.	Jurisdicción constitucional en Bolivia.....	245
4.1.	Antecedentes históricos.....	247
4.2.	Principios de la justicia constitucional	251
4.3.	Estructura de la jurisdicción constitucional en Bolivia	253
4.4.	Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.....	255
4.5.	Control de constitucionalidad de la ley	258
4.5.1.	Acción de inconstitucionalidad	258
4.5.2.	Control previo	262
4.5.3.	Consulta de constitucionalidad de los proyectos de ley	262
4.5.4.	Control previo de tratados internacionales.....	263
4.5.5.	Control de constitucionalidad de proyectos de Estatutos o Cartas Orgánicas de entidades territoriales autónomas	264
	CAPÍTULO V	266
	PROPUESTAS PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA	266
1.	Introducción	266
2.	Identidad constitucional Andina	267
2.1.	Realidad sociojurídica de los países andinos	270
2.2.	Constitucionalismo andino. Una reinterpretación del Estado constitucional de Derecho	273
2.3.	Objeciones a la teoría constitucional Andina	274
2.4.	El control constitucional como un instrumento de cambio en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en la región Andina.....	277
2.5.	Elementos compartidos del control constitucional en los países de la región Andina	279
2.6.	Diferencias en el control constitucional de los países de la región Andina ...	282
3.	Mecanismos para garantizar una mayor autonomía de la jurisdicción constitucional. División de las Funciones del Estado.....	285
4.	Técnicas de optimización del control constitucional en los países de la región Andina	288
4.1.	Métodos de selección de los magistrados de los tribunales constitucionales.	290
4.1.1.	Métodos alternativos para la selección de magistrados del Tribunal Constitucional	294
4.1.2.	Cláusula especial de inhabilidad	295

4.2. Atribuciones de los tribunales constitucionales	298
4.3. Objetividad normativa y la tutela de los derechos (principio de aplicación directa de la Constitución)	300
4.4. Interpretación de las normas constitucionales	302
4.5. Los límites de la jurisdicción constitucional	308
4.6. La importancia de la legitimidad institucional	310
4.7. Desarrollo del bloque de constitucionalidad como freno al ejercicio del poder jurisdiccional	312
4.8. Control de las actuaciones de la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)	316
4.9. Creación de la Corte de Derechos Humanos y Garantías Jurisdiccionales de la región Andina	317
CAPITULO VI	320
CONCLUSIONES FINALES	320
1. La lógica del poder en los países andinos	323
2. Institucionalidad de los tribunales constitucionales	324
3. El control de constitucionalidad y la tutela de los derechos subjetivos	325
4. La efectividad de la justicia constitucional	328
5. La cultura jurídica y el significado de la Constitución.....	329
6. El rol de los Tribunales Constitucionales en la construcción de la identidad constitucional andina.....	330
7. Los retos de la jurisdicción constitucional andina	333
BIBLIOGRAFÍA	335

RESUMEN

La presente tesis doctoral analiza la evolución del control constitucional en Colombia, Ecuador y Bolivia a la luz de los modelos de control difuso norteamericano y de control concentrado europeo. Así, con la finalidad de evidenciar la influencia de los modelos clásicos de control constitucional, se elaboró un estudio del origen del control constitucional en Estados Unidos, Europa y la región Andina.

Una vez que los países andinos lograron la independencia de la Corona española, organizaron la administración política del territorio a través de la redacción de cartas fundamentales, siguiendo los pasos de las constituciones europeas. No obstante, el modelo de control difuso norteamericano mantuvo gran influencia en la jurisdicción constitucional. A principios del siglo XXI se redactaron nuevas constituciones en la mayoría de los países andinos, situación que despertó un gran interés por ampliar los estudios acerca de los procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad en la región.

La clasificación de los tipos de control constitucional se abordó a partir de los métodos clásicos y modernos. La primera categorización se dio con base en los referidos modelos norteamericano y europeo. En la clasificación moderna se observan los diversos tipos de sistemas de control constitucional que surgen a raíz de los dos arquetipos clásicos de control. A esta última clasificación se la conoce como *fuzzy sets theory*. Asimismo, se utiliza la teoría del caleidoscopio de la justicia constitucional, a fin de identificar los elementos de control constitucional que se replican de forma constante en los ordenamientos jurídicos de los países de la región Andina (Ecuador, Colombia y Bolivia).

Dada la influencia del constitucionalismo español en los sistemas jurisdiccionales andinos, se destinó un capítulo en el que se incluye la evolución del Derecho constitucional en España y las atribuciones del Tribunal Constitucional. En el capítulo V se abordan las similitudes y diferencias entre la jurisdicción constitucional de los países andinos y se proponen instrumentos de carácter jurídico que permitan la optimización del control constitucional en la región.

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas se han efectuado cambios en las cartas constitucionales de los países de la región Andina. Los recientes procesos constituyentes y reformas constitucionales dieron paso a que las investigaciones recientes dirijan su atención hacia esta región y, consecuentemente, han reactivado el interés por el estudio del control de constitucionalidad en este extenso territorio de la parte sur de América.

Si bien estos cambios han sido ampliamente estudiados por diversos autores, hace falta abordarlos con un nuevo enfoque, necesidad en la que la presente investigación ha encontrado un campo de estudio abierto y por explorar. Es así como este estudio pretende contribuir al acervo documental sustantivo que existe sobre el tema, con un enfoque centrado en la realidad jurídica actual, tan necesario para comprender los cambios que se han venido dando en esta región.

Colombia, Ecuador y Bolivia son los países de la América Andina que han implementado la jurisdicción constitucional a través de procesos constituyentes, con algunas modificaciones que encuentran su inspiración en los sistemas de control constitucional norteamericano y europeo. En el marco de esta investigación se ha propuesto determinar cuáles son los procedimientos más efectivos para optimizar el control de constitucionalidad en los países de la región Andina, con el propósito de reducir la brecha existente entre el Derecho constitucional formal y su materialización.

Tal vez sea esta una meta un tanto utópica, sin embargo, no por ello se puede abandonar. Dicho esto, se necesita precisar cuál es la labor que cumplen los tribunales constitucionales ante las demandas ciudadanas que solicitan el acceso a la jurisdicción constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior y dado que, entre otras, la función de un Tribunal Constitucional es garantizar la protección de los derechos que se establecen en la Constitución sin usurpar las atribuciones de los demás poderes del Estado, el reto está, pues, en asumir la cada vez más compleja labor de *conseguir el equilibrio entre la aplicación de las garantías de la Constitución y el respeto a la división de poderes dentro del Estado de Derecho*.

A la luz de todo lo anterior, el principio de tutela judicial efectiva se debe encontrar al alcance de todos los ciudadanos y ha de ser posible acceder a esta de una forma rápida, sencilla y eficaz, tal como ha sido señalado por los instrumentos internacionales que obligan a los Estados a su fiel cumplimiento¹.

El presente estudio del control constitucional se aborda en su estricta forma con una perspectiva diacrónica del Derecho. Siendo así, los modelos de control constitucional son analizados desde el origen mismo de las constituciones escritas –la Constitución de los Estados Unidos de América adoptada en el año 1787– hasta el período de florecimiento de los tribunales constitucionales europeos que se dio a partir de la segunda mitad del siglo XX, una vez culminada la Segunda Guerra Mundial².

En las constituciones de los Estados europeos, la teoría del garantismo constitucional se impuso con el fin de proscribir cualquier tipo de acto que pudiese revivir los horrores de la guerra. De esta manera la responsabilidad de tutelar el cumplimiento de los derechos fundamentales comienza a recaer sobre la jurisdicción constitucional.

Desde este apunte se puede ver que el garantismo constitucional es fruto de los diversos procesos reflexivos que se producen a partir de acontecimientos que van marcando la historia de los Estados. Es así porque en materia de Derecho constitucional, y en materia de la ciencia del Derecho como tal, no existe un camino unívoco que determine la ruta a seguir para alcanzar la paz y la justicia. De hecho, el control constitucional se concibió de diferentes formas dentro de los sistemas europeo y norteamericano.

¹ Así se dispone en el texto final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en 1969 y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que dispone en su “art. 25. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

² “El constitucionalismo actual nace propiamente a fines del XVIII como una creación atlántica, es decir, a los dos lados del Atlántico, representado por la Revolución francesa y por la Revolución norteamericana, aun cuando precedidos, en cierto sentido, por la Revolución inglesa de 1688” (García Belaunde: 1999, 383).

Con estos antecedentes, a la luz de las realidades políticas, jurídicas, sociales, culturales y económicas que tienen los países que integran la región Andina, y, con las experiencias acumuladas durante los últimos 40 años de vida republicana, teniendo como soporte de la jurisdicción constitucional los modelos de control norteamericano y europeo, en las líneas finales de esta investigación se determinan cuáles son esos mecanismos que permitirían optimizar el sistema de control constitucional en los Estados de la América Andina. Mecanismos que han de ajustarse a las realidades propias de la región.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN USA, EUROPA Y PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA

En la zona sur del istmo de Panamá se encuentra la región de Sudamérica subdividida en tres regiones: el Caribe sudamericano, el Cono Sur y la región Andina suramericana. De esta última, la región Andina, hacen parte los países de Ecuador, Colombia y Bolivia que en lo sucesivo de este documento son denominados en el marco de la investigación en su voz genérica como *países de la región Andina*.

En Sudamérica, pero especialmente en los países de la región Andina la construcción de los Estados y sus sistemas democráticos son hechos que se han dado de forma accidentada. A principios del siglo XIX se gestaron en estos territorios suramericanos que estaban bajo el gobierno de la Corona española los primeros movimientos libertarios e independentistas, y como resultado de ello Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá conformaron en el año 1819 el primer Estado nación de la región en el marco del Congreso de Angostura. Ese primer proyecto republicano sudamericano que integró a estos cuatro territorios de la zona norte de la región en una única nación se denominó la Gran Colombia³.

Al poco tiempo los territorios de Perú y Bolivia proclamaron la independencia de sus pueblos de la Corona, respectivamente, el 28 de julio de 1821 y el 6 de agosto de 1825, forjando cada uno su propio camino hacia el orden republicano. Y cinco años más tarde comenzaría la temprana disolución de la Gran Colombia entre los años 1830 y 1831. Una vez disuelto el primer Estado nación de la región se conformaron los Estados independientes de Ecuador, Venezuela y Colombia.

³ “El 17 de diciembre de 1819 el presidente Simón Bolívar subió al estrado y agradeció el hecho de que el Congreso de Angostura hubiera reconocido la necesidad de unir a la república. Según el presidente esta unidad se había venido abajo por el desafortunado espíritu de autonomía provincial que caracterizó el interregno. Con el acto de recomposición de la unidad perdida en Angostura Bolívar proclamó la creación de la “nación más grande del mundo”. Ese mismo día, los congresistas de Angostura aprobaron la ley que unía a Venezuela y a la Nueva Granada con el nombre de Colombia. Los diputados firmaron la ley y se levantaron ante la exclamación de Bolívar: “La República de Colombia ha sido constituida. ¡Viva la República de Colombia!”. Las provincias de Panamá y Quito se unirían a la república en los tres años siguientes, completando así el marco geográfico de la nueva nación” (Afanador-Llach: 2018, 38).

Durante el siglo XIX se redactaron las primeras cartas constitucionales de los países andinos, donde la noción de *control constitucional* ocupó un plano secundario frente a la imperiosa necesidad de organizar política y administrativamente los Estados. No obstante, países de la América Andina como Colombia y Bolivia introdujeron en sus constituciones las primeras normas de control constitucional, tal como se verá más adelante.

Con todo que estos dos países de la zona norte de América del Sur introdujeron en sus constituciones las primeras normas de control constitucional, no fue sino hasta mediados del siglo XX que, en el transcurso de los regímenes dictatoriales que se instauraron en varios países de América entre los años de 1970 a 1980, que se hicieron los primeros intentos por definir la jurisdicción constitucional. En este contexto, los países andinos siguieron ciertas pautas de los modelos de control constitucional europeo y norteamericano. De ahí que resulte necesario analizar la evolución histórica que ha tenido el control de constitucionalidad de la ley en los modelos mencionados.

Lo que hasta aquí se puede decir de momento es que el control constitucional en la región Andina, a partir de la década de los años 90 del pasado siglo, ha sufrido profundos cambios. Esos cambios van desde la aplicación del control mediante un sistema jurisdiccional mixto hasta implementar una corte especializada en jurisdicción constitucional, situación que trajo consigo el establecimiento de ciertos límites a la actuación de los jueces ordinarios.

Los sistemas de justicia constitucional que se implementaron en los países de la región Andina suponen una simbiosis entre el modelo de control constitucional norteamericano y el modelo de control constitucional europeo, pese a que, en esencia, estos presentan características opuestas. Sin perjuicio de dicha evolución e influencias, lo cierto es que el control constitucional en la región Andina aún se encuentra en una etapa de transformación y encaminado en la búsqueda de su propia identidad.

Para entender cómo se estructuró el control de constitucionalidad en la región Andina es necesario analizar las dos fuentes que han inspirado su construcción, a saber: los modelos norteamericano y europeo de control de constitucionalidad.

1. El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América

Al estudiar el origen histórico del control de constitucionalidad norteamericano se debe comprender de forma previa bajo qué condiciones fue fundada la Federación de los Estados Unidos por la Corona británica a principios del siglo XVII⁴, dado que los ingleses no solo trajeron al territorio de las Américas que colonizaron sus prácticas socioculturales, sino que con ellas, desde luego, también trajeron su concepción jurídica del Derecho, así como los *principios de igualdad y libertad* sobre los cuales este se funda. Es tal la importancia que tiene partir de este punto porque alrededor de 200 años después serían estos mismos principios los que, con base en el Derecho natural, impulsarían la independencia de los Estados Confederados de América⁵.

Dicho esto, es claro que el control constitucional norteamericano presenta singularidades que lo diferencian de cualquier otro modelo, tanto en su proceso de creación como en su evolución. Por lo tanto, este modelo, tal como se señala al inicio de este apartado, requiere ser analizado desde una perspectiva histórica, social, política y, desde luego, judicial, ya que resulta evidente que estos factores son parte sustancial de la conformación del Estado federal.

Las razones que impulsaron a las Trece Colonias británicas de América del Norte a buscar su independencia se pueden encontrar en la misma Constitución inglesa, fuente de la que emanan los deseos de independencia que originaron los movimientos de descolonización que han vivido estos territorios. Se trata del *derecho a la igualdad* que suscitó este sentimiento independentista en los colonos que habitaron en esta región del continente americano. La principal demanda del pueblo norteamericano era la exigencia de igualdad de derechos para todos, una igualdad que debía reflejarse en un trato igual al que se les daba a los habitantes de Gran Bretaña ante la Corona.

⁴ “Al alborear el siglo XVII, quebrantado el poderío marítimo español, los marinos británicos, con el estilo peculiar de las colonizaciones anglosajonas, se aventuran en la empresa comercial que se abría en la otra orilla del Atlántico, aún virgen de las galeras hispánicas o portuguesas. Virginia, así llamada en honor de Isabel, la Reina Virgen, es la primera base de una empresa comercial, (la Compañía de Londres), que realiza sus expediciones autorizadas por una Carta real” (Sánchez Agesta: 1955, 83).

⁵ “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad nacional, proporcionar la defensa común, promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América” (Convención de Filadelfia: 1787).

Entre los años de 1763 y 1776 el rey Jorge III del Reino Unido impuso fuertes tributos a las colonias británicas establecidas en el norte del continente americano con el propósito de cubrir las incursiones bélicas con fines de expansión del dominio territorial que las tropas británicas llevarían a cabo luego durante la guerra de los Siete Años (1756-1763) en Canadá, así como para garantizar la defensa de los territorios colonizados. Esos impuestos fueron tres principalmente: la declaración de reservas de indios que fueron terrenos vedados a la expansión de los colonos, el impuesto sobre el azúcar de las colonias (Ley del Azúcar de 1764, en inglés *Sugar Act 1764*) y el impuesto sobre el timbre (Ley del Timbre de 1765, en inglés *Stamp Act 1765*).

Las medidas tomadas por la Corona británica suscitaron molestias en el pueblo norteamericano, y como resultado material de estas el 6 de diciembre de 1773 tuvo lugar en la ciudad de Boston (Massachusetts) un acto de protesta que marcó un precedente de lo que fuera la independencia de las Trece Colonias del Reino de Gran Bretaña conocido como el Motín del Té (*Boston Tea Party*). Los colonos se negaban a continuar pagando estos impuestos por considerar injusto su cobro, y por constituirse esta tributación en un modo de efectuar un trato desigual entre los súbditos que habitaban el territorio del Reino de Gran Bretaña y los que se encontraban en las colonias británicas establecidas en el continente americano.

Como represalia a los actos ocurridos el 6 de diciembre de 1773 desde la Corona británica se tomaron las siguientes medidas punitivas contra las Trece Colonias: el cierre del puerto de Boston, la anulación de la Carta Circular de Massachusetts que había sido redactada y aprobada el 11 de febrero de 1768, la traslación de los procedimientos judiciales a Inglaterra, el acuartelamiento de las tropas y la extensión de los límites de Canadá.

Estas medidas fueron consideradas inaceptables (Dippel: 2010, 30) al punto que desencadenaron el inicio de la guerra de Independencia que se gestaría en el año 1775, en la cual participaron las 13 colonias norteamericanas que posteriormente firmarían la Declaración de Derechos de Virginia, ratificada el 12 de junio de 1776. A los pocos días de la ratificación de esta declaración de derechos, el 4 de julio del mismo año, el Congreso de Filadelfia aprobaría la Declaración de Independencia que es

considerada el documento precursor de la primera Constitución escrita de los Estados Unidos.

Tal como se ha señalado hasta aquí, lo que en un principio las colonias norteamericanas exigían a la Corona británica era un trato justo que se diera en igualdad de condiciones a las que se daba con respecto a los habitantes del territorio británico. “En esa coyuntura los norteamericanos repetían con insistencia que «[e]l rey no puede usurpar la libertad y la propiedad de sus súbditos sin infringir la constitución»; [y] que «las prerrogativas de la Corona y los derechos y privilegios del pueblo [...] constituyen el cimiento de todas las leyes que, de un tiempo a otro, consensuan el monarca y su pueblo” (Dippel: 2010, 38). Sin embargo, las medidas tomadas por el monarca del Reino de Gran Bretaña mostraban que por su parte no existía interés alguno por escuchar el clamor del pueblo que estaba bajo su gobierno. De ese modo la tensión generada entre el Reino y las colonias inglesas se volvió irreconciliable.

Mientras los colonos se encontraban convencidos de la causa de su lucha que era la defensa de los derechos naturales de los que eran titulares, el Reino de Gran Bretaña se distanciaba con cada medida que tomaba de los valores contenidos en su propia Constitución. Desde ese punto de vista es posible afirmar, entonces, que la guerra independentista norteamericana fue una revolución justa y noble, incluso comparable a lo que fue la Revolución Gloriosa inglesa de 1628. Al ser esta una realidad que no pasaba desapercibida para el pueblo norteamericano, paulatinamente, voces como la de Thomas Paine comenzaron a tener mayor aceptación entre las colonias, ya que “sostener que la Constitución de Inglaterra es la unión de tres poderes que se controlan y fiscalizan recíprocamente es absurdo, pues, o bien a las palabras no se les atribuye ningún significado o se incurre en contradicciones flagrantes”⁶.

Los colonos estaban convencidos de que la Corona británica había arremetido contra la propia Constitución al punto de lacerar los derechos del pueblo en ella reconocidos, mismo que se encontraba bajo su gobierno. Y en esa situación no existía

⁶ Paine, Thomas *Common Sense; Addressed to the Inhabitants of America [...]*, Philadelphia: R. Bell, 1776, (Se cita a través de Dippel: 2010, 39).

⁸ El panfleto fue publicado el 9 de enero de 1776.

otra alternativa que la insurrección, luchar por la independencia del gobierno del Reino de Gran Bretaña y con ella por el establecimiento de una nueva forma de organización política, por un modelo de Estado que verdaderamente reconociera y asegurara el respeto de los derechos a la libertad y a la igualdad. Al terminar la guerra de Independencia las colonias confederadas comenzaron a debatir sobre la necesidad de construir una fuerte organización central, con el fin de garantizar su posición de Estados independientes y fortalecer su economía (Sánchez Agesta: 1955, 92).

Se advierte entonces que la sustancial diferencia que existe entre el sistema constitucional inglés y el norteamericano radica fundamentalmente en su origen. El sistema inglés surge en el Parlamento, tal como se entiende hoy en día, tras la Revolución Gloriosa de 1628⁷, concebido como un Parlamento con carácter judicial; y el sistema norteamericano nace en la lucha por la libertad, pero, sobre todo, por la igualdad en materia de derechos.

Dicho en otros términos, en los Estados Unidos de América se conformó un sistema constitucional que se estructuró a partir de la visión del pueblo norteamericano y no desde la visión de un grupo colegiado específico, como sí sucedió en Inglaterra⁸. No obstante, a pesar de estas consideraciones los sistemas en mención presentan algunas similitudes que se originan porque ambos se inspiran en el Derecho natural, solo que este es comprendido en cada uno de ellos desde un punto diferente de la historia.

Así las cosas, en los Estados Unidos de América imperó la idea de que para garantizar los derechos de los ciudadanos era necesario tener una Constitución escrita robustecida por el derecho a la igualdad entre los hombres y sus libertades. De modo

⁷ En el marco de la Revolución Gloriosa que se gestó en el territorio inglés en el año 1628 se le exigía al rey Carlos I el reconocimiento de una serie de derechos que entrañan lo que hoy se conoce como *libertades ciudadanas*. “Los lores espirituales y temporales y los comunes reunidos en Parlamento” consideraban que estos derechos habían sido violentados por la Corona. Dentro de esta petición de derechos se destacan: la aprobación de los tributos por el Parlamento, el sometimiento de los oficiales regios al derecho y el principio de seguridad política, garantizado de manera leve por la figura del *habeas corpus*. Este derecho sería formalmente establecido en el año 1679 (Sánchez Agesta: 1955, 32).

⁸ “En EE. UU. no se parte de una sociedad estamental, sino de una sociedad homogénea en todas sus partes. En esta homogeneidad (burguesa) sustentará la legitimidad democrática de todos los órganos de poder, sin necesidad de hacer frente a las concepciones absolutistas y pseudomedievales que pervivirán en Europa” (Moreno González: 2011, 360).

que el orden constitucional norteamericano se inspiró en el Derecho natural que se aplicaba en Inglaterra, pero ajustado a su propia realidad.

Desde esa perspectiva fue como se inició la construcción de un sistema constitucional diferente al de Inglaterra, basado en el *common law* (derecho anglosajón), pero incluyendo en el sistema una Constitución escrita que figura como la primera de la historia del constitucionalismo.

Quien rebusque los textos del derecho escrito inglés apenas hallará algún tímido rastro de esa admirada libertad, y quien hojee las páginas de un manual o un tratado de derecho constitucional británico quedará sorprendido por el corto espacio que se [le] dedica a lo que él cree [es un] rasgo dominante de la Constitución inglesa, o la parca enumeración de derechos públicos que habitualmente se considera en ellos. En realidad, esto es solo pura apariencia y quizá ningún país como la Inglaterra de fines del siglo XIX ha encarnado tan puramente la esencia del régimen liberal. La razón de este silencio es quizá la mejor prueba de la solidez de esas instituciones; solo se propugna lo que es preciso impulsar porque no existe, o solo se defiende aquello que corre un peligro real (Sánchez Agesta: 1955, 67).

En los inicios de la Unión Federal, alrededor del año 1787, el poder Judicial no era considerado en estricto sentido como un poder del Estado, dado que el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América era concebido más bien como el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía en la Unión, como un tribunal de apelaciones, pero igual que los otros tribunales. Si bien en un inicio la función de este Tribunal Supremo consistía en encontrar soluciones jurídicas ante los casos planteados, esto no siempre fue así, pues en los años posteriores a 1787 esta situación cambia radicalmente. Se debe tener presente que en la Constitución federal de los Estados Unidos de América se establecen de forma amplia las funciones que debe cumplir el Tribunal Supremo, pero sin precisarlas con exactitud (sección II del artículo VI que contiene la llamada cláusula de supremacía)⁹.

⁹ “Esta constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada estado estarán, por lo tanto, obligados a observarlos, sin consideración de

Así pues, el Tribunal Supremo comenzó el ejercicio de sus funciones con las bases puestas en una normativa constitucional flexible, dado que en los albores de la construcción del Estado federal hubiese sido una tarea imposible para sus fundadores delinear con exactitud las competencias del poder Judicial, y aún más lo hubiese sido definir el alcance de la jurisdicción del Tribunal Supremo. Pese a ello, se debía dejar claro que cualquier norma que estuviese en contra del texto de la Constitución sería inaplicable por parte de los jueces.

Bajo estas consideraciones la responsabilidad de sentar las bases de lo que hoy representa el Derecho norteamericano se dejó en manos del Parlamento y del mismo Tribunal Supremo, el cual, a través de su jurisprudencia, señaló los alcances normativos de la jurisdicción constitucional como se cita:

De hecho, el diseño actual del sistema de tribunales en los Estados Unidos y las reglas de sus relaciones no son resultado de un plan deliberado. Más bien, son reflejo de una suma de soluciones parciales y de acomodados graduales en un sistema judicial y legal en el que la tensión y el conflicto no se consideran defectos, sino ingredientes característicos (Ahumada Ruiz: 2016, 18).

La Declaración de Derechos de Virginia de 1776 marcó un hito trascendental para el constitucionalismo actual, pues sus elementos estructurales son un referente natural de lo que debe contener toda Constitución moderna. Esos elementos denotan que *una Constitución debe ser flexible para garantizar que sus valores y principios se mantengan vigentes a través del tiempo, y a la vez proclamar que derechos poseen el carácter de irreductibles para la construcción del Estado de Derecho*. Al ser estos elementos heredados por la Constitución de Filadelfia de 1787, ello le ha permitido mantener su vigencia y aplicación ante los diferentes hechos que se han suscitado a lo largo de la historia norteamericana. De ese modo, las decisiones del Tribunal Supremo estadounidense han hecho posible la construcción de un sistema jurídico dinámico con capacidad de modular el contenido de las normas, el cual incluso permite elaborar

ninguna cosa [que vaya en un sentido] contrario [a lo dispuesto] en la constitución o las leyes de cualquier estado” (Convención de Filadelfia, 1787).

interpretaciones de la propia Constitución. Así lo manifestó Dippel (2010, 78) en el fragmento que se cita:

El constitucionalismo moderno nació en 1776, y se protocolizó en la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, en torno a diez principios esenciales: la soberanía popular, los derechos humanos, la existencia de unos principios jurídicos universales, el sistema de gobierno representativo, el sistema de gobierno limitado, la separación de poderes, la constitución como parámetro de validez del ordenamiento jurídico, la atribución al pueblo de las facultades de reforma constitucional, la independencia y la responsabilidad de los jueces.

La Constitución de los Estados Unidos de América fue aprobada finalmente en la Convención de Filadelfia, también reconocida como Convención Constitucional de Filadelfia, que se llevó a cabo el 17 de septiembre de 1787, convirtiéndose así en la primera Constitución escrita del mundo. No obstante, a pesar de que este texto constitucional se proclamó mucho antes que la Constitución de Francia (1793), su redacción se inspiró en los ideales que impulsaron a la Revolución francesa.

1.1. Influencia del Derecho constitucional inglés. El caso Bonham (1610)

En la evolución del constitucionalismo inglés existen dos instrumentos jurídicos de gran importancia: la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) que fue aprobada y ratificada en el año 1628, y que sirvió como precedente de lo que sería la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) que fue proclamada en el año 1689. La Petición de Derechos es un documento constitucional que, por un lado, reconoció ciertas libertades y garantizó la propiedad privada; y, por otro lado, restringió el cobro de impuestos no aprobados por el Parlamento y el encarcelamiento sin causa, a la vez que limitó la aplicación de la ley marcial.

A pesar de haber sido aprobada y ratificada en el año 1628, no fue sino hasta llegado el año 1689 que tuvo lugar la proclamación de la Declaración de Derechos, la cual estaba integrada por 13 puntos que constituyeron la base de la Constitución inglesa hasta el siglo XIX. De forma general, el *Bill of Rights* o la Declaración de

Derechos tomó un mayor alcance en materia de derechos que el texto precedente, pues, por un lado, contenía un conjunto de normas que definían las funciones, los derechos y los privilegios que tenía el Parlamento en materia de legislación, aprobación de impuestos y libertad de expresión; y, por otra parte, establecía un grupo de derechos concretos como lo fueron: seguridad jurídica, sometimiento del rey y sus oficiales al orden jurídico, entre otros (Sánchez Agesta: 1955, 33).

Entre las principales preocupaciones del Reino de Inglaterra se encontraba el poder garantizar la separación de poderes y, sobre todo, ratificar que el órgano sobre el cual reposa la soberanía inglesa es el Parlamento. Fue por ello por lo que dentro del sistema bicameral inglés se conformó la Cámara de los Comunes del Reino Unido para que esta velara por los derechos de los ciudadanos, y para ello se le dio la potestad exclusiva de crear, modificar o derogar el Derecho. Ante esta prerrogativa los tribunales ingleses ratificaban en sus sentencias como exclusivas las competencias legislativas del Parlamento, lo que al ser revisado permite advertir que, en definitiva, el Derecho constitucional británico se basa en la aplicación de normas por parte de los jueces.

Si bien estas normas no pueden contradecir a las leyes dictadas por el Parlamento, lo cierto es que se mantiene la aplicación originaria del *common law*, dado que no son necesarias las normas escritas en materia constitucional para regular sus prácticas socio jurídicas, y mucho menos para reivindicar sus derechos. Dippel (2010, 64) recogió con acierto el pensamiento de Hamilton puesto de manifiesto en su libro *The Farmer Refuted* acerca del sistema político-judicial de Inglaterra, el cual es menester citar en este punto como sigue:

La Constitución de la Gran Bretaña instaura una, muy adecuadamente denominada, «monarquía con límites» que se caracteriza porque el pueblo se ha reservado el derecho a participar en las Cámaras legislativas, ejercitando, de ese modo, un control frente a la autoridad regia que evita su degradación hacia el despotismo y la tiranía. El verdadero propósito y finalidad de esta participación democrática, o de la Cámara de los Comunes es, por tanto, la protección de los derechos de los ciudadanos. Su gran sentido son esos derechos, hasta el punto de ser estos los que determinan el fundamento y los límites de sus competencias.

La clave del Derecho inglés se encuentra en la percepción de su fuente de inspiración que es *el Derecho natural*. Al considerar el derecho a la vida y a la libertad inherentes a todo ser humano los ingleses deducen que estos derechos son aplicados con naturalidad por los organismos que conforman el poder Judicial, así como también asumen que se aplican en todos los actos individuales o colectivos de la sociedad inglesa¹⁰. Esto quiere decir, en términos latos, que dan por sentado que los derechos a la vida y a la libertad son inexpugnables y, por lo tanto, no es necesario que sean recogidos en un documento formal para garantizar su respeto y aplicación.

Eso explica que en la Constitución inglesa los derechos apenas sean nombrados, y a la vez explica el hecho de que su legislación solo se refiera a ellos cuando se necesita que sean restringidos porque un derecho puede estar constriñendo a otro en condiciones concretas como, por ejemplo, sucede cuando una persona hace un mal uso de su derecho a la libertad de expresión profiriendo comentarios que injurian o difaman a otra persona y que a través de dichas injurias o difamaciones puede poner en riesgo el derecho al honor de ese tercero.

Un lejano y probable antecedente de la *judicial review* norteamericana (1803) se encuentra en la historia del Derecho inglés, más específicamente en la sentencia del caso Bonham (1610) donde el juez Coke declaró que una norma jurídica no debe ser aplicada en ninguna forma si se contrapone a la Constitución. No obstante, la sentencia como tal no tuvo acogida en el constitucionalismo inglés, más aún cuando en fallos anteriores el juez Coke había reconocido al Parlamento inglés como el máximo intérprete de la Constitución. De hecho “ya *sir* Edward Coke, en el también célebre Caso Bonham de 1610, defendió la idea de que toda ley que se opusiera a aquel núcleo de derechos fundamentales (*the law of the land*) amparados por el *common law* podría ser declarada nula por los jueces” (Moreno González: 2011, 362). Es indiscutible que este fallo, 165 años después, serviría de inspiración para los movimientos de la unión

¹⁰ “Inglaterra es luego definida como una monarquía por medio de la cual el rey no tiene poder de cambiar las leyes básicas del reino a su gusto. Incluso más, Fortescue sostiene que Dios habría infundido en cada ser humano un sentido natural de libertad, por lo que la tiranía sería descripta como cualquier intento de las autoridades civiles de reemplazar la libertad natural por una condición de servidumbre que solo satisface los intereses de los malignos gobernantes” (Zimmermann: 2013, 147).

federal norteamericana de los estados que buscaban la independencia de la Corona británica.

En materia de jurisprudencia, Coke se basó en la ley natural tanto para defender como para explicar el *common law*. Él creía que la verdadera naturaleza de la ley es ser justa y razonable. Por tanto, el *test* básico sobre la razonabilidad jurídica, según él, reside en la capacidad de la ley para resistir la prueba del tiempo. Su descripción del *common law* como el producto de la “razón artificial” implica leyes que deberían estar dotadas de lógica interna, coherencia, estructura y adecuado funcionamiento. (Zimmermann: 2013, 150)

A diferencia del fallido intento del juez Coke en Inglaterra, durante los primeros años de fundación de la Federación norteamericana se analizaba en las asambleas a quién se le debería confiar la guarda de la Constitución. Si bien de esta forma el modelo de justicia norteamericano se alejaba del sistema de justicia inglés basado en el Parlamento, no se puede desconocer de ningún modo la influencia directa que tuvo el sistema británico en ese primer momento constitucional, pues, fue debido a que el pueblo norteamericano sufrió la imposición de medidas injustas y a que por esa razón desconfiaba de la idea de adoptar la estructura parlamentaria inglesa como un mecanismo de defensa para las libertades de los ciudadanos, que adoptó un modelo de justicia que se alejaba del sistema judicial inglés.

1.2. Origen del Control de constitucionalidad en Estados Unidos de América (Caso Marbury vs. Madison)

Los inicios del control constitucional norteamericano datan de principios del siglo XIX, en los albores de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, y es por eso por lo que no es posible elaborar una teoría acerca del control constitucional norteamericano sin tener en el centro de su planteamiento la sentencia proferida en el renombrado caso Marbury vs. Madison que se dio en el año 1803.

La importancia de este caso va más allá de la pretensión del demandante al dejar como una lección en su *obiter dicta* la fuerza del precedente jurisprudencial, sentando con ello las bases de la *judicial review*, tal como es entendida en la actualidad.

En ese caso el juez John Marshall tuvo que dictar una sentencia y resolver la demanda en un difícil escenario de constante tensión política, el cual tuvo lugar tras el revés electoral sufrido por los federalistas a manos del republicano Thomas Jefferson, por lo que este fue un controvertido caso cuya decisión ponía en juego la reputación del Tribunal¹¹. A continuación, se mencionan los hechos precedentes a la demanda y en qué consistía.

A finales del año 1801, a pocos días de terminar su mandato (1797-1801), el entonces presidente de los Estados Unidos, John Adams, suscribió los nombramientos de varios jueces de paz que fueron aprobados por el Senado. Siendo John Marshall secretario general de Estado y designado –casi simultáneamente– *chief justice* del Supremo Tribunal a él le correspondía certificar la expedición de los 42 nombramientos suscritos por Adams, sin embargo, a falta de tiempo no fue posible realizar la certificación. En la administración entrante que estuvo a cargo del entonces Presidente Jefferson, el secretario general, James Madison, se negaba a certificar y remitir los nombramientos a sus destinatarios, entre quienes se encontraba el demandante en este caso William Marbury.

Dados estos sucesos, William Marbury acudió ante el Supremo Tribunal para plantear una acción de *mandamus*, con el fin de requerir la entrega de su nombramiento que legítimamente ya había sido suscrito y que, por una mera solemnidad, el secretario de Estado se negaba a entregar. Es claro entonces que este caso tenía una connotación política cuya resolución podía afectar la reputación del Tribunal, dado que el juez Marshall era la autoridad judicial encargada de resolver la acción de *mandamus* y a la vez era uno de los implicados en la demanda. Sin embargo, la Administración central de los Estados Unidos le restaba cualquier tipo de importancia.

Por las particularidades que tenía este caso, como en muy pocas ocasiones, lo relevante de la sentencia dictada por la autoridad judicial no se encuentra en la decisión

¹¹“El problema que enfrentaba Marshall, en consecuencia, era que si la Suprema Corte dictaba la orden pretendida se exponía en una doble manera. En primer lugar, corría el riesgo de que el Poder Ejecutivo no cumpliera la orden y, de esta manera, el Tribunal se vería debilitado en la arena política. En segundo término, también corría el riesgo de que ello expusiera a sus miembros y [de] que Jefferson, invocando la invasión por parte del Tribunal de las atribuciones de otros poderes del Estado, les iniciara juicio político” (Sagüés, Sofía: 2007, 141).

en torno a la petición esgrimida por William Marbury, sino todo lo contrario. Lo verdaderamente interesante de la sentencia fue la salida que encontró el juez Marshall a la compleja situación que debía resolver. En la primera parte de la sentencia el juez dejó a salvo la pretensión de William Marbury declarando:

[Que] al Gobierno de los Estados Unidos se lo ha llamado enfáticamente un *gobierno de derecho* y no un *gobierno de hombres*. [Por lo que] indudablemente dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgan un remedio a la violación de todo derecho legalmente adquirido (Marbury vs. Madison, 1803).

Después de que el juez Marshall hace algunas acotaciones y observaciones con respecto al caso en el texto final de la sentencia, como la que se muestra en el fragmento en cita donde se hizo varios cuestionamientos a sí mismo, establece que entre las competencias del Tribunal Supremo se encuentra la de inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución y con ello sienta las bases de la *judicial review*.

Lo que en el caso concreto se estimó fue que la sección 13 de la *Judiciary Act de 1789*¹² era contraria al artículo 3 perteneciente a la sección II de la Constitución, dado que en esta ley se fijaba la competencia del Tribunal Supremo para conocer la acción de *mandamus* como una acción directa, lo que contravenía la posición constitucional del Tribunal Supremo como corte encargada de conocer procesos en estado de apelación (Moreno González: 2011, 365).

El legado que deja el fallo emitido en el caso Marbury vs. Madison (1803) se puede resumir en que las normas jurídicas tienen su límite en los principios y normas emanados por el poder Constituyente, de modo que las normas emitidas por el Parlamento no están por encima de la Constitución. En su fallo Marshall reafirma lo anterior en las siguientes líneas:

No puede presumirse [que] se haya querido que alguna cláusula de la constitución fuera ineficaz y, además, tal construcción es inadmisibles, a menos

¹² Ley federal reguladora del poder judicial.

que las palabras la requieran [...]. Cuando un instrumento que organiza fundamentalmente un sistema judicial lo divide en una corte suprema y tantas cortes inferiores como la legislatura pueda ordenar y establecer; entonces enumera sus facultades y procede luego a distribuirlas, define la jurisdicción de la corte suprema declarando los casos en que debe tener jurisdicción originaria, y aquellos otros en que tendrá jurisdicción apelada, el simple significado de las palabras parece ser que, en una clase de casos la jurisdicción será originaria y no apelada, y en los otros será apelada y no originaria. Si alguna otra construcción tornara inoperante la cláusula, esa es una razón más para rechazar tal construcción y para adherirse al obvio significado (*Marbury vs. Madison*, 1803).

Interesa destacar aquí que en la sentencia no se especifica si el Tribunal Supremo puede expulsar del ordenamiento jurídico una norma por ser inconstitucional. Lo que hizo el juez Marshall fue inaplicar la ley federal para el caso concreto bajo su jurisdicción, no obstante, en los precedentes estableció el papel que cumple el Tribunal Supremo como máximo intérprete de la Constitución norteamericana. Durante los siguientes años de su período en calidad de presidente del Tribunal Supremo el juez Marshall no volvió a inaplicar normas jurídicas.

Como se ha analizado en el caso *Marbury vs. Madison*, hasta el año 1803 no se había marcado la línea de acción para los juzgados de la Federación en función de la cláusula de supremacía de la Constitución, por lo que en adelante se ha de entender que todos los jueces tienen el deber de cumplir con el imperativo de resguardar el orden constitucional. De este modo los jueces pasaron de ser meros administradores de justicia a convertirse en guardianes de la Constitución, toda vez que su decisión permitió remarcar la supremacía de la Constitución y la posición del Tribunal Supremo frente al Parlamento.

Sin embargo, en la sentencia dictada por el juez Marshall en el año 1803 no se especificaba si el Tribunal podía declarar la inconstitucionalidad de normas emitidas por el Parlamento, dado que en su decisión Marshall se limitó a inaplicar una norma en el caso concreto por considerar que existía una contradicción de la ley federal con

la Constitución. A partir de este punto, tuvieron que pasar 54 años para que el Tribunal Supremo se volviera a pronunciar sobre la constitucionalidad de una norma federal.

En la evolución del control constitucional norteamericano existen fechas importantes que estuvieron marcadas por procesos de reforma que se dieron a través de los *judiciary act* 1857, 1929 y 1937. En el primer *judiciary act* de los citados, el caso Dred Scott vs. Stanford sobre el cual se dictó sentencia en el año 1857, por segunda vez en la historia norteamericana, el juez Roger Taney, declaró la inconstitucionalidad de la ley federal que databa del año 1820 que prohibía la esclavitud en las tierras que habían pasado a ser de dominio público tras la compra de Luisiana, además de negar la posibilidad de que los descendientes de comunidades negras que habían sido esclavizadas pudieran ser considerados como ciudadanos. A su juicio, en el momento histórico en que se dio la declaración de la libertad de los estados confederados las comunidades negras no tenían vinculación con este instrumento, por lo que consideraba este un argumento razonable para negar su reconocimiento como ciudadanos.

La sentencia emitida en el caso Dred Scott vs. Stanford se encontraba desprovista de legitimidad sustancial, tal y como se verá en los siguientes años, situación que puso en duda el desarrollo de la *judicial review* en manos de los jueces. Los hechos prenombrados se convirtieron en una página nefasta de la historia moderna norteamericana y en cerilla que encendió la pólvora de la Guerra Civil estadounidense. Para terminar con la guerra de Secesión y declarar abolida la esclavitud fue necesario enmendar la Constitución de los Estados Unidos de América: las enmiendas XII, XIV y XV le confiaron al Estado federal la protección de los derechos a la vida, la propiedad, la libertad y la igualdad ante la ley; mientras que la V y XIV enmiendas dieron las pautas para que la *judicial review* se desarrollara de forma plena a lo largo del siglo XX (Sánchez Agesta: 1955, 99).

Tras la crisis económica conocida como la Gran Depresión (1929-1939) el entonces presidente Franklin Roosevelt impulsó la aplicación de políticas intervencionistas denominadas New Deal (nuevo trato), con el objeto de reformar los mercados financieros y proteger los derechos económicos de los trabajadores a través de la ley. Por su parte, el Tribunal desarrolló un fuerte activismo jurisdiccional al

aplicar la cláusula del debido proceso legal, con el fin de proteger los derechos económicos individuales de los grupos empresariales por sobre los derechos colectivos, posición que debe ser entendida como una visión clásica de la época de no intervencionismo en las relaciones económicas entre particulares (*laissez faire*).

Con esta visión que se reflejaba en las decisiones que eran de su competencia el Tribunal se convirtió en una especie de legislador negativo, beligerante frente a la competencia natural del Parlamento al declarar la inconstitucionalidad de varias leyes federales, entre las que destacan dos particularmente: las leyes que imponían controles de precios a las tarifas ferroviarias, y la ley que limitaba la jornada laboral a ocho horas a la vez que obligaba a los empresarios a remunerar la labor de sus trabajadores con dinero y no con cupones (Kerpel: 2001, 17).

Durante la década de 1930 el Tribunal Supremo de Justicia hizo un uso indiscriminado de la *judicial review* al incidir en temas que reflejaban su corte conservador, pues de forma activa declaraba en sus sentencias la inconstitucionalidad de normas federales que, por supuesto, terminaban por afectar las decisiones políticas del gobierno. De ese modo los jueces se transformaron en actores de decisión política al traspasar el campo del Derecho y penetrar en el ámbito de la política, lo que no fue bien visto por la sociedad norteamericana que, por tales razones, empezó a denominar esta época “el gobierno de los jueces” de forma peyorativa (Sánchez Agesta: 1955, 132).

A raíz de los fallos dictados en materia constitucional por la Corte Suprema de Justicia, con el fin de limitar sus acciones, el entonces presidente Roosevelt presentó al Parlamento un proyecto de reformas con el que pretendía restringir las competencias del Tribunal Supremo y la aplicación de la *judicial review*. Si bien esta propuesta no tuvo la aceptación de las dos Cámaras del Parlamento, a raíz de ella el propio Tribunal inició un proceso de autolimitación por medio de las *writ of certiorary* con efecto *ad libitum*¹³, limitando su actuación al campo de la reivindicación de los derechos sociales

¹³ “Pero, sin duda, fue en el ámbito de la relación entre [el] poder judicial y [el] poder político en el que el nuevo reparto de tareas quedó más claro: el Tribunal renunciaba para lo sucesivo a toda influencia en el diseño de la política económica del país y reconocía la autoridad de los gobernantes para decidir lo que convenía al interés público. Entre [los años] 1937 y 1943 el Tribunal Supremo no volvió a pronunciar la inconstitucionalidad de una sola ley federal. En los diez años siguientes (entre 1943 y

y a decidir sobre cuestiones específicamente jurídicas. De esa forma, la decisión de temas políticos quedó en manos de quienes asumen estas funciones en el Estado democrático: los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Como resultará evidente, el control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América ha estado en una constante evolución desde que fue aplicado por el Tribunal Supremo y así se ha mantenido inmerso en un proceso de evolución que no ha cesado hasta la actualidad. Su punto de inflexión se halla en la reconocida sentencia proferida por el *chief justice* Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* sobre el cual resolvió en el año 1803, dado que este caso marcó el inicio de la *judicial review*, el *stare decisis* y su posterior autolimitación a través de *the writ of certiorari* como forma de superar las implicaciones que supone para el Tribunal el emitir pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de normas jurídicas en asuntos económicos y políticos. Ello demuestra que el control constitucional norteamericano ha evolucionado de conformidad con los casos que la justicia debe resolver en los diferentes momentos históricos, donde los jueces, ya sea para bien o para mal, han tenido un papel trascendental¹⁴.

Hay que reconocer también que ante esta situación resulta evidente la existencia de una autolimitación de los poderes constituidos, lo cual se ha dado con el fin de mantener el equilibrio dentro del Estado. Solo así se ha logrado, en cierta medida, evitar que tanto el poder Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial cometan arbitrariedades susceptibles de poner en riesgo los derechos de libertad conquistados.

De forma general los tratadistas que han profundizado en el análisis del control constitucional norteamericano coinciden en que este se ha desarrollado de manera accidentada, al igual que los demás hechos de la historia americana, aunque hay que reconocer que el Tribunal Supremo supo adoptar posiciones que han estado a la altura

1953) solo recayeron tres, y en casos “estrictamente judiciales”, de escasa envergadura” (Ahumada Ruiz: 2005, 43).

¹⁴ “Dentro de este marco la constitución obliga a la Corte y [a] los poderes del Estado. Este argumento constituye la noción básica de la idea de fuerza normativa de la constitución. En consecuencia, como es deber del Poder Judicial decir lo que la ley es, si dos leyes entran en conflicto, la Corte debe decidir conforme la constitución” (Sagüés, Sofía: 2007, 143).

de cada momento histórico, aun cuando las sentencias emitidas por los jueces reflejan la dinámica del *common law* norteamericano.

En resumen, de la exposición hecha hasta aquí se puede decir que el sistema de control constitucional norteamericano no obedece de ninguna manera a una brillante visión jurisprudencial sobre cómo debía ser aplicado. Por el contrario, en la construcción de este modelo de control se han acoplado variados precedentes vinculantes que le han dado vida a un sistema complejo, lo que dice mucho de la coherencia en materia jurídica que han tenido sus tribunales a lo largo del tiempo.

1.3. Estructura del sistema de justicia norteamericano

1.3.1. Tribunales estatales

Los precedentes jurisprudenciales son la base del sistema de justicia norteamericano al permitir ordenar jerárquicamente los criterios jurídicos que se aplican en los casos a resolver por los tribunales que son los organismos que contienen amplias facultades para dictar normas jurisprudenciales. Estos se encuentran organizados en forma de pirámide: en el primer nivel de la pirámide se hallan los tribunales estatales que han de ser al menos uno por cada estado federado, luego se encuentran los tribunales federales, y finalmente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América que se encuentra en la cúspide de la pirámide.

Debido al aumento de la carga procesal a partir del año 1980 se crearon tribunales especializados de justicia, y de ese modo se estableció un sistema conformado por tribunales federales y estatales vinculados entre sí por la Constitución federal de los Estados Unidos, pero que a la vez se encuentran yuxtapuestos¹⁵. Los tribunales estatales deben administrar justicia en cada estado según la respectiva Constitución y el *common law* desarrollado por sus propios precedentes de alcance estatal, siempre bajo el régimen jerárquico constitucional.

¹⁵ “El federalismo judicial implica la coexistencia de dos niveles de jurisdicción que funcionan yuxtapuestos, ni en relación jerárquica ni simplemente separados. El elemento característico es que una de esas jurisdicciones tiene alcance nacional [y está] asociada con el Gobierno Central o Federal, en tanto que la otra queda circunscrita por los límites territoriales de cada una de las entidades que integran el Estado compuesto y que constituyen, como estados miembros o federados, la Federación” (Ahumada Ruiz: 2016, 360).

En este sistema la gran mayoría de los asuntos judiciales pueden ser resueltos por los jueces de los estados, de modo que los ciudadanos norteamericanos, por regla general, no tienen la necesidad de recurrir ante la justicia federal para presentar un caso al ser los tribunales de cada estado federado competentes para conocer una gran variedad de casos en diferentes materias. Los tribunales estatales conforman un complejo sistema judicial que está integrado por varios juzgados de cada estado federado, los cuales se encargan de administrar justicia conforme a la respectiva constitución estatal y el *common law*. Dicho esto, debido a que los tribunales estatales no tienen competencia para declarar jurisprudencia vinculante entre sí¹⁶, no amerita mayor análisis su funcionamiento.

1.3.2. Sistema de tribunales federales

Según lo establecido en el texto del título III de la Constitución de los Estados Unidos de América los tribunales federales son designados por el Presidente¹⁷ y tienen competencia para resolver asuntos de constitucionalidad sobre las leyes federales o actos que se deriven del proceso judicial contradictorio. Los tribunales federales de primera instancia, también denominados distritales, acumulan la mayor carga procesal al ser la vía de ingreso a la jurisdicción federal, no obstante, sus fallos no crean precedentes jurisprudenciales al ser susceptibles de apelación ante los tribunales de circuito. En la actualidad existen 44 distritos judiciales federales incluyendo el Distrito de Columbia, Puerto Rico y los territorios de ultramar, y cada distrito judicial incluye un tribunal de quiebra autónomo al tribunal federal¹⁸.

¹⁶ “La mayor parte de los sistemas judiciales estatales, al igual que el sistema judicial federal, tienen tribunales de la primera instancia de competencia general, tribunales de apelación interlocutorios y una corte suprema estatal. También podrían tener tribunales inferiores especializados, tribunales del condado, municipales, de reclamos de menor cuantía o juzgados de paz que se encargan de asuntos menores” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 12).

¹⁷ “Los magistrados de la Corte Suprema, los jueces federales de primera instancia, de los Tribunales de Apelación y los jueces del Tribunal de Comercio Internacional son nombrados según dispone el título III de la Constitución Política. Ellos son designados y nombrados por el presidente de los Estados Unidos y [la nominación] debe ser ratificada por un voto mayoritario del Senado. Los magistrados y jueces nombrados bajo el amparo del título III ejercen sus funciones de carácter vitalicio y solo pueden ser destituidos por el Congreso mediante el proceso de impugnación que dispone la Constitución Política. El Poder Judicial no toma parte en el proceso de nominación o ratificación” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 15).

¹⁸ Un tribunal de quiebra “tiene competencia a nivel nacional sobre casi todos los asuntos que tengan que ver con causas de quiebra, excepto los relacionados con materia penal. Dado el caso que se interponga una causa en el tribunal de quiebra todas las causas relacionadas que estén pendientes en

Los tribunales de apelación, también conocidos como tribunales de circuito, son los responsables de revisar las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales federales distritales, así como las apelaciones de las agencias administrativas federales. De modo que cada tribunal de apelación del circuito federal tiene la competencia nacional para conocer apelaciones en causas especializadas. Los distritos judiciales se organizan a su vez en 12 circuitos regionales y cada uno se encuentra bajo la jurisdicción de un tribunal de apelación (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 10).

Cuando un proceso judicial es puesto en conocimiento de los tribunales de apelación, al igual que sucede con los demás tribunales que forman parte del sistema federal, no se encargan de revisar cuestiones de Derecho evaluadas a la luz de la justicia estatal. Esto quiere decir que cumplen una función específica que es examinar la constitucionalidad de las leyes estatales y federales.

1.3.3. Tribunal Supremo de Justicia

El Tribunal Supremo de Justicia está conformado por nueve magistrados que en la actualidad ejercen sus competencias de control constitucional de modo discrecional. Es el tribunal de mayor jerarquía dentro del sistema de justicia norteamericano, por lo tanto, sus sentencias tienen el carácter de ser inapelables, característica que es propia de las cortes de este nivel jerárquico.

Las últimas reformas legales facultan a este Tribunal a escoger los casos sobre los que efectuará el control de constitucionalidad. Y cuando se producen casos análogos el Tribunal Supremo debe realizar la interpretación pertinente de la norma constitucional o la ley federal en cuestión, con el fin de armonizar su aplicación.

otros tribunales federales y estatales pueden ser trasladadas a ese tribunal. La administración de dichos tribunales de quiebra le corresponde a los jueces de quiebra. Dentro del Poder Judicial, dos tribunales especiales tienen competencia a nivel nacional sobre cierto tipo de causas. El Tribunal de Comercio Internacional resuelve las causas en lo referente al comercio internacional y asuntos aduanales” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 8).

Todos los tribunales estatales y federales de cada uno de los estados que hacen parte de la Federación están obligados a aplicar dicha interpretación¹⁹.

En la actualidad, el Tribunal Supremo admite solo aquellos casos que a su criterio son relevantes y cuando a su juicio el equilibrio constitucional puede estar en riesgo, ya sea por la errada aplicación de un principio constitucional en un caso concreto, por medidas de carácter gubernamental aplicadas o por la inconstitucionalidad de una ley federal. Eso implica que el Tribunal Supremo posee potestad correctora sobre el sistema normativo, no obstante, la implementación del *certiorari* le ha permitido actuar de forma discrecional durante los últimos años. Pese a ello, es importante decir que actualmente son los tribunales de apelación los encargados de corregir los fallos de los tribunales de primera instancia.

1.4. Principio *stare decisis*

El principio *stare decisis* es el soporte principal del sistema de justicia norteamericano porque permite organizar el *case law* a través de una red de precedentes jurisprudenciales verticales y horizontales. Para comprender lo que ello implica es importante definir lo que el sistema de justicia norteamericano ha entendido por el término *precedente*, el cual describe de la siguiente manera:

Precedente: resolución judicial en una causa anterior con características fácticas y de derecho similares a otra pendiente ante un juez. Conforme al régimen jurídico anglo-norteamericano (*common law*) los jueces, por lo general, “acogen” el precedente. Los conceptos establecidos en la causa anterior son utilizados para decidir nuevas causas que comparten hechos similares y traen a colación puntos similares de derecho (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 62).

¹⁹ “La Corte Suprema de los Estados Unidos es el tribunal de mayor instancia en el sistema judicial federal. Lo componen el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ocho magistrados asociados. El tribunal siempre preside en banc –en pleno (colegiado)– con los nueve magistrados conociendo y decidiendo las causas juntos. La competencia de la Corte Suprema es casi completamente discrecional y para ser ejercida en el conocimiento de una causa se requiere el acuerdo de por lo menos cuatro de los magistrados” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 11).

El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere* que significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Es por eso que parte vital del principio *stare decisis* se centra en la obligación de los jueces para aplicar los fallos de los tribunales de mayor jerarquía con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

Dentro del sistema de justicia norteamericano, el *stare decisis* se configura como el parámetro de aplicación de la norma que garantiza la armonía jurisdiccional en función del orden jerárquico de los tribunales norteamericanos. Sin embargo, este es aplicado de forma flexible, contrario a lo que sucede con su concepción original proveniente de Inglaterra. Es así dado que en los Estados Unidos los tribunales se encuentran facultados para realizar cambios en la *judicial review*, con el fin de adaptar sus decisiones a las nuevas circunstancias que podrían llegar a producir una comprensión diferente del Derecho. Lo cierto es que el Derecho no tiene razón de ser si no consigue garantizar las libertades de las personas.

En ese sentido, se puede decir que la concepción del principio *stare decisis* es un reflejo de la historia del Derecho norteamericano, el cual siempre ha estado sujeto a hechos que lo transforman a manera de un dinamo social. Dicho de otro modo, entre los hechos y el Derecho se crea la sinergia suficiente que permite a través de la aplicación del control constitucional optimizar al sistema de justicia norteamericano.

En definitiva, el *common law* norteamericano subsiste en el tiempo gracias a la implementación del principio *stare decisis* y al desarrollo paralelo de un registro fiable de las sentencias que van generando un cambio en la comprensión del Derecho, sentencias que desde antaño han sido publicadas y han permitido desde entonces, de ese modo, que todos los magistrados hayan podido conocer los fallos y cumplir con su aplicación. A este sistema de registros jurisprudenciales se lo denominó *law reports*, y es precisamente de ahí donde surge la premisa de que el *law* era un “derecho de creación judicial” (*judge-made law*) (Kerpel: 2001, 8).

1.5. La *judicial review*

Desde el momento en que comenzó a desarrollar sus funciones el Tribunal Supremo de Justicia buscó implementar mecanismos jurídicos que garanticen la cláusula de la supremacía de la Constitución de la Federación. A este respecto, en el año 1803 se establecieron dentro de la sentencia proferida para el caso *Marbury vs. Madison* las bases de la *judicial review*, sin embargo, no fue sino hasta principios del siglo XX cuando surgieron las primeras teorías acerca de su aplicación, más concretamente, ello se evidenció durante la aplicación del New Deal en que la Corte Suprema declaró inconstitucional algunas leyes de carácter social.

Un punto importante de la evolución de la *judicial review* se encuentra en los años finales de la gran crisis financiera ocurrida en los Estados Unidos, la cual inició en el año 1929 y terminó en 1939, denominada la Gran Depresión. En esos años se dictó la sentencia que resolvió el caso *West Coast Hotel Company vs. Parrish* (1937), la cual facultó al Congreso para que dictara leyes sociales que regulasen los derechos relacionados con la producción²⁰. A partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia los tribunales norteamericanos cambiaron la forma de aplicar la *judicial review*, pues la revisión judicial es un mecanismo de control de constitucionalidad que se aplica de forma incidental, es decir, dentro de procesos judiciales. En adelante:

Todos los jueces de los Estados Unidos, sin tener en cuenta el nivel del tribunal en el cual se desenvuelven ejercen la facultad de revisión judicial. Se les exige acatar la jerarquía de leyes que colocan a la Constitución Política de los Estados Unidos por encima de todas las demás leyes. Por lo tanto, los jueces no solo acatarán los precedentes al interpretar las leyes, normas y actuaciones de los funcionarios del poder (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 21).

²⁰ “En el pronunciamiento se desarrolló un interesante análisis de cómo la Corte sostenía que la producción afectaba solo indirectamente al comercio y, en consecuencia, el Congreso no podía invocar su potestad de regular sobre dicha materia para dictar normas sobre la primera. Al cambiar la posición *justice Roberts*, el criterio mayoritario pasa a ser el *no distinguir entre afectación directa o indirecta* y, en consecuencia, el Congreso nacional, de mayoría oficialista, veía abierta la posibilidad de dictar leyes sociales referentes a la producción” (Sagüés, Sofía: 2007, 137).

En el sistema norteamericano la *judicial review* o revisión judicial, puede ser aplicada por cualquier tribunal en casos concretos, dado que se utiliza para controlar la constitucionalidad de la ley y los actos gubernamentales. Fue el entonces presidente de la Asociación Estadounidense de Ciencias Políticas, Edward Corwin, quien en el año 1910 acuñara el término *judicial review*, mencionándolo por primera vez en varios artículos que fueron publicados en la revista de Derecho estadounidense *Michigan Law Review*, siendo el primero de ellos el titulado *The Establishment of Judicial Review* (Ahumada Ruiz: 2006, 117).

La revisión judicial cumple un papel estelar junto con los precedentes jurisprudenciales de la justicia americana al garantizar la constitucionalidad de las normas que se aplican en los distintos casos judiciales. Desde la perspectiva del *common law* el control constitucional es un sistema que se va construyendo con cada *case law* resuelto a la luz de los fallos del Tribunal Supremo, a solicitud de las partes cuando estas consideran que se ha vulnerado la norma constitucional federal.

Por otra parte, la *judicial review* es un procedimiento judicial aplicado por el Tribunal Supremo, cuyo fin es revisar la legalidad de una decisión o acción tomada por una entidad pública (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 35); cabe anotar que no solamente se aplica en la revisión de los fallos que emanan desde los tribunales de inferior jerarquía, sino que también puede surtir efectos sobre los actos de los organismos públicos.

1.6. El *certiorari*

Tras la aprobación de la *Judicial Act de 1988* el Tribunal Supremo ya no está obligado a conocer todos los casos de apelación, significando este hecho que el control constitucional norteamericano comienza una nueva etapa. El sistema de justicia federal conceptualiza el *writ of certiorari* en los términos de “auto de avocación (*certiorari*): [definido como] una orden expedida por el Tribunal Supremo de los EE. UU. con la cual ejerce su criterio para repasar el fallo de un tribunal federal inferior o un tribunal supremo a nivel estatal” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 55).

A partir de la segunda mitad del siglo XX, por las implicaciones que trajo consigo la aprobación de la *Judicial Act de 1988*, el Tribunal Supremo empezó a acusar exceso de carga procesal, lo que impedía que este actuara con celeridad y de forma oportuna. Fue así como, a la luz de estas consideraciones, el Tribunal Supremo implementó la figura del *certiorari*, buscando reducir la carga procesal que entonces tenía; sin embargo, en la práctica esta medida no ha sido suficiente para lograr descongestionar la jurisdicción constitucional.

De hecho, entre los años de 1969 y 1986 el Tribunal Supremo ya había emitido reglas rígidas para la aplicación del *certiorari* por el exceso de apelaciones que empezó a avocar conocimiento por asuntos de constitucionalidad, y a partir de esos cambios fue que se dispuso que cada tribunal de estado, dentro de su jurisdicción, controlara la constitucionalidad de las leyes aplicadas. Dicho esto, es claro que en un principio la aplicación del *certiorari* tuvo como fuente los precedentes del propio Tribunal Supremo de Justicia.

En la actualidad, el Tribunal Supremo no tiene la obligación de admitir todas las apelaciones que llegan a ser de su conocimiento, es suficiente emitir un auto de inadmisión para negar el recurso sin necesidad de que esté motivado²¹. Con todo, durante el siglo XX se han planteado muchos casos ante el Tribunal Supremo por la vía de apelación con el propósito de buscar una sentencia distinta a la controversia resuelta por los tribunales de inferior jerarquía, no teniendo, por tanto, estas apelaciones presentadas el fin de determinar la inconstitucionalidad de una ley federal, sino todo lo contrario, buscando que el Tribunal Supremo se convierta en una especie de tribunal de apelaciones de última instancia. De igual manera se han presentado casos en los que el requirente busca que se valoren una vez más los hechos acaecidos dentro del caso y se corrijan supuestos errores cometidos por los tribunales de instancia, olvidando que esa no es la función del Tribunal Supremo²².

²¹“De las otras dos vías, *appeal* y *certiorari*, es esta última, sin duda, la que abre camino al grueso de la apelación. La diferencia esencial entre ambas radica en que el *writ of appeal* se concede como derecho previsto por la ley a las partes que han actuado en determinado tipo de procesos, en tanto que el *writ of certiorari* depende en cuanto a su concesión de la pura discreción del Tribunal” (Ahumada Ruiz: 1994, 98).

²² “[...] La práctica habitual de este órgano es la constatación de una multitud de solicitudes basadas en la existencia tales errores. En este contexto, se ha considerado necesaria la reiteración de la ineficacia o esterilidad de su invocación. Y es que la función del reseñado órgano jurisdiccional no se reduce a

También en reiteradas ocasiones se han llegado a presentar ante el Tribunal Supremo procesos en los que existían aparentes inconstitucionalidades, pero que ya se habían resuelto con anterioridad mediante sentencia en otros casos análogos. En dicho caso, al igual que en los anteriores, se buscaba resolver procesos de inconstitucionalidad sobre un mismo asunto, lo que resulta ser desgaste de tiempo innecesario que implica la acumulación de carga procesal y dilata el accionar del Tribunal Supremo, todo ello va en desmedro de otros casos que podrían tener un verdadero valor de revisión constitucional.

Es precisamente por los casos que se han presentado en busca de resoluciones que no son competencia del Tribunal o que no tienen valor de revisión constitucional que el Tribunal Supremo ha dispuesto del *certiorari* como una facultad discrecional interna, al realizar un proceso de discriminación afirmativa de un caso sobre otro, con el fin de determinar cuál merece ser admitido por él, siempre a criterio de la mayoría de la magistratura. Así, a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal, con el devenir del tiempo, la aplicación del *certiorari* viene autolimitando su rango de acción. La Corte evita tratar la constitucionalidad de las leyes que tengan contenido de carácter político o económico y, contrario de los precedentes dictados durante la década de 1930, autolimita su acción jurisdiccional a casos que conllevan una alta valoración dentro del campo del Derecho y las libertades ciudadanas²³.

Por lo general, el Tribunal dicta auto de admisión en los casos que a su juicio suponen un riesgo para el orden constitucional, por tanto, su intervención es necesaria para salvaguardar la armonía del sistema jurídico y constitucional²⁴. Dicho de otro modo, la aplicación del *certiorari* le permite al Tribunal Supremo “decidir no decidir” en casos controvertidos, sobre todo, en aquellos donde no existe la certeza jurídica de que la sentencia emitida permita preservar la paz social. Incluso, el Tribunal Supremo

corregirlos, sino que tiene por objeto la resolución de aquellos asuntos en los que se encuentran involucradas cuestiones de relevancia en el ámbito nacional” (Hualde López: 2015, 83).

²³ “Normalmente, cada año la Corte Suprema recibe aproximadamente 8 mil solicitudes para [que expida] autos de avocación (*certiorari*), y solo aceptará conocer de aproximadamente 100 causas” (United States. Administrative Office of the United States Courts. Article III Judges Division: 2016, 36).

²⁴ “A la vista de la práctica del Tribunal en este ámbito los autores distinguen entre conflictos “tolerables” e “intolerables”, siendo estos últimos los que hacen exigible –en la medida en que la discrecionalidad admite hablar de exigencia– la actuación del Tribunal. Los conflictos resultan tolerables para el Tribunal cuando no ponen en peligro la integridad del sistema” (Ahumada Ruiz: 1994, 122).

puede dejar en suspenso la resolución de sentencias en torno a derechos en casos en los cuales su decisión pueda provocar un ambiente de excesiva controversia, y con el devenir del tiempo puede llegar a recabar nuevos elementos estimativos para resolver el caso con un mayor grado de certeza constitucional.

Por otra parte, se debe tener presente que la aplicación de la *judicial review* permite revisar en cualquier momento los fallos del propio Tribunal a la luz de nuevos elementos sociojurídicos que le permitan a este tener una comprensión diferente, pero fiel al contenido de la Constitución federal.

Cabe anotar que el Tribunal Supremo aún no ha indicado con claridad cuáles son las consideraciones que utiliza para declarar la admisión o la inadmisión de un caso, por lo que la aplicación del *certiorari* en los últimos tiempos ha generado una serie de dudas respecto a su fundamentación normativa, dado que no existen mayores fundamentos en la ley federal o en la jurisprudencia de la misma Corte que permitan deducir o ver con claridad cuáles son esas consideraciones o criterios que emplea el Tribunal. Lo cierto es que tampoco se puede afirmar que el *certiorari* es para el Tribunal una solución definitiva ante los excesos de carga procesal.

2. El control de constitucionalidad en Europa

2.1. Antecedentes históricos

El control constitucional fue aplicado por primera vez en Europa en la Constitución austríaca de 1920. Para comprender cómo ha evolucionado el control constitucional desde esta primera aplicación se requiere precisar los hechos históricos que contribuyeron a forjar la identidad constitucional europea. Esos hechos tuvieron como punto de partida la Francia del siglo XVIII, donde comenzó el proceso de positivización de los derechos fundamentales y las normas constitucionales que establecieron las atribuciones de los poderes del Estado con base en los ideales que impulsó a la Revolución francesa como fueron la separación de poderes, los derechos fundamentales, los principios de igualdad y libertad para todos los hombres, en síntesis, a la luz del pacto social.

Mucho más acabada y completa, la doctrina del contrato social (*pactum societatis*) y de los derechos naturales entendería (salvo en los casos extremos de Rousseau y Hobbes) que existe un ámbito de la libertad natural que ha de ser en todo caso respetado, y que, en el tránsito del estado de naturaleza al estado social, no puede ser lesionado por el contrato (Quadra-Salcedo J: 2011, 228).

En esta primera etapa la Constitución fue concebida como un documento de trascendental importancia al contener los derechos fundamentales, no obstante, recibió serios ataques por parte de quienes, una vez pasado el auge de la Revolución francesa, intentaban retomar el poder del Estado. Los regímenes monárquicos que habían sido depuestos por los ejércitos de Napoleón buscaban reinstaurar su posición a lo largo de la Europa occidental y, de forma paralela, los grupos de izquierda –siguiendo sus propias líneas ideológicas– tenían la misma pretensión de alcanzar el poder para imponer su visión de Estado.

Lo cierto es que ambos grupos políticos buscaban reducir los derechos contenidos en la Constitución a meros principios declarativos sin fuerza normativa, para que únicamente sirvieran como guía para la estructura orgánica del Estado²⁵. A modo de síntesis, se podría decir que las constituciones napoleónicas hirieron de forma letal la esencia original del constitucionalismo al imponer el autoritarismo de las monarquías, pero representada en esa ocasión por el jefe de Estado (García de Enterría: 2006, 285).

Las constituciones escritas europeas tienen como precursora directa la Constitución norteamericana de 1787, sin embargo, correrán con distinta suerte durante sus primeras etapas de desarrollo, dado que en la mayoría de los países de Europa se terminó instaurando la soberanía parlamentaria como modelo de gobierno.

²⁵“Este concepto tan preciso de constitución va a sufrir, no obstante, en Europa continental un fuerte embate por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el continente por los ejércitos de Napoleón. Estas monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los monarcas “otorgan” cartas constitucionales que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de constitución. Es la expresión del “principio monárquico” que, en materia constitucional, consagra para toda Alemania el famoso art. 47 del Acta Final del Congreso de Viena y que dominó también en toda la Europa restaurada” (García de Enterría: 2006, 47).

En consecuencia, las constituciones que se dictaron en los años subsiguientes se centraron en la organización del Estado y el fortalecimiento del parlamentarismo y no en los derechos (García de Enterría: 2006, 285).

El prenombrado escenario era completamente opuesto al propósito que se había perseguido con la redacción de la Carta Fundamental norteamericana, la cual se elaboró basándose en las libertades y los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos significando esto que la soberanía radica en el pueblo estadounidense y no en el Parlamento. Fue necesario que transcurriera más de un siglo entre guerras para que en Europa se desarrollara un nuevo paradigma constitucional que priorizara los derechos y las libertades.

A la luz de lo anterior, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en la Asamblea Nacional Constituyente francesa en el año 1789, fue reducida a una expresión vacía, particularmente en lo que se refiere a la preponderancia que tiene la Constitución en la protección de los derechos. De ese modo está expreso en el artículo 16 de la citada declaración en la que se señala que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”. Esto significó, en definitiva, que los logros alcanzados por la Revolución francesa en materia de derechos durante la época de la Ilustración se fueron difuminando en el tiempo.

Con la posterior restauración de la monarquía en los países europeos las constituciones pasaron a ser conferidas por el rey, por lo tanto, estaban desprovistas de legitimidad parlamentaria y menos aún poseían legitimidad democrática; fue una época en la que la separación de poderes se convirtió en una ficción al volver a estar concentrados en el rey y en el Parlamento en cierto grado, dado que de forma recurrente el Parlamento respondía a los intereses del monarca.

La Constitución de Cádiz, dictada en 1812, fue un fugaz intento por instaurar un orden constitucional por primera vez en España, durante el corto período de la ocupación napoleónica que llegó a su fin en el año 1814. Tras la Convención de Viena de 1815, bajo el principio monárquico de legitimidad señalado en el art. 47 del texto

final de la convención, la monarquía se restableció de forma oficial en Europa, hecho que marcó el fin del intento de Napoleón Bonaparte por formar un imperio.

Durante esta época se promulgarán constituciones que tienen como fuentes exclusivas la voluntad del rey en unión con el Parlamento, en cuyos textos desaparecerá la esencia originaria de los derechos fundamentales, dado que se centran en la organización del poder dentro de los Estados. Esas constituciones en las que no se garantizaron los derechos fundamentales estuvieron muy lejos de ser garantes de las libertades de los ciudadanos, ya que la Constitución nace como un artificio del ser humano que es capaz de asegurar la defensa de sus derechos frente a los Estados opresores donde imperaba la voluntad de un solo ser humano: el rey²⁶.

Durante esta época se llegó al punto de solo reconocer como derechos exigibles ante el Estado aquellos que el legislador tutelaba a través de las normas jurídicas, en contraste con lo que acontecía en el continente americano. El desarrollo del Derecho constitucional se vio frenado por el intento de la monarquía de retornar y perpetuarse en el poder y “los postrevolucionarios, unidos por la identificación con el ideal del gobierno limitado, el reconocimiento de los derechos individuales frente al Estado y la revalorización de la monarquía, se dividieron en torno al concepto y la práctica del cambio liberal” (Gómez Ochoa: 2007, 40). En definitiva, lo que sucedió durante el siglo XIX en Europa fue que el concepto originario de *Constitución* se perdió por completo.

Consiguientemente, no es posible afirmar que el poder Judicial ocupó un lugar estelar en el desarrollo de las sociedades europeas, dado que estaba obligado a aplicar de forma exclusiva las normas dictadas por el legislador, dicho de otro modo, los jueces debían desarrollar sus fallos de forma exclusiva a la luz de la ley al considerarse

²⁶ “La Carta Constitucional de 1814 o Acta Otorgada comienza diciendo: “La divina Providencia, volviéndonos a traer a nuestros Estados tras una larga ausencia...” Y explica el alcance de la carta, “solicitada por el estado actual del reino” (“la hemos prometido y ahora la publicamos”): “Aunque la autoridad toda entera residía en Francia en la persona del rey, nuestros predecesores no habían dudado en modificar su ejercicio según las exigencias del tiempo... Reconociendo que una constitución libre y monárquica debe satisfacer la esperanza de la Europa ilustrada, hemos tenido que recordar que nuestro primer deber hacia nuestros pueblos era el de conservar, por su propio interés, los derechos y las prerrogativas de nuestra Corona...” (García de Enterría: 2006, 285).

la Constitución una norma programática, declarativa de derechos y de carácter político que permite organizar la estructura del Estado.

Fue así como los derechos fundamentales que emergieron durante el primer momento constitucional pasaron a ser meras expectativas vacías, es decir, no gozaban de poder coercitivo porque no se encontraban desarrollados por la ley. Estas constituciones en las que se estableció como principal objeto la organización política del Estado y relegaron a un segundo orden el deber de garantizar los derechos estaban lejos de ser una garantía real, ya que se concibieron desde una concepción completamente opuesta al ideario original que dio significación a la Constitución.

Posterior a la Primera Guerra Mundial, a inicios del siglo XX, se puede identificar un tercer momento constitucional europeo en Alemania, lugar donde renacerá el constitucionalismo originario en Europa, construido sobre las bases dejadas por la Constitución de Weimar y la Constitución de Austria acerca del control constitucional.

El desarrollo del garantismo constitucional inicia en Europa con la instauración de los primeros tribunales constitucionales, los cuales son piezas clave del modelo actual, dado que las relaciones entre los poderes del Estado cambian sustancialmente al dejar de ser entendidos como divisiones absolutas. Es de ese modo como en la actualidad se concibe a los poderes del Estado como interdependientes, lo cual se hace con el fin de instaurar un verdadero sistema de pesos y contrapesos que permita garantizar el equilibrio institucional y democrático.

En esta nueva era de la justicia constitucional resultaba inescindible la sujeción del Parlamento al control judicial para garantizar la protección de los derechos, y que las acciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo fueran controladas por otro poder del Estado que tuviera un carácter independiente y estuviera vinculado en menor medida con las decisiones políticas que toma el gobierno sobre la vida de los ciudadanos. Estos requerimientos se dieron debido a que los poderes del Estado pueden alejarse en ocasiones de las prerrogativas constitucionales, aun cuando ello no debería ocurrir, al punto de llegar a cometer arbitrariedades que atentan contra su propia institucionalidad (García de Enterría: 2006, 62).

Sin duda, Hans Kelsen es el padre del modelo de control constitucional europeo. Su obra se ve reflejada en la Constitución de Austria, una extraordinaria contribución al modelo de control concentrado de constitucionalidad. Kelsen diseñó una forma de controlar los actos normativos que emanan de los poderes del Estado a través de los tribunales constitucionales, por eso es considerado una obra inigualable dentro del quehacer del Derecho desde toda perspectiva que se estudie (Aragón Reyes et al.: 2011, 292). Si bien fue solo después de la Segunda Guerra Mundial que fue posible reinstaurar el constitucionalismo originario en Europa, a partir de este punto de la historia los derechos fundamentales se constituyeron en la piedra angular del constitucionalismo moderno.

Con este nuevo enfoque puesto en los derechos fundamentales, para garantizar que no se volverían a repetir vulneraciones a las libertades y a las vidas de las personas como las que se cometieron en el marco de las guerras que se gestaron en el siglo XIX, en cada ordenamiento jurídico de los Estados europeos se reconocerá la supremacía de la Constitución y su fuerza vinculante. No obstante, no se puede desconocer el hecho de que a pesar de que el modelo constitucional de Kelsen fue implementado a lo largo de Europa, este no fue aplicado de forma pura debido a que cada Estado introdujo características propias e innovaciones con el fin de optimizar su desarrollo.

Una de las características más notables del control de constitucionalidad es la enorme diversidad de las formas que adopta, [las cuales] pueden ir desde la humildísima de una simple excepción a la regla "*lex posterior*" (la ley posterior deroga a la anterior, excepto cuando esta es de rango superior) hasta la de una función constitucional autónoma perfectamente tipificada, pasando por algunas variantes intermedias entre uno y otro extremo (Cruz Villalón: 1987, 31).

Para los Estados europeos solo fue posible concebir un nuevo orden constitucional después de haber sufrido las consecuencias de las guerras que se gestaron en el siglo XIX, las cuales, al final solo condujeron al genocidio entre los países. En el marco de los conflictos bélicos que se dieron entre naciones, y a gran escala en el continente europeo, se laceraron los derechos fundamentales de una manera fulminante y fue a la luz de estas duras lecciones que dejaron las guerras a los gobiernos y a los territorios como finalmente en Europa surgió el apremiante interés

por instaurar un nuevo modelo de Estado. Un modelo en el que los derechos dejan de ser considerados meros enunciados programáticos al pasar a ser directamente aplicables, revestidos con fuerza de ley, y, por tanto, de carácter vinculante tanto para los organismos del Estado como para los ciudadanos.

2.2. Control de constitucionalidad

En Europa se adoptó una concepción de la jurisdicción constitucional muy diferente a la que se tuvo en el sistema de justicia norteamericano desde sus inicios. En el corazón de la historia europea se encuentran de tal forma arraigadas las monarquías que estas marcaron de manera decisiva la evolución del Estado y de los modelos de gobierno. A partir del siglo XIX se empezaron a elaborar las primeras constituciones que garantizaban la división de poderes, mientras que el Parlamento se consolidaba como el poder del Estado donde reside la soberanía por excelencia.

Al concluir la Primera Guerra Mundial en 1918, en Austria entró en vigor la primera Constitución en la que se concibió a un Tribunal Constitucional con competencias exclusivas para ejercer control sobre la ley, y es a partir de este importante momento de la historia del Derecho cuando se comenzará a utilizar el término *justicia constitucional*.

Es importante destacar en este punto a la Constitución de Suiza de 1874 como un símil lejano del constitucionalismo de esta época, y la Constitución de Weimar de 1919 como el antecedente más cercano al establecer un órgano independiente con la potestad de inaplicar normas federales en caso de que estas no se ajustaran al contenido de la Norma Fundamental.

Pero antes de la promulgación de la Constitución austríaca de 1920 se produjeron sendos debates en torno a las atribuciones de los tribunales constitucionales, las cuales se relacionaban principalmente con la potestad que tenían estos órganos para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley y de aquellos actos que tenían rango de ley. El punto clave de las discusiones era la falta de legitimidad de los tribunales frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo que son los órganos políticos que ostentan la representación popular dentro de un sistema

democrático. Ante esta situación, en los países de Europa occidental surgieron novedosas formas de concebir la jurisdicción constitucional como lo explicaron Cappelletti y Rodríguez (1982, 16) al señalar:

[Que] la legitimación o “investidura democrática” del juez no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, en sentido estricto, del hecho de que represente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. La legitimación democrática del juez deriva del respeto a esas características y garantías de la justicia natural a [las] que antes me he referido y que constituyen, al mismo tiempo, el límite y la fuerza de la función judicial.

De esa manera, a inicios del siglo XX comenzó el desarrollo de la justicia constitucional, pero desafortunadamente tras el inicio de la Segunda Guerra Mundial en 1939 desaparece el Tribunal Constitucional en Austria, así como también sucediera con las demás instituciones democráticas. Con el estallido del segundo conflicto bélico a gran escala se había iniciado el camino hacia una época donde predominó el totalitarismo en Europa.

Al revisar las constituciones europeas de la postguerra se puede ver, en suma, que todas ellas son una expresión inconmensurable de los Estados, especialmente de aquellos que fueron golpeados con mayor dureza por los efectos que tuvo el conflicto bélico, por buscar una forma de controlar el poder e instaurar un mecanismo de pesos y contrapesos que permitiera su limitación. “...La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*” (García de Enterría: 2006, 55).

La mayor preocupación que se generó en esta época se centraba en evitar el surgimiento de regímenes totalitarios que solo terminan por violentar los más esenciales derechos: a la vida y a la dignidad humana. Con esa preocupación y el claro objetivo de evitar que surgieran formas de gobierno totalitarias, los países europeos tuvieron que repensar bajo qué parámetros se debería efectuar el control de constitucionalidad, control que por primera vez en la historia sería de carácter formal, tanto en sus alcances como en sus efectos.

De los debates surgidos durante la elaboración de la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 (conocida como Ley Fundamental de Bonn de 1949 y denominada de esta forma en lo sucesivo) se puede decir que Europa occidental obtuvo un saldo positivo, pues con estos procesos se afianzó la idea de que el pueblo es el único titular de la soberanía y que la protección de los derechos fundamentales debe ser prioridad del Estado.

Con esta finalidad, los países europeos adoptaron en su gran mayoría el modelo kelseniano de justicia constitucional, en otras palabras, buscaron garantizar la supremacía de la Constitución a través de la creación de tribunales constitucionales especializados e independientes. Los países de Europa occidental comprendieron:

[Que] lo que caracteriza al control de constitucionalidad es el ser asumido por agentes por entero ajenos al proceso de creación de la norma y, salvo excepciones, con posterioridad al nacimiento de la misma. El operar sobre la voluntad legislativa ya perfecta es uno de los caracteres básicos y quizá incluso el “punto de no retorno” del control de constitucionalidad (Cruz Villalón: 1987, 28).

El sometimiento del juez a la ley resolvió el problema de la falta de legitimidad democrática, esto significaba que en adelante ningún organismo del Estado podía estar por encima de la expresión de la voluntad soberana (Quadra-Salcedo: 2011, 279). La Constitución se configura finalmente como el instrumento que fija los límites al ejercicio del poder y, a la vez, como punto de equilibrio de las relaciones sociojurídicas entre los miembros del Estado. Esta concepción del Derecho tiene en su centro al Tribunal Constitucional que es el encargado de garantizar los derechos fundamentales y siempre se mantiene independiente de los demás poderes del Estado. En este sentido, la jurisdicción constitucional no admite subjetividades, pues la razón objetiva debe imponerse y estar siempre en función del contenido de la Norma Fundamental.

En esta nueva etapa de la jurisdicción constitucional tanto los tribunales de justicia como el poder constituido en general debieron asumir nuevos retos. El principal de todos ellos fue cumplir con el ejercicio de sus atribuciones, sin llegar a incurrir en arbitrariedades que se traducirían en un régimen judicial autoritario,

acrónimo del repudiado autoritarismo de la primera mitad del siglo XX. Resulta evidente entonces que la vía escogida para la reconstrucción del Estado de Derecho fue la aplicación con carácter coercitivo de los derechos fundamentales, pues solo así era posible recobrar la confianza de los ciudadanos en la institucionalidad del Estado.

Lo cierto es que los derechos fundamentales se empezaron a aplicar con fuerza de ley, esto, debido a la obsolescencia del poder Legislativo en ciertas ocasiones. Dicho de otra forma, ante la necesidad de tutelar un derecho el juez podría llegar a suplir la función del legislador con carácter positivo. De esta forma, surgió en los Estados de Europa occidental la supremacía constitucional de los derechos, al aplicar una lectura jurídica-constitucional a sus propias realidades.

A la luz de estas consideraciones, los derechos fundamentales se convierten en el fin institucional, pero cabe anotar que este fin no puede descuidar los derechos individuales, ya que entre estos existe una relación recíproca. Por tanto, la sostenibilidad de las sociedades modernas depende de la construcción de una plataforma de derechos colectivos, firme, incluyente y democrática, que garantice tanto los derechos que son de titularidad individual como colectiva. Dicho de otro modo, los derechos fundamentales son principios mínimos que en todo Estado de Derecho constitucional siempre deberán ser observados por los entes estatales. Y en esta nueva etapa del constitucionalismo son los jueces quienes tienen la facultad de ordenar la aplicación directa del contenido de las constituciones, ahora ya no solo poseen la facultad de inaplicar normas²⁷.

Al igual que en el resto del mundo, en Europa se suscribieron instrumentos internacionales para proteger los derechos humanos. Todos los miembros de la Unión Europea asumieron el compromiso de implementar normas constitucionales que permitieron consolidar la democracia, con el fin de que no se repitieran las transgresiones cometidas en las guerras del siglo XIX al derecho a la vida y a la

²⁷ “Aunque hoy pueda tenerse por superada la vieja polémica sobre la posibilidad de categorizar como jurisdicción una función en la que no se enjuician hechos, sino normas, y en la que el parámetro del juicio son precisamente preceptos constitucionales, con cuanto esto significa, es notorio que sigue siendo una cuestión abierta la de la compatibilidad entre esta jurisdicción y algunas concepciones de la democracia y es más viva que nunca la discusión sobre cuáles deban ser los límites de este poder “antimayoritario” en relación con los otros poderes “políticos” del Estado” (Rubio Llorente: 1988, 12).

dignidad humana. A este respecto, en el año 1950 se suscribió la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza los derechos fundamentales.

En la actualidad, la corriente del garantismo constitucional predomina en la gran mayoría de los países europeos. Dentro de este nuevo orden constitucional el juez deja de ser un mero legislador negativo que se limita a expulsar del orden jurídico las normas inconstitucionales y adquiere un rol completamente contrario: un rol propositivo (legislador positivo) que debe, incluso, de ser necesario, crear normas frente a la omisión legislativa que socava la materialización de los derechos. Esta “creación del derecho [es una] expresión escasamente utilizada en los países latinos, [y] equivale al establecimiento de normas jurídicas, esto es, de preceptos dotados de eficacia *erga omnes*” (Rubio Llorente: 1988, 11).

Lo cierto es que la colaboración entre los poderes del Estado se volvió indispensable para garantizar los derechos fundamentales. Por su parte, el sistema de justicia constitucional requiere de jueces independientes que no estén supeditados a las órdenes del gobierno de turno, lo cual se consigue fortaleciendo la institucionalidad de los órganos judiciales, tarea que requiere de la implementación de variados mecanismos jurídicos y del compromiso de todos los miembros del Estado.

2.3. Control constitucional en la Constitución de Suiza de 1874

Al realizar un análisis de las primeras constituciones europeas como la Constitución de Weimar (1919) y la Constitución de Austria (1920) es posible identificar la influencia de elementos precarios, preexistentes al desarrollo del control de constitucionalidad. Bajo este argumento es necesario llevar a cabo, primeramente, un análisis histórico de la Constitución de Suiza que fue promulgada el 29 de mayo de 1874, dado que en su contenido se estableció la primera forma de control jurisdiccional, aunque aún incipiente para ser considerado una especie de control constitucional en su forma propia. En todo caso, es indudable que en su contenido este texto constitucional refleja la necesidad de efectuar un control de tipo judicial sobre las normas de los cantones, para asegurar la supremacía de la ley federal, tal como se verá más adelante.

En la Constitución de Suiza 1848 se estableció un sistema de garantía política. El legislador debía garantizar que las normas aplicadas en los cantones guardasen estricto apego a la Constitución, además, tenía el encargo de tutelar los derechos fundamentales. Únicamente el poder Legislativo era el responsable de efectuar el control sobre la ley de los cantones y en ningún caso se admitía el control judicial.

La concentración del control constitucional en manos del legislador es la principal razón por la que se considera que la Constitución de Suiza de 1874 fue la precursora de los movimientos constituyentes del siglo XX. Los primeros debates en Europa acerca del control jurisdiccional de la Constitución se centraron en si este debía ser realizado por un organismo independiente del poder Legislativo, con el objeto de analizar la constitucionalidad de la ley de forma independiente²⁸.

En la Constitución de Suiza de 1874 coexiste el control político sobre las leyes federales y las funciones de control judicial que efectuaba el Tribunal Federal sobre las leyes cantonales, el cual no podía declarar la inconstitucionalidad de la ley federal o de los tratados internacionales bajo ningún concepto, dado que su rango de acción estaba limitado a los casos que derivaban de los conflictos generados a partir de las leyes de los cantones. Con claridad, este principio es señalado en el artículo 113 del apartado 3 de la Constitución Federal de Suiza en el que se indica que “[e]llo, no obstante, en todos estos casos las leyes y resoluciones de carácter general dictadas por la Asamblea Federal, así como los tratados aprobados por la misma, vinculan al Tribunal Federal”.

Asimismo, el control judicial que realizaba el Tribunal no procedía en contra de las normas federales, dado que se creía que el legislador federal no abusaba de su poder al dotar de normas al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, se concebía la idea de un poder Legislativo justo que legislaba a la luz de los preceptos constitucionales. Durante este período constitucional en Suiza existió un mecanismo de democracia directa denominado “referéndum facultativo de ratificación”, utilizado

²⁸“La necesidad de afirmar el derecho federal frente a los derechos particulares de los cantones y la necesidad de defender desde la Federación los derechos fundamentales frente a unos poderes públicos casi exclusivamente cantonales confluyen, a la hora de determinar esta combinación de garantía política, con una garantía jurisdiccional limitada. La misma democracia aportaría elementos de justificación del modelo” (Cruz Villalón: 1987, 69).

para someter a plebiscito las normas que pudiesen atentar contra los derechos fundamentales, es decir, las normas solo se aplicaban bajo el consentimiento de los ciudadanos.

En esta Carta Fundamental coexistieron el control concentrado y difuso. Este último era aplicado por los entes jurisdiccionales, dado que el Tribunal Federal podía declarar la inconstitucionalidad de la norma en los cantones, con el fin de garantizar la cláusula de supremacía de la ley federal (Cruz Villalón: 1987, 57-58).

El control constitucional se aplicaba en dos casos: para resolver conflictos de competencias entre la Federación y los cantones o para la interposición del recurso de amparo de derechos constitucionales. El recurso de amparo, también denominado de acción pública, se podía plantear frente a los actos cantonales y dentro de los subsiguientes 60 días una vez que ocurría la afectación. A partir de la reforma que se hizo en el año 1928 este plazo se redujo a 30 días, además existían ciertos derechos cuyo reclamo no tenían plazo, entre ellos se encuentran los derechos vinculados directamente a la dignidad humana²⁹.

Cabe decir que el Tribunal Constitucional suizo no era precisamente un organismo especializado para conocer procesos constitucionales, dado que también conocía las causas civiles, penales y administrativas. Este Tribunal era parte del sistema de Derecho público, un sistema de justicia que tenía a la garantía federal como la base principal, es decir, que ninguna norma o control constitucional se podría efectuar fuera del límite que fijaban las leyes federales suizas (Cruz Villalón: 1987, 60). Siendo así, el Tribunal Constitucional solo podía realizar el control de las leyes cantonales con base en la ley federal y, en ese sentido, su acción aún se encontraba distante de lo que implica el control constitucional de la ley.

²⁹ “La jurisprudencia considera bajo la rúbrica de “derechos constitucionales”: a) el principio de igualdad (art. 4 CFS); b) las libertades individuales reconocidas en la constitución federal o en las constituciones cantonales; c) ciertas garantías institucionales como el derecho a contraer matrimonio, a la propiedad privada o al juez natural; d) ciertas “garantías políticas”, como el ejercicio de los derechos políticos cantonales, la separación de poderes o la autonomía municipal; e) ciertas garantías frente a (sic) los ‘inconvenientes del federalismo’” (Cruz Villalón: 1987, 58).

Por lo tanto, basado en todo lo expuesto se puede decir que la Constitución de Suiza de 1874 representa un precedente importante debido a la singular forma de interpretar el control constitucional en ella, dado que, a pesar de los cambios que se han producido a nivel constitucional, en esencia, el control constitucional suizo se mantiene vigente hasta la actualidad.

2.4. Control constitucional en la Constitución Weimar de 1919

La Constitución de Weimar fue redactada con posterioridad a la caída de la monarquía austrohúngara y promulgada en el año 1919. Esta Constitución estableció una especie de Tribunal Constitucional, con el fin de controlar la constitucionalidad de las leyes de los *Länder* (estados federados), solucionar los conflictos que podían surgir entre las leyes de los *Länder* y las normas federales, así como los conflictos de competencias que pudieran darse entre órganos del Reich.

La Constitución de Weimar fue la primera Constitución democrática elaborada por representantes del pueblo alemán, sin embargo, su espíritu democrático no fue suficiente para promover la unidad dentro del Estado por diferentes razones, entre ellas cabe destacar que muchos ciudadanos seguían fieles a la Corona, sobre todo a la Constitución del Imperio Alemán que fue aprobada en el año 1871, por lo tanto, había una notable oposición a la instauración de un Estado social de Derecho y también una importante oposición a la creación de un Tribunal Constitucional que se dedicaría a controlar las leyes de los *Länder*³⁰.

La existencia de una marcada división entre los ciudadanos frente a la nueva Constitución se convirtió en uno de los factores que incidió en su posterior deslegitimación. Finalmente, en el año 1933 se impuso el régimen autoritario de Hitler

³⁰ “Un modelo que, por su propia naturaleza, tiende a exigir una posición de exclusividad, de monopolio, se veía obligado a hacerse un hueco entre una variopinta pléyade de “defensores de la constitución”: en primer lugar, los defensores procedentes del orden judicial, con el control difuso a la cabeza, seguido del control abstracto (art. 13.2 CW), de la jurisdicción de conflictos constitucionales (art. 19 CW), así como, previsiblemente, el Tribunal Administrativo (amparo de derechos) y el *Reichsspruchgericht* (unificación de la interpretación de la Constitución); en segundo lugar, el Presidente y el Gobierno del Reich, con su pretensión, progresivamente consolidada, de hacer de la promulgación un control pleno de las normas; finalmente, los mecanismos de «*appel au peuple*», como árbitros últimos de la constitucionalidad de la norma (arts. 72, 73, 74 CW)” (Cruz Villalón: 1987, 222).

marcando el fin de todas las instituciones democráticas y adentrando a Europa en una sombra oscura de la historia.

La función del Tribunal en sus inicios se encontraba lejos de realizar un control de constitucionalidad, tal como se conoce en la actualidad, más bien su función consistía en un tipo de control concentrado que se efectuaba sobre la ley de los *Länder* con efectos generales, con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución y la legislación federal dentro de la República. En el artículo 13 de la Constitución de Weimar se establecía el principio de supremacía de la Constitución (Cruz Villalón: 1987, 72).

El modelo de control concentrado que se estableció en la Constitución de Weimar desde un primer momento tuvo muchos opositores por la forma como concebía la justicia constitucional. Schmitt fue una de las voces más disonantes de la época, pues a su juicio los jueces no poseían legitimidad democrática para decidir sobre la validez de las normas federales, lo que siendo así, en lugar de despolitizar el conflicto constitucional, traía consigo la politización de las cortes y, por tanto, afectaba la legitimidad de sus decisiones (Vinx et al.: 2015, 115).

A criterio de Schmitt el sistema normativo debía estar orientado a fortalecer el sistema presidencialista, dado que el poder Ejecutivo se encuentra investido de mayor legitimidad popular, y por todo lo anotado el Tribunal Constitucional debía abstenerse de tomar decisiones que influyeran en el campo de la política. Sin embargo, esta era una posición que Kelsen no compartía, y fue precisamente este desencuentro de posturas lo que produjo una serie de debates e intercambios de ideas. Kelsen, por su parte, aseguraba que concentrar la responsabilidad del control constitucional en el Presidente y no en un órgano colegiado terminaría reflejando, en primer lugar, la visión particular solo de la mayoría que lo respaldaba para ocupar el cargo.

[Y], en segundo lugar, frente al argumento de la protección que el presidente otorgaría a la constitución, Kelsen responde desde la realidad señalando que no existe una voluntad auténtica y unificada más allá que la formada constitucionalmente en el sistema político mediante la deliberación y

negociación de diversos grupos de interés, siendo el presidente electo un derivado de un grupo particular (Vinx et al.: 2015, 176).

La Constitución de Weimar establecía de forma un tanto incompleta las atribuciones del Tribunal para aplicar el control constitucional, pues el control de las normas federales a la luz de la Constitución no era una de las facultades del Tribunal; su acción se limitaba a controlar la elaboración y aplicación de las normas de los *Länder*, ya fuera de forma abstracta o concreta, pero sin contradecir la Norma Fundamental Federal. En otras palabras, era un control de legalidad que se aplicaba sobre los Estados de Weimar, pero no facultaba a los jueces del Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de una norma federal (Cruz Villalón: 1987, 224). Además, el Tribunal Constitucional de Weimar aplicaba un control jurisdiccional que permitía resolver los conflictos entre entidades de la Federación, de forma específica los conflictos territoriales.

Todo lo anterior implica que el control constitucional no fue diseñado para proteger los derechos de los ciudadanos, incluso en el caso de que las leyes dictadas por el Reich vulnerasen derechos, puesto que se encontraban fuera de los límites del control que realizaba el Tribunal. Por otra parte, se reconoce que dentro de su jurisdicción los tribunales del Estado podían aplicar el control difuso sobre las leyes de los *Länder*, pero siempre limitado a su propia legislación y con la debida observancia del principio de supremacía de la Constitución Federal.

Dado que el control de constitucionalidad de las normas del Reich no se encontraba determinado de forma específica en la Constitución de Weimar, mediante Sentencia dictada el 23 de marzo de 1921 por la Sala número 3 del Tribunal Económico del Reich (*Reichsfinanzhof*) fueron establecidas las atribuciones del propio Tribunal Federal sobre la ley. Esta decisión generó una gran controversia al suponer un intento de instalar el control difuso al estilo norteamericano, convirtiéndose en un símil del caso *Marbury vs. Madison* sobre el cual se pronunció el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1803³¹.

³¹ “En Weimar finalmente, no cabe olvidarlo, se produce el peculiar intento por parte de la justicia de repetir, siglo y cuarto más tarde, el gesto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1803. Pero el caso *Marbury vs. Madison* no era sino el paso definitivo en el seno de un proceso natural, gradual, de

La situación descrita caldeará más los debates en torno a la legitimidad que el Tribunal posee para efectuar el control sobre las leyes emitidas por el Parlamento, y es por esa razón por la que, pese a que el Tribunal estableció por la vía jurisprudencial su competencia para ejercer el control sobre las normas del Reich, no llegó a declarar la inconstitucionalidad de la norma federal en los contados casos que avocó conocimiento.

Durante los últimos años que estuvo vigente la Constitución de Weimar las acciones del Tribunal se verían empañadas por la aplicación del artículo 48 del texto constitucional, el cual facultaba al poder Ejecutivo para dictar estados de emergencia, con la potestad de suspender derechos fundamentales. La República de Weimar se dirigía así a un estado de caos total, dado que se dictaban estados de emergencia sin que se realizara el debido control, quedando así abierto un amplio margen de discrecionalidad.

Fueron estos hechos los que marcaron el ascenso del nacionalsocialismo al poder y el fin de las instituciones democráticas en Alemania, consiguientemente, en los últimos años de la República los derechos fundamentales fueron inexistentes³². No obstante, y a pesar de las últimas situaciones que se fueron dando, la Constitución de Weimar no deja de tener un importante valor histórico en la instauración del modelo de justicia constitucional europeo. Sus amplios debates acerca de la legitimidad del organismo que debe ejercer el control y su alcance constituyeron las bases de la Constitución austríaca de 1920.

Lo que sucedió en el marco de creación de la Constitución de Weimar fue que en ella no se fijó con claridad el alcance de la jurisdicción constitucional, por lo que se terminó implementando un modelo de justicia constitucional inacabado debido a que fue el mismo Tribunal Constitucional el que se autoconcedió la atribución de controlar

comprensión del significado de la norma fundamental, y de su supremacía, por parte de la comunidad política. Por el contrario, la Sentencia de la revaluación (*Aufwertungsurteil*) de 1925 suponía ruptura de los jueces, no solo con su propio pasado, sino también, en cierto modo, con el presente del país, representado en su primera constitución democrática” (Cruz Villalón: 1987, 224).

³² “El fracaso del sistema weimariano de justicia constitucional (especialmente visible en el famoso juicio de 1932, sobre el llamado “golpe de Estado” del Reich contra Prusia de Von Papen, legitimado en las ordenanzas presidenciales autorizadas por el famoso art. 48 de la constitución)...” (García de Enterría: 2006, 65).

la ley mediante sentencia. Esa situación que fue rechazada por los demás poderes del Estado al considerar que se implantaba un sistema constitucional contradictorio.

Los hechos que acontecieron en la República de Weimar permiten realizar una profunda reflexión inicial: si no existe unidad dentro del Estado, forjada a través del acuerdo entre los sectores sociales, los procesos constituyentes no se logran consolidar. Es así como la construcción de los cimientos de la democracia en los Estados europeos fue posible, tras entender que su supervivencia depende de la declinación de los intereses particulares en favor de los intereses de toda la nación.

2.5. Control constitucional en la Constitución de Austria de 1920

La primera Constitución de Austria fue aprobada el 1 de octubre de 1920, redactada con base en el proyecto presentado por Hans Kelsen. El control concentrado de constitucionalidad sobre la ley, tal como se lo conoce en la actualidad, comenzó a cobrar forma a partir de este punto de la historia, con las siguientes características: un modelo de control concentrado, efectuado por un Tribunal Constitucional *ad hoc*, con competencia exclusiva para expulsar normas que son inaplicables por ser inconstitucionales. En adelante, en Austria el control de constitucionalidad sobre la ley se aplica tanto a nivel formal como sustancial, encontrándose en un inicio legitimados para solicitar el control constitucional solo determinados entes gubernamentales.

En líneas generales, el control concentrado europeo guardaba marcadas diferencias con el sistema de justicia norteamericano, dado que en este último las partes procesales tienen el derecho de solicitar al juez la aplicación del control difuso de constitucionalidad, mientras que el principio *stare decisis* permite la organización de la acción jurisdiccional jerárquicamente.

Una característica principal, por tanto, del modelo austríaco, desde el punto de vista organizativo, es la concentración de la jurisdicción constitucional en una única Corte de Justicia que tiene su sede en Viena y asume sus competencias en régimen de monopolio. Ni existen en los Estados miembros de la Federación austríaca tribunales constitucionales estatales, ni hay tampoco una vía de dos o

más instancias en el ámbito de la jurisdicción constitucional (Alberton: 2008, 99).

Como resulta evidente, la creación del Tribunal Constitucional con competencias exclusivas para declarar la inconstitucionalidad de leyes contrarias a la Constitución es el avance más importante que ha realizado el sistema de justicia austríaco. Es así, dado que antes de la redacción y entrada en vigor de la Constitución de 1920 los órganos jurisdiccionales en Austria, si bien tenían la potestad de realizar un control de calidad formal sobre la validez de la ley, no podían realizar un control sustancial a la luz del contenido del texto constitucional (Kelsen: 1995, 218).

En sus inicios el Tribunal Constitucional ejecutaba el control sobre la ley de forma abstracta, es decir, esta atribución del Tribunal no era una garantía en sentido específico para la protección de los derechos fundamentales, siendo una consecuencia entonces que los ciudadanos no contaran con vías para concurrir ante el Tribunal Constitucional³³. La Constitución austríaca ordenaba de forma jerárquica el Derecho positivo interno, con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución, no obstante, solo podían aún ser justiciables o exigidos aquellos derechos que habían sido instrumentalizados por el legislador a través de una ley.

En este sentido, una vez que la ley era aprobada por el Parlamento y oficialmente publicada, el Tribunal tenía la facultad de realizar el control de la ley y declarar su inconstitucionalidad, dicho de otro modo, el Tribunal cumplía una suerte de función correctora de la acción parlamentaria y tenía potestad para expulsar una norma inconstitucional. De ahí surge la concepción del Tribunal como un *legislador negativo*, pues:

De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta

³³ La actuación del Tribunal Constitucional que asegura el cumplimiento de obligaciones sin proteger el derecho de nadie en concreto solo puede ser solicitada por órganos a los que la constitución (o la ley) atribuye legitimación para ello, como legitimación abstracta, no vinculada a la titularidad de un derecho o de un interés concreto, pues ante el juez solo cabe invocar derechos que nacen de la ley (Rubio Llorente: 1988, 23).

regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará solo la validez de la ley por vía de simple lógica racional [y] desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un “legislador negativo”, aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte (García de Enterría: 2006, 65).

Una vez que se había fijado el límite de la actividad jurisdiccional del Tribunal el control de constitucionalidad se aplicaba de forma preventiva, dado que en esta época era algo impensable que el juez constitucional pudiera asumir la acción legislativa de crear normas con el fin de garantizar los derechos constitucionales. Por consiguiente, el control que ejercía el Tribunal se centraba en garantizar que las normas existentes no transgredieran el orden jerárquico establecido en la Constitución, quedando así en manos del Parlamento la elaboración de la ley al ser una de sus competencias originarias por excelencia.

Otra característica importante que merece ser destacada aquí es el efecto *ex-nunc* de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en Austria. El efecto de estas sentencias se justificaba, en primer lugar, porque la norma declarada inconstitucional fue aplicada cuando era plenamente válida, al menos en el sentido formal; y, en segundo lugar, el efecto *ex-nunc de* las sentencias del Tribunal evitaba generar un caos en el sistema de justicia, incluso, de no ser aplicado se podrían haber producido contradicciones jurídicas derivadas de la retroactividad de la justicia constitucional. Lo cierto es que los jueces aún se encontraban sometidos al imperio de la ley y no de la Constitución, por lo tanto, para administrar justicia se debían remitir siempre a la ley y a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.

Al efectuar un control de constitucionalidad sobre las leyes vigentes el Tribunal Constitucional cumplía con una función correctora sobre las leyes dictadas por el Parlamento, mientras que, tanto los poderes Ejecutivo y Legislativo como los gobiernos federales ostentaban legitimación para solicitar el control de constitucionalidad.

Las reformas constitucionales que se llevaron a cabo en 1929 extendieron a la ciudadanía la titularidad para solicitar el control concreto de constitucionalidad, pero desafortunadamente estos cambios se dieron en un momento histórico difícil en el que se estaba fraguando la Segunda Guerra Mundial, al punto que no vieron la luz a efectos prácticos. En consecuencia, en Europa occidental los sistemas de control constitucional se desarrollaron con la influencia matizada del modelo de Kelsen que cada Estado consideró más efectivo para su aplicación.

La ley del Tribunal Constitucional de Austria fue modificada en dos ocasiones entre los años 1925 y 1930. En 1925 se introdujo la consulta previa de constitucionalidad, mientras que en 1929 se insertó el control concreto de constitucionalidad que luego fue fijado en el artículo 140.1 de la ley al Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia Administrativa³⁴.

Tras la Segunda Guerra Mundial se inicia una nueva etapa que será vital en la construcción de la justicia constitucional al amparo de tribunales *ad hoc* independientes, los cuales estaban dotados de la institucionalidad necesaria para proteger el renaciente Estado Constitucional de Derecho. El legado de Kelsen consiste en haber concebido un sistema de justicia constitucional custodiado por tribunales especializados, a lo cual se suma el que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional surten efectos generales para todos los miembros del Estado.

Si bien es cierto que en principio existió una marcada diferencia entre el modelo europeo de control de constitucionalidad y el modelo de control difuso desarrollado en los Estados Unidos de América, finalmente el control concentrado europeo adoptó la fuerza de los precedentes vinculantes desarrollado por el sistema de justicia norteamericano (Díaz-Bravo: 2016, 38).

La experiencia favorable de la *judicial review* en Norteamérica fue posible al crear un sólido sistema de precedentes vinculantes, donde el estricto orden jerárquico

³⁴ “La demanda podía ser presentada ante el Tribunal Constitucional, pero solo después [de] que el caso hubiera seguido todas las etapas del proceso administrativo hasta agotarlo. El Tribunal decidía la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley solo incidentalmente. Pero el Tribunal instituía este proceso por propia decisión y solo si tenía dudas sobre la constitucionalidad de la ley. Los particulares solo pueden sugerir el control de constitucionalidad, no tiene el derecho de exigirlo...” (Kelsen: 1995, 226).

de sus cortes es la garantía para generar coherencia jurisdiccional, un requisito inescindible para un modelo dúctil y complejo.

En el caso europeo todas estas herramientas se encuentran bajo la jurisdicción de los tribunales constitucionales. Y, con respecto a los derechos fundamentales, todos los jueces tienen la obligación de aplicar la Constitución como primera garantía de protección, la salvedad es que no todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas.

2.6. Control constitucional en la Constitución de Italia de 1947

Al igual que en Alemania, la Constitución de la República Italiana de 1947 se elaboró luego de culminar la Segunda Guerra Mundial. En este período de tiempo, tanto en los países de Europa como en el resto del mundo los valores y los principios sobre los cuales se fundaron los derechos relacionados con la vida y la dignidad humana se distorsionaron. Todo esto caló profundamente en el Estado italiano, víctima del fascismo.

Culminada la guerra, luego de alcanzar un gran consenso nacional (Pastore: 2014, 3) para el cual fue necesario declinar posiciones por parte de todos los actores políticos, se inició la reconstrucción del Estado de Derecho en Italia, con la diferencia de que en esta ocasión sería construido sobre la sólida base de la justicia constitucional.

La primera de estas circunstancias deriva de la decisión que fue adoptada en la primavera de 1946, por los dirigentes de los partidos que conducían la transición a la democracia, de reenviar las reformas legislativas necesarias para eliminar los elementos del fascismo presentes en el ordenamiento jurídico italiano al primer parlamento que habría de elegirse conforme a la nueva constitución, limitando la competencia de la asamblea constituyente que se iba a elegir a la redacción de la misma constitución y a otras pocas funciones prevalentemente no legislativas (Pizzorusso: 1999, 152).

Ya entrada en vigor la Constitución italiana de 1947 se impondrá una nueva visión del Derecho, con la clara intención de construir un nuevo orden institucional en

el que no tendría cabida alguna el fascismo. Para ello se estableció la supremacía de los derechos fundamentales mediante la monopolización del control constitucional en manos de un tribunal especializado (Romboli: 1999, 180).

Durante los primeros años de vigencia de la Constitución existieron varios cuestionamientos referentes a la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, dado que muchos juristas todavía concebían la idea de que los derechos solo podían ser aplicados mediante la elaboración de leyes. En este punto, resultaban evidentes los rezagos del fascismo, pues se intentó bloquear desde el Parlamento la conformación del Tribunal Constitucional que no vería la luz sino una década después de haber entrado en vigor la Constitución.

A pesar de que en el año 1947 ya había sido aprobada la Constitución el Tribunal Constitucional aún no había sido constituido. El Parlamento se oponía al desarrollo de la justicia constitucional y a que esta estuviera en manos de jueces especializados, consciente de las repercusiones que a nivel estatal podría tener un sistema jurídico inspirado en el modelo de Kelsen, fue por ello por lo que no fue sino hasta llegado el año 1956 que el Tribunal Constitucional comenzó a llevar a cabo sus funciones de forma inmediata. Las primeras sentencias que profirió el Tribunal Constitucional declararon la inconstitucionalidad de varias de las leyes que se elaboraron durante el gobierno del régimen fascista³⁵.

Una vez señalados los antecedentes previos a la elaboración de la Constitución italiana, así como las circunstancias que giraron en torno a la formación del Tribunal Constitucional, es preciso analizar cuáles son sus atribuciones, las características que tiene el control de constitucionalidad y el alcance de las sentencias que dictó.

³⁵ “La doctrina italiana también ha considerado que la Corte Constitucional ha mostrado tener un rol en un doble sentido: I. En el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas, y II. En el de participación en el proceso legislativo. Así, existirían dos clases de sentencias: I. Aquellas a cuyo través, con distinta intensidad innovadora, la Corte crea ella misma derecho, al tratarse de decisiones autoaplicativas, en cuanto que son decisiones que para alcanzar su fin no necesitan de la intermediación de otros sujetos normativos, y II. Aquellas decisiones que en forma y con eficacia diversa, sin crear *per se* nuevo derecho, persiguen poner en marcha al órgano legislativo, orientando sus decisiones” (Vargas Hernández: 2011, 17).

Principalmente hay que decir que la Corte Constitucional se encuentra facultada para producir sus propias reglas que le permitan garantizar la supremacía de los derechos fundamentales; además, puede expulsar normas inconstitucionales y realizar interpretaciones con efectos generales o entre las partes de las leyes que son sometidas a su control. Esta corporación, mediante una creativa forma de elaborar sentencias, ha conseguido aplicar el método de la interpretación conforme con gran autoridad frente a los demás poderes del Estado, lo cual le ha permitido posicionarse como una de las instituciones italianas con mayor prestigio (Vargas Hernández: 2011, 17).

La Constitución italiana es rígida en lo que se refiere a los procedimientos para su reforma, no obstante, es flexible para su aplicación a fin de poder garantizar la supremacía de los derechos fundamentales. En un texto de su carácter flexibilidad y rigidez no se contraponen, sino todo lo contrario, se complementan. Es así porque para que los derechos puedan ser materializados se requiere de la solidez institucional del organismo encargado de administrar justicia constitucional, algo que en Italia fue comprendido a la perfección. Y ello ha funcionado en la República Italiana, puesto que hoy en día la Corte Constitucional en Italia es considerada el guardián de la Constitución (Pizzorusso: 1999, 153).

La corporación goza de autonomía administrativa y financiera que fue autoconferida a través de sus sentencias, para proteger los derechos consagrados en la Constitución; además, goza de tutela penal con el fin de garantizar la objetividad de sus fallos y asegurar que estén libres de cualquier tipo de amenaza proveniente de las esferas del poder político o de los poderes fácticos (Pizzorusso: 1999, 158). Esa independencia de la Corte Constitucional en Italia supone una garantía al aplicar justicia constitucional.

Con respecto a las atribuciones de la Corte Constitucional, estas quedaron establecidas en el artículo 134³⁶, y se hallan resumidas en las siguientes líneas: efectuar

³⁶ Art. 134. “Sección I - del Tribunal Constitucional, Constitución de Italia 1947: el Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las regiones y los de las regiones entre sí; y sobre las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, conforme a las normas de la constitución”.

el control sobre la ley y los actos con fuerza de ley emitidos por el Estado y sus regiones, resolver los conflictos de competencias que surjan entre el Estado y sus regiones, y conocer los juicios promovidos contra el presidente de la República.

Por un lado, la Corte garantiza el respeto a la constitución por parte del legislador estatal y regional: tal control es desarrollado de forma abstracta –es decir, independientemente de la aplicación de la ley impugnada– en caso de recurso directo por el Estado o las regiones (art. 127), y de forma concreta en el caso de remisión de la cuestión de legitimidad constitucional por parte de un juez en el curso de un proceso (llamado juicio de legitimidad constitucional en vía incidental). Por otro lado, la Corte debe asegurar el respeto de la constitución en las relaciones interinstitucionales, desarrollando funciones de tipo arbitral y gestionando –en caso de acusación– situaciones políticas particularmente delicadas (Schillaci: 2010, 97).

Específicamente, para la aplicación del control de constitucionalidad de la ley, existen dos procedimientos: el primero es el denominado *control principal* que se realiza sobre la legitimidad de ley, y el segundo es el llamado *control incidental* que es interpuesto usualmente por los ciudadanos para poder acceder a la jurisdicción constitucional. Este último, “el control incidental de constitucionalidad de las leyes es la más importante de las competencias de la Corte, incluso desde el punto de vista cuantitativo: en efecto, el mismo representa normalmente al menos tres cuartos del trabajo de la Corte” (Pizzorusso: 1999, 162). Ahora bien, para solicitar el control de constitucionalidad existen ciertas restricciones y una de ellas es su carácter incidental.

A petición de una de las partes el juez solicita el análisis de la constitucionalidad de la norma estatal o regional aplicada en el caso concreto, pues el juez encargado de resolver el proceso judicial es quien ejerce la legitimación activa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y, por consiguiente, la acción de inconstitucionalidad contra actos generados en sede administrativa no puede ser presentada de forma directa ante la Corte, sino que el caso requiere ser judicializado previamente.

Los procesos de control constitucional que se sustancian en vía principal son la forma menos recurrente de acceder a la jurisdicción constitucional. El control abstracto se aplica sobre la ley en dos momentos: antes de ser promulgado o *a priori*, y luego de haber sido aprobada dentro de los subsiguientes 60 días. En todo caso, el control abstracto tiene como legitimado activo a las instituciones del Estado, sea el Gobierno Nacional o los gobiernos regionales³⁷. La aplicación de este control abstracto de naturaleza prejudicial tiene mucho sentido al permitir optimizar el tiempo y buscar una mayor eficiencia del uso de los recursos del Estado, pues la principal característica del control prejudicial es ser preventivo y evitar una posible vulneración de derechos.

Por lo general, cuando el Parlamento trata leyes de carácter regional estas son enviadas a los gobiernos autónomos implicados para que cada uno de ellos analice su contenido y, una vez revisados, en caso de que estos consideren que existen elementos que son inconstitucionales la ley es remitida a la Corte Constitucional, lo que produce la paralización de la acción legislativa hasta que la corporación emita sentencia. Por otro lado, dentro de la acción principal es posible solicitar el control abstracto de una ley posterior a su promulgación en un plazo de 60 días, el procedimiento a seguir y los efectos de la sentencia son similares al control que se plantea por vía incidental.

Se puede decir entonces, a modo de conclusión, que, si bien la Constitución de la República Italiana fue puesta en vigor en el año 1948, un año antes de que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, también denominada Ley Fundamental de Bonn, fuese adoptada, la jurisdicción constitucional existía solo en el plano formal; situación que cambió en el año 1956, fecha en que la Corte Constitucional comenzó a dictar sus primeras sentencias. El funcionamiento de la Corte se vio empañado durante los primeros años por las acciones de grupos parlamentarios que buscaban sabotear el surgimiento de la jurisdicción constitucional.

³⁷ “Art. 127. CI, 1947. Cuando el gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la región podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación. Cuando una región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley”.

En lo que se refiere al procedimiento implementado para la ejecución del control constitucional, existen dos notables diferencias entre la Constitución de Italia y la Ley Fundamental de Bonn, las cuales radican en el hecho de que i) las sentencias dictadas por la Corte Constitucional Italiana generan efecto *ex tunc* (“desde siempre”), mientras que en Alemania las sentencias del Tribunal tienen un efecto *ex nunc* (“desde ahora”); y en el hecho de que ii) la inserción que tuvo el control *a priori* en Italia para maximizar la protección de los derechos fundamentales de las regiones es una singularidad frente a todo el constitucionalismo de la época.

2.7. Control constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949

Al finalizar el segundo gran conflicto bélico a gran escala en el año 1945, la institucionalidad democrática en Europa comienza a renacer acompañada de profundos cambios y con una visión clara de su futuro: nunca más los horrores de la guerra y la destrucción de los Estados a manos de regímenes totalitarios. Italia y Alemania fueron los principales Estados que sufrieron los efectos de concentrar el poder en la voluntad de un solo hombre, capaz de engendrar las más abominables acciones en contra de la dignidad humana³⁸.

Alemania se convirtió en el primer país europeo en llevar a cabo una transformación total de sus estructuras sociales y jurídicas. Dicho cambio se evidenció en la redacción de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania o Ley Fundamental de Bonn, la cual fue aprobada el 8 de mayo de 1949.

En el nuevo texto constitucional se recogió la aspiración ciudadana de reconstruir el Estado alemán sobre las bases de la supremacía de los derechos fundamentales y la división de poderes, con la idea de continuar por el camino que dejó trazado la Constitución de Weimar de 1919 que es el de configurarse en “un Estado de Derecho Social”.

³⁸ “Después de la derrota del año 1945, cuando el reencauce de la vida económica exigía una correspondiente reavivación de la vida política, se reunió en junta, en Herrenchiemsee, un gremio de expertos que elaboraron un proyecto de una constitución sobre la cual deliberó el Consejo Parlamentario. Todo esto fue llevado a cabo bajo la vigilancia de los gobernadores militares de las tres potencias y la constitución que ha entrado en vigor el 8 de mayo de 1948 había de ser solución provisional, puesto que quedó sin reglamentar la reunificación con la parte oriental de Alemania” (Wefers: 1957, 72).

En ese sentido, la Constitución de Alemania se redactó a la luz de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, los cuales dejaron de ser considerados elementos programáticos y se consolidaron como un conjunto de normas jurídicas de carácter supraconstitucional, bajo la comprensión de que los derechos son inherentes al ser humano y que en ninguna circunstancia pueden volver a ser socavados. Ahora bien, en adelante:

El concepto de *función social* coloca a los derechos fundamentales en un sistema de relaciones que no les abriría su interpretación exclusivamente como derechos individuales. [Más bien], están relacionados con el conjunto social y son insertados en un contexto que va más allá de lo individual. Se revelan como normas que se refieren a su “substrato social” (Kaufmann). Adquieren una dimensión de la que les priva su concepción exclusivamente como derechos individuales. [Estos derechos reconocidos] son, precisamente en esta función social, una “contribución” a la ordenación social en su totalidad. (Häberle: 2003, 14).

Con la terminación del segundo conflicto mundial, fueron dos hechos particulares los que incidieron en el cambio del sistema de justicia en Alemania y en el resto de Europa occidental: el primero fueron los efectos de la guerra que distorsionó el sentido de los derechos humanos, y el segundo fue la lucha contra el totalitarismo. A partir de estas situaciones experimentadas surgió la necesidad de repensar la forma como se concebían los derechos vinculados a la dignidad humana y fue bajo este nuevo orden constitucional que se instauró un renovado sistema de justicia, con el fin de fortalecer la independencia del Tribunal Constitucional y las demás Cortes para que de esa forma los jueces solo se encontraran sometidos al imperio de la Constitución³⁹.

Es posible afirmar que la dignidad humana y la separación de las funciones del Estado son los pilares de la Ley Fundamental de Bonn, Carta Fundamental en la que se puede apreciar un carácter innovador que se encuentra en reconocer que la soberanía del Estado radica en los ciudadanos. Y esto es muy contrario al modelo originario de

³⁹ Ley Fundamental de Bonn (LFB), art. 97. 1 Independencia de los jueces. Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley.

Kelsen, en el que la soberanía descansaba en una fuerte institucionalidad y se ejercía a través de determinadas instituciones establecidas por la propia Constitución.

Con la transformación que hizo Alemania y la supremacía que le reconoció la República a la Constitución permitió la aplicación directa de los derechos fundamentales. En su labor de asegurarlos y garantizar que los ciudadanos pudieran hacer un ejercicio libre de los derechos, los jueces ya no podían estar sujetos a leyes inflexibles que impidieran su eficaz protección, por lo que fue necesaria la institucionalización de un Tribunal Constitucional fuerte que se erigiera como el guardián de la Constitución al mismo nivel jerárquico que los demás poderes del Estado.

De tal manera, la Ley Fundamental de Bonn (1949) en su artículo 1 establece como base de la nueva fórmula constitucional la protección de la dignidad humana, y la vinculación directa de los poderes públicos a los derechos fundamentales: “(3) los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Esta forma de concebir el Estado de Derecho surgió como una consecuencia de que el Parlamento Alemán, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, no controló con eficacia las normas jurídicas creadas por el Reich, hecho que facilitó la asunción del régimen totalitario en manos del nacionalsocialismo. Para hacerle frente a este tipo de situaciones se reforzó la posición de los tribunales constitucionales y los jueces se convirtieron en auténticos guardianes de la Constitución, capaces de garantizar la aplicación de los principios constitucionales.

En definitiva, la Ley Fundamental de Bonn reconoció los derechos fundamentales como auténticas normas jurídicas, tuteladas por la jurisdicción constitucional⁴⁰. Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional no era plenamente aceptada por los poderes Ejecutivo y Legislativo, lo que hizo necesario

⁴⁰ “La teoría del *status* de los derechos fundamentales ha tomado en consideración hasta ahora, sobre todo, la relación de *status* individuo-Estado; se contraponen el individuo al Estado o se le agrega. Si se reconoce una dimensión institucional de los derechos fundamentales en el modo aquí señalado resulta evidente la necesidad de un ensanchamiento de la teoría del estatus en la manera mencionada” (Häberle: 2003, 112).

que el propio Tribunal ratificara su posición frente a las demás instituciones del Estado a través de sus sentencias.

El control de constitucionalidad de la ley federal o de los *Länder* se encuentra a cargo de un Tribunal Constitucional *ad hoc*, totalmente independiente, capaz de ejercer sus atribuciones de forma abstracta o concreta con efectos *erga omnes*⁴¹. Esto quiere decir que los jueces del Tribunal Constitucional no solo tienen la potestad para declarar la inconstitucionalidad de normas, sino que, además, deben, en caso de ser necesario, crear o interpretar las normas para garantizar la supremacía de la Constitución. En cuanto a las normas de inferior jerarquía estas siempre deberán guardar concordancia con los preceptos recogidos en la Constitución.

Una vez que se ha determinado la importancia del Tribunal Constitucional, su estatus jerárquico y el rol que cumple para mantener el equilibrio de poderes en el Estado, es necesario analizar su composición y demás atribuciones⁴². Pues bien, hay que empezar estableciendo que al Tribunal Constitucional le corresponde de forma exclusiva realizar el control de constitucionalidad de la ley, el cual puede efectuar por dos vías: i) de forma abstracta o concentrada y ii) de forma concreta.

La cuestión de la inconstitucionalidad surge de forma incidental en los juzgados federales o de los *Länder*. Es así como el Tribunal Constitucional realiza el control sobre la ley federal, sobre la ley de los *Länder* o sobre los conflictos de competencias que surgen entre las instituciones del Estado⁴³, donde el control abstracto debe de ser entendido como un medio para mantener la coherencia de las leyes federales o de los *Länder* con la Constitución.

⁴¹ Art. 92 LFB (organización judicial): “El poder judicial es confiado a los jueces, es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*”.

⁴² “La igualdad de rango de su posición respecto a la de los otros órganos federales supremos y su especialidad frente a aquellos otros tribunales encuentra también expresión en que la administración del TCF es independiente y no se somete a la dirección de un ministerio” (Hesse: 2005, 142).

⁴³ En el art. 93.1 LFB (competencia de la Corte Constitucional Federal) se dispone lo siguiente: “La Corte Constitucional Federal decide 1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo”.

La legitimidad para solicitar el *control abstracto* es exclusiva de las entidades estatales, ya sea que lo plantee el Gobierno Federal o un gobierno regional. Además, el control abstracto puede ser solicitado por un cuarto de los miembros del *Bundestag* (Parlamento Federal de la República Federal de Alemania), con el fin de garantizar el derecho de las minorías al interior del Parlamento:

Artículo 93 LFB sobre competencia de la Corte Constitucional Federal:

(2) En caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los *Länder* con otras normas del derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de un cuarto de los miembros del Bundestag; (2a) en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundestag, del Gobierno de un *Land* o de la Asamblea Legislativa de un *Land*; (3) en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los *Länder*, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los *Länder* y al ejercicio del control federal.

En lo referente al *control concreto*, este, contrario al anterior, surge en vía incidental, es decir, dentro de un proceso judicial en el que existe un legitimado activo que a su juicio considera que la ley está vulnerando sus derechos y por eso solicita que sea declarada inconstitucional. El juez a cargo de resolver el proceso es quien plantea el recurso ante el Tribunal Constitucional⁴⁴ para que este emita una sentencia cuyos efectos son *ex tunc*, lo que significa que la ley declarada inconstitucional a efectos judiciales jamás ha existido.

⁴⁴ “Si el TCF llega, en el proceso del control normativo abstracto o concreto, a la convicción de que la norma examinada es incompatible con [un] derecho de rango superior declara la norma nula (artículo 78, frase 1ª, LTCF). Esta decisión tiene fuerza de ley (artículo 31.2 LTCF). Opera en principio *ex tunc* y tiene, por ello, como consecuencia que todas las sentencias judiciales, reglamentos jurídicos y actos administrativos que hayan partido del fundamento de la norma nula, pero también las elecciones que hayan tenido lugar según una ley luego [de ser] declarada nula, ahora quedan privados de fundamento jurídico. Los numerosos problemas que de ello resultan los ha solucionado la LTCF en el artículo 79 solo en parte y solo rudimentariamente” (Hesse: 2005, 149).

Cuando se presentan estos casos, las partes deberán requerir la revisión de lo actuado por los tribunales de inferior jerarquía, pues, dado que los tribunales alemanes no actúan de oficio para revisar sus sentencias, debe existir un titular de la acción que impulse la revisión de la norma declarada inconstitucional y que en su momento fue aplicada, según lo establece el artículo 100 LFB sobre el control concreto de normas que se cita:

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará –cuando se trate de la violación de la constitución de un *Land*– la decisión del tribunal del *Land* competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un *Land* o de la incompatibilidad de una ley de un *Land* con una ley federal. (2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte integrante del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (art. 25), el Tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal. (3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un *Land* quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro *Land* recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

A diferencia de la forma en la que se construyó la jurisdicción constitucional en Italia, en Alemania esta se desarrolló de forma acelerada, lo que se pudo deber, quizá, a su consabida tradición constitucional que está puesta de manifiesto desde la Constitución de Weimar. A este respecto, y con la finalidad de impedir el resurgir del totalitarismo, la delegación de la facultad legislativa al jefe de Estado se autorizaba bajo un estricto control y límites, a sabiendas de que la emisión de decretos de emergencia sin la aplicación de un control jurisdiccional o legislativo fue lo que facilitó la vulneración de los derechos fundamentales⁴⁵.

⁴⁵ En el art. 80ª LFB (aplicación de determinadas disposiciones jurídicas en el caso de tensión) se establece lo siguiente: “(1) Cuando en la presente Ley Fundamental o en una ley federal sobre la defensa, con inclusión de la protección de la población civil, se establezca que determinadas disposiciones

En la Ley Fundamental de Bonn se fortalece la función del juez como legislador negativo y, en ese sentido, este se vuelve un colaborador de la acción legislativa del Parlamento. No obstante, las competencias del Tribunal Federal van un paso más allá porque, incluso, posee atribuciones para subsanar omisiones legislativas, y mediante sentencia puede llegar a dictar precedentes vinculantes con diferentes efectos para precautelar los derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Federal se convierte en un legislador positivo que deberá siempre observar los límites propios de la división de poderes, lo que resulta fundamental en todo Estado Constitucional de Derecho.

Se puede decir, en síntesis, que en la Ley Fundamental de Bonn existe una clara influencia de la concepción kelseniana referente al control constitucional. A pesar de que en esta Carta Fundamental, como se muestra, el modelo de Kelsen se perfeccionó, sus elementos esenciales se mantienen: existe la figura de un Tribunal Constitucional especializado, se aplica el control de constitucionalidad de carácter concentrado y se respeta la división de funciones.

Asimismo, posterior a la Segunda Guerra Mundial se agregaron otros elementos al modelo Kelseniano como fueron: la facultad de los jueces para aplicar el control concreto, la aplicación directa de las normas fundamentales, la facultad del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional la ley y de poder crear e interpretar normas para garantizar la aplicación de los derechos asumiendo las características propias de un legislador positivo.

En definitiva, junto con la Constitución de Italia, la Constitución de Alemania muestra esta nueva concepción de organización del Estado a partir del garantismo constitucional, la cual será el faro que guiará la elaboración de las nuevas

jurídicas no pueden ser aplicadas más que con arreglo a lo establecido en el presente artículo no estará permitida la aplicación de las mismas fuera del caso de defensa a menos que el Bundestag constate la existencia del caso de tensión cuando apruebe expresamente su aplicación. La comprobación del caso de tensión y la aprobación expresa en los casos previstos en el artículo 12a, apartado 5, frase 1, y apartado 6, frase 2, requieren una mayoría de dos tercios de los votos emitidos. (2) En caso de que el Bundestag así lo exija, se anularán las medidas tomadas en virtud de las disposiciones jurídicas mencionadas en el apartado 1. (3) Frente a lo establecido en el apartado 1, la aplicación de tales disposiciones será lícita también sobre la base y en los términos de una resolución adoptada por un organismo internacional dentro del marco de un tratado de alianza, con la aprobación del Gobierno Federal. Las medidas adoptadas con arreglo al presente apartado deberán ser anuladas cuando así lo exija el Bundestag por mayoría de sus miembros”.

constituciones a lo largo de toda Europa occidental, y posterior a la caída del Muro de Berlín en 1991 también lo sería para la elaboración de las constituciones de los Estados de Europa del este.

3. Evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad en la región Andina

3.1. Antecedentes

La construcción del control constitucional en los países de la región Andina ha recibido a lo largo de su historia republicana la influencia del modelo norteamericano y también del modelo europeo, en consecuencia, en algunos países se ha producido una simbiosis atípica que permite la coexistencia de ambos tipos de control: concentrado y difuso.

En los inicios de la era republicana el principal objetivo de los Estados andinos fue organizar la administración política del territorio a través de la elaboración de cartas fundamentales y siguiendo para este fin los pasos de las constituciones europeas, para así consolidar la división de los poderes del Estado y sus competencias sobre la administración del territorio⁴⁶. De ese modo se puede observar que entre los países de la región Andina la concepción que se tenía de la Constitución era la de una carta política con escaso contenido práctico en materia de derechos y libertades. Si bien es cierto:

[Que] todavía está abierto el debate acerca de cuáles fueron las influencias decisivas para que surgiera el movimiento emancipador en América Latina, lo que sí es claro es que, luego de proclamada la independencia y con el fin de establecer sus propias instituciones, los dirigentes criollos acudieron a los modelos políticos surgidos de las revoluciones liberales: la inglesa, la norteamericana, la francesa y la Constitución de Cádiz de 1812. Por eso, a partir de los años veinte del siglo XIX, luego del triunfo de los movimientos de

⁴⁶ La Constitución de Cádiz, aprobada el 19 de marzo de 1812, a pesar de su corta vigencia que terminó en el año 1814, sirvió como una guía para la elaboración de las primeras cartas fundamentales en los Estados pertenecientes a la América Andina.

independencia, el ideario liberal contaría con un amplio número de adeptos en los países hispanoamericanos (Jaramillo: 2007, 163).

A la luz de esta situación se advierte que durante su primera etapa republicana los países andinos realizaron pocos esfuerzos institucionales para garantizar los derechos de los ciudadanos y el contenido “programático” de la Constitución. De hecho, el poder Judicial tenía un campo de acción muy reducido en lo que se refiere a sus atribuciones a tal grado de que en todos los países que son objeto de estudio en esta tesis doctoral se podrá apreciar que en un primer momento adoptaron el control político de constitucionalidad ejercido por el poder Legislativo.

Una vez que lograron la independencia de la Corona española los países andinos redactaron sus propias constituciones, organizando el poder dentro de sus territorios al estilo de las cartas fundamentales que fueron promulgadas durante la Revolución francesa⁴⁷. Dicho esto, se evidencia que los países andinos, al igual que en otros ámbitos de la historia, comparten características similares con respecto al desarrollo de la justicia constitucional, salvo algunas excepciones como es el caso de Colombia.

En la región Andina, durante el primer período republicano se presentaron incipientes o nulos avances en materia de justicia constitucional, mientras que de manera concomitante los Estados de la región adoptaron como modelo de gobierno el presidencialismo. Por su parte, el poder Legislativo, conformado por una sola Cámara de Diputados, se encargó de realizar el control formal sobre la ley. Como resulta evidente, en el alborear de las repúblicas andinas fueron mayores las características compartidas que sus diferencias.

⁴⁷ “De hecho, la primera observación que es necesario formular al respecto es que la aplicación en América de la Constitución de Cádiz se produjo en un clima de guerra civil, de desconfianza política y de aires de autonomía y separatismo. Y este es un contexto que no se puede obviar porque condicionó en muy amplia medida los alcances y límites del constitucionalismo gaditano: por señalar lo más obvio, la Carta del 12 pudo aplicarse en las regiones que se encontraban bajo control de los ejércitos del rey – el Caribe, Nueva España, América Central, Quito, Perú y Charcas–, pero no en aquellas que habían iniciado ya de manera clara procesos de ruptura con La Península, como los virreinos del Plata y de la Nueva Granada, y las capitanías generales de Chile y Venezuela” (Sánchez & Landavazo: 2014, 76).

Fue a partir de la segunda mitad del siglo XX, una vez que culminó la Segunda Guerra Mundial, que en la región norte de América del Sur tuvieron lugar los primeros intentos de organizar un verdadero sistema de control constitucional; sin embargo, el secuestro de la democracia por las dictaduras militares retrasó por mucho tiempo el florecimiento de la justicia constitucional en la región.

Durante el siglo XX, en los países andinos tanto la consolidación de gobiernos democráticos como la aplicación del control jurisdiccional de la Constitución se vieron marcados por una recurrente inestabilidad, no solo porque los regímenes dictatoriales ascendían al poder con facilidad mientras que los derechos fundamentales eran conculcados al no existir instituciones de control fuertes y especializadas, sino también por los serios problemas económicos presentes en toda la región.

Por otra parte, los altos índices de pobreza y desigualdad social también limitaron la construcción de la jurisdicción constitucional, pues mostraban la necesidad de hacer prioritario el fortalecimiento de los poderes del Estado para la resolución de los problemas sociales y estructurales aquí señalados. Dicho de otro modo, si bien la justicia constitucional era considerada un instrumento que podría limitar las actuaciones de los poderes del Estado, no era capaz por sí misma de garantizar la materialización de los derechos sociales, esa era la realidad de los pueblos andinos, una realidad que hasta la fecha poco ha variado.

Se tuvo que esperar hasta el año 1991, fecha en la que se promulgó la Constitución Política de la República de Colombia, para que se iniciara el proceso definitivo de institucionalización de la justicia constitucional que en poco tiempo se expandió por toda la región. Es así dado que tan solo dos años después de entrar en vigor el texto constitucional de Colombia se promulgó la Constitución Política del Perú en 1993, siguiendo la Reforma a la Constitución Política de Bolivia en 1994 con la Ley 1585 del 12 de agosto de 1994, y la proclamación de la Constitución Política de la República del Ecuador en 1996. Más tarde se redactarán nuevas constituciones en Ecuador en 2008, y en Bolivia en 2009 (Bejarano & Segura: 2013, 21).

Con la publicación de estas constituciones la justicia constitucional surgió como alternativa para la inclusión de sectores que históricamente habían sido

discriminados. Esta propuesta implica reconocer que los derechos no son meros enunciados o letra muerta que se hallan en los textos constitucionales de cada Estado, sino que son todo lo contrario, son principios y normas que tienen fuerza de ley, de modo que se convierten en un instrumento jurídico vinculante para el Estado y los ciudadanos (Rivera Santiviáñez: 2005, 347).

Es importante resaltar que aproximadamente un tercio de las transformaciones constitucionales comenzarán en la región Andina a finales del siglo XX y se prolongarán hasta la actualidad. Esta última etapa refleja en cierta medida la visión originaria del constitucionalismo formal, dado que se redactaron cartas fundamentales con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos. Específicamente, los países de Ecuador y Bolivia elaboraron sus cartas fundamentales a la luz del neoconstitucionalismo, corriente doctrinaria que no es otra cosa que la profundización del garantismo constitucional cuyo auge en Europa se produjo a partir del año 1947.

Las constituciones de Ecuador y Bolivia radicaron la jurisdicción constitucional en Cortes especializadas e independientes⁴⁸, siendo en mayor o menor medida, según cada Estado, el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución y, por tanto, quien ejerce el control sobre la ley. No obstante, garantizar la defensa de la Constitución no es solo responsabilidad del Tribunal Constitucional debido a que los jueces que pertenecen a la jurisdicción ordinaria poseen competencias preventivas para aplicar el control constitucional.

La fórmula seguida por Ecuador y Bolivia para organizar sus estructuras institucionales desde la Constitución se centra en el modelo de democracia constitucional participativa, pues durante el proceso de redacción hasta la aprobación de los textos constitucionales en ambos países se garantizó la participación de todos los sectores sociales, lo que queda en un claro contraste frente al proceso constituyente de Colombia.

⁴⁸ En efecto, “las democracias constitucionales contemporáneas se caracterizan, entre otras cosas, por tener una justicia constitucional autónoma, fuerte y ampliamente influyente y desarrollada” (Gaviria et al.: 2012, 15).

Y es que la Constitución colombiana fue aprobada por un órgano parlamentario, debiendo la propia Corte a través de sus fallos imponer a la jurisdicción constitucional como una vía para alcanzar la materialización de los derechos fundamentales. Pero más allá de las diferencias aquí nombradas, lo cierto es que la actuación de los tribunales constitucionales en Ecuador, Bolivia y Colombia entraña una visión garantista de los derechos que irradia hacia las demás funciones del Estado, lo cual permite ver con claridad que la idea principal es *ampliar el acceso a la justicia constitucional*.

Siguiendo esta misma línea, en Ecuador y Bolivia se han reconocido derechos fundamentales cuyos orígenes se encuentran en las prácticas ancestrales de los pueblos y las nacionalidades indígenas, lo que da a entender que los Estados reconocen que la interculturalidad presente en estos territorios andinos se fortalece a través del reconocimiento de la diversidad cultural, y que solo así se logra consolidar la unidad nacional.

Cuando se crean sistemas de participación ciudadana, a través del ejercicio de la democracia directa y comunitaria, es posible garantizar la inclusión de todos los pueblos y nacionalidades que habitan en el territorio, así como de la ciudadanía en general. Específicamente puede citarse aquí el caso de Ecuador, Estado andino que a partir del año 2008 creó un poder del Estado al que denominó Función de Transparencia y Control Social para cumplir con ese objetivo.

Lo que hoy día se observa es que los países de la región Andina tienen un gran reto por delante que radica en alcanzar la consolidación de los derechos y las libertades ciudadanas, lo que en caso de no lograr dejaría a sus constituciones como meras aspiraciones escritas. Es por esa razón por la que este reto se configura en el principal desafío que debe afrontar la jurisdicción constitucional en los países andinos: buscar la solidez de sus instituciones frente a los gobiernos de turno. Como ha sido costumbre en la región, los representantes de los Poderes del Estado suelen incurrir en arbitrariedades, la construcción de una fuerte institucionalidad podría frenar al ejercicio desmedido del poder estatal.

[e]n consonancia con el nuevo constitucionalismo latinoamericano y siempre anclados en la realidad ecuatoriana, era la urgente e ineludible necesidad de crear y consolidar un control judicial de la constitucionalidad en el país, entendido este como una magistratura especializada capaz de poner límites tanto a los poderes fácticos como al gobierno y a las demás funciones del Estado como fórmula primigenia para garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y de la naturaleza (Gaviria et al.: 2012, 13).

De la exposición anterior se concluye que el concepto de *Constitución* que se desarrolló en un primer momento en los países andinos priorizó la consolidación de la organización del Estado a nivel administrativo y territorial. El control constitucional se encontraba en manos del poder Legislativo y se ejercía sobre las medidas adoptadas por el poder Ejecutivo. Debieron transcurrir décadas antes de que la justicia constitucional fuese concebida como una vía que permita garantizar las aspiraciones y los derechos de los ciudadanos.

3.2. La implantación del garantismo constitucional en la región Andina, el caso de Ecuador y Bolivia

Entre los años 2008 y 2009, respectivamente, en Ecuador y Bolivia se elaboraron las primeras constituciones a través de mecanismos de democracia plena (Gaviria et al.: 2012, 61), las cuales, una vez elaboradas por los representantes de los ciudadanos, fueron aprobadas ambas en referéndum popular. Esa situación, tal como se advertía en el apartado inmediatamente anterior, contrasta con la forma como se elaboró la Constitución Política de Colombia, dado que esta fue redactada y aprobada por un órgano parlamentario, elegido mediante sufragio popular.

Tanto en Ecuador como en Bolivia se implementó por primera vez la jurisdicción constitucional mediante la creación de tribunales independientes, reconocidos como máximos intérpretes de la Constitución que tienen la potestad para declarar la inconstitucionalidad de la ley. No obstante, para conseguir la materialización de los derechos fundamentales se requiere la vinculación de todo el sistema estatal y los ciudadanos, pues solo así el contenido de la Constitución se convertirá en un texto cuya aplicación trascienda el ámbito formal.

La redacción de estas cartas fundamentales permitió establecer un nuevo modelo de Estado Social de Derecho, con el fin de superar la etapa del liberalismo económico y social que imperó hasta finales del siglo XX. Es así como en la actualidad todos los derechos que han sido reconocidos y consagrados en las cartas fundamentales son exigibles ante el Estado de manera directa, incluyendo los derechos económicos y sociales.

La implementación del garantismo constitucional resulta cuanto menos novedosa y merece, por tanto, un análisis pormenorizado. Si bien es cierto que los países de la región Andina guardan un estrecho vínculo entre sí, la forma como cada uno ha concebido la estructura de la jurisdicción constitucional puede llegar a ser muy diferente, así como también el procedimiento establecido para acceder a los órganos judiciales que ejercen el control de constitucionalidad.

Tal como se ha podido apreciar hasta aquí, en este primer capítulo de la tesis doctoral se ha elaborado un análisis del contexto general en el que se ha pretendido explicar cuáles fueron las condiciones históricas que contribuyeron al desarrollo de la justicia constitucional. Asimismo, en los epígrafes finales se abordaron las singularidades que marcaron el desarrollo del control constitucional en los países de la América Andina.

CAPÍTULO II

TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Consideraciones generales

En el estudio del Derecho constitucional contemporáneo, especialmente de los países que hacen parte de la América Andina, permanece aún vigente el interés por optimizar los procedimientos de control jurisdiccional de la ley. Para que los Estados puedan cumplir con su obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en los textos constitucionales de cada nación se requiere controlar la elaboración de las leyes como también su aplicación a nivel formal y material. A este respecto, lo que se ha visto a lo largo de la historia republicana de los países andinos es que la principal debilidad del sistema jurídico se encuentra en la fragilidad institucional de este, pues en reiteradas ocasiones quienes se encontraban al frente de los poderes del Estado cometieron actos lesivos al orden constitucional.

En este capítulo se presentará desde una perspectiva diacrónica la evolución que ha tenido el control constitucional en las naciones que hacen parte de la región norte del sur de América, para lo cual se hace necesario identificar, primeramente, las circunstancias que rodearon tanto el surgimiento del control político como el nacimiento del control judicial de donde emana el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Es a principios del siglo XIX donde se encuentra la raíz de este estudio, puesto que durante esta centuria en los países de Europa el control de la ley se encontraba en manos del Parlamento y, por lo tanto, se aplicaba un tipo de control de carácter político. El alcance del estudio se dilata para comprender, posteriormente, los años que transcurren durante el siglo XX, época en la que se desarrolló el control jurisdiccional de constitucionalidad. Por otro lado, las transformaciones que se suscitaron a nivel de la justicia constitucional en los países andinos durante la década de 1990 y principios del siglo XXI impulsan la evolución del control constitucional en la región. Es así como se llega a la situación actual:

[Donde], aunque existen sistemas que rechazan conferir a los jueces el control de la ley, ningún sistema es puramente jurisdiccional: sea porque al lado del control de la ley por parte de jueces ordinarios o *ad hoc* sobreviven formas de fiscalización de la misma actuadas por órganos políticos, sea porque en cualquier caso hay conexiones entre jurisdicción y política en el nombramiento de los jueces, en las funciones desarrolladas por los tribunales, en la elección de las decisiones, y en el proceso de validación de las mismas (Pegoraro: 2019, 46).

Desde que el control de constitucionalidad fue aplicado por el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), la jurisdicción constitucional norteamericana ha experimentado una serie de transformaciones que van desde las atribuciones que les fueron conferidas a los jueces del Tribunal Supremo de Justicia para seleccionar los casos sujetos a control hasta los tipos de sentencias y la determinación del efecto vinculante, lo que ha generado consecuentemente una “estandarización intrasistémica” (Weber: 2002, 583). De ese modo es posible notar cómo la evolución del control jurisdiccional de la Constitución de los Estados Unidos ha traído consigo de manera implícita la racionalización de la jurisdicción constitucional, lo que, dicho de otro modo, ha permitido establecer procedimientos que deben ser aplicados de forma general por todas las cortes.

Si bien es cierto que en los países de Europa el control constitucional de la ley se aplica desde una perspectiva distinta, ello se hace con un mismo objetivo que es garantizar la constitucionalidad de la ley y su correcta aplicación. Tiene su sustento este propósito en común en el hecho de que el control constitucional permitió consolidar la supremacía de la Constitución tanto en los Estados Unidos como en los países europeos a pesar de que, como se sabe, la evolución del control constitucional en América y Europa responden a situaciones históricas, sociales, políticas y culturales muy distintas⁴⁹, dado que tanto el papel asumido por el poder Judicial como el que

⁴⁹Es así dado que mientras la fracción social y política contendiente en la Revolución francesa perseguía como fin reemplazar el absolutismo como forma de gobierno por un nuevo Estado de derecho con base en el Parlamento, las colonias norteamericanas luchaban por conseguir la independencia de la Corona inglesa y del Parlamento inglés. En ambos casos, la percepción sobre la forma de controlar el poder se concibió de manera distinta (Enríquez: 2006, 51).

asumió el poder Legislativo para aplicar el control de constitucionalidad se encontró supeditado a diferentes circunstancias históricas en ambos casos.

Cabe destacar que en la actualidad la jurisdicción constitucional ha sido implementada por la gran mayoría de los países europeos que forman parte de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)⁵⁰. Fue a partir de los arquetipos de control concreto europeo y de control difuso norteamericano que se diseñaron los demás sistemas de control constitucional en Europa y en gran parte del mundo.

Partiendo de las ideas expuestas, es necesario abordar el estudio del control constitucional a partir de dos posturas: una forma clásica que permite hacer una clasificación basada en el estudio rígido de los modelos norteamericano y europeo, y una forma moderna en la que se clasifican los diversos tipos de sistemas de control constitucional que surgieron a raíz de los dos arquetipos clásicos de control (norteamericano y europeo). A esta última clasificación se le conoce como *fuzzy sets theory* (teoría de los contornos difusos).

[Esta denominación se le otorga en razón a que] ningún sistema se vale ya de una sola forma (o modelo) de control de las leyes: en todos los ordenamientos conviven a menudo control político y jurisdiccional, centralizado y difuso, *ex ante* y *ex post*, concreto y abstracto, durante un juicio o mediante recurso, sobre las competencias o sobre la libertad, etc., o al menos algunos de estos binomios (Pegoraro: 2019, 47).

De ahí que desde los modelos clásicos de control de constitucionalidad que se desarrollaron en los dos hemisferios meridiano surgieran diversos sistemas de control, los cuales fueron implementados con adaptaciones en la mayoría de los países de Europa occidental, América Latina y el resto del mundo.

⁵⁰ “De los actuales 52 miembros de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) solamente tres Estados no disponen de una constitución escrita (San Marino, Ciudad del Vaticano y Gran Bretaña), pero todos, de una u otra forma, cuentan con un control judicial de constitucionalidad” (Weber: 2002, 584).

1.1. Antecedentes históricos

Desde sus orígenes hasta la actualidad el control de constitucionalidad de las normas jurídicas ha presentado constantes cambios en torno a su concepción y aplicación, por eso es importante aquí hacer un recuento de los antecedentes históricos que permiten entender cómo es que se ha llegado a su comprensión actual.

Para hablar del génesis del control de constitucionalidad es preciso remitirse a la Antigüedad, dado que el sistema de democracia directa de la antigua Grecia es considerado la primera forma de control político ejercido por las sociedades antiguas; no obstante, en el siglo V a. C. y durante la Edad Media temprana no existió el control constitucional como tal. Así pues, “si bien es cierto que en la democracia helénica no encontramos los mecanismos de control tal y como los conocemos hoy en día, también es cierto que es ahí en donde conseguimos los primeros vestigios de control político ejercido por el pueblo [...]” (Enríquez: 2006, 39), de ahí su consideración como precursora de lo que hoy se conoce como control político.

No es posible hablar aún en esta instancia histórica de control constitucional debido a que la noción de *Constitución* que subyace en la Constitución griega distaba en términos conceptuales significativamente del concepto de Norma Fundamental que se desarrolló durante el siglo XVII en Europa, pero, paradójicamente, se encontraba más cercana a la concepción actual de la significación de Constitución. Lo que, en definitiva, muestra que la noción de *Constitución* está relacionada con la percepción y el valor que las comunidades le han otorgado a lo largo de la historia de la humanidad.

Consecuentemente, las leyes griegas se elaboraron tomando como base las costumbres y los valores de su sociedad debido, en esencia, a que entre sus normas no existía un documento formal al que puedan considerar como Constitución. Los griegos concebían a la Constitución, o en sus propios términos “la politeia (πολιτεία)”, como la forma de organizar la sociedad a través de las leyes, a la vez que concebían al control aplicado a la ley de una forma muy particular, esto es, con fundamento en su propio sistema de creencias y valores (Machado: 2017, 38).

Es claro entonces que dentro del sistema de democracia directa de la antigua Grecia no se llegó a establecer una jurisdicción constitucional para el control de la ley, no obstante, el mecanismo de control que se aplicaba en la época surtía efectos similares a los que produce hoy la acción de inconstitucionalidad. En ese sentido, cuando un ciudadano griego consideraba que una norma contravenía los principios y los valores de la *politeia* podía solicitar a la Asamblea Ciudadana que se llevara a cabo el respectivo control normativo, marco de acción en el cual, según el tipo de norma recurrida, se podían presentar dos tipos de acciones: la *graphêparanomôn* y la *graphê nomon*.

La *graphêparanomôn* es una expresión griega que significa “demanda en contra de las cuentas contrarias a las leyes” y es una acción que data del siglo IV a. C. En un principio esta acción podía ser interpuesta contra leyes o decretos que estuvieran vigentes y, asimismo, contra proyectos de ley que se encontraran en la etapa previa a su promulgación. De ese modo la acción *graphêparanomôn* permitía revisar e incluso derogar un decreto que ya había sido aprobado por la *Ekklesia* (ἐκκλησία) o Asamblea, aunque también fue utilizada en un sentido menos popularizado o admitido como una herramienta para alcanzar fines políticos. Así, en este sistema de democracia directa de la antigua Grecia la *Ekklesia* fue el órgano político encargado de aprobar las leyes y los decretos (Machado: 2017, 40).

A finales del siglo IV a. C. en Atenas se establecieron procedimientos específicos para el control de la ley, para tales efectos se estableció una distinción entre la ley (*nomoi*) y los decretos (*psephismata*). La diferencia entre estos dos tipos de normas radicaba en el hecho de que mientras que la ley se aplicaba de forma general, el reglamento era un acto normativo que se dictaba con un objetivo específico⁵¹. Fue así como, entonces, a partir de estas reformas la *graphêparanomôn* empezó a aplicarse únicamente para el control de los decretos, el cual se basaba en una revisión requerida por un ciudadano y que podía derivar en la derogación de este.

⁵¹ “En el siglo IV el *psephismata* era revisado por la Asamblea y en el Consejo (Boulé), como también en el siglo V, mientras que los *nomois* eran controlados por un especial cuerpo de legisladores denominados *nomothetai*” (Machado: 2017, 44).

La acción legal de *graphêparanomôn* tenía como requisito obligatorio ser interpuesta por un ciudadano, y al resolverse en un sentido favorable conllevaba a la declaración de la nulidad del decreto, quedando este sin efecto. El responsable de haber propuesto ante la Asamblea Popular el decreto que fue objeto de anulación era sancionado generalmente de forma simbólica; sin embargo, en casos particulares en los que un ciudadano planteaba por tercera vez un decreto que más tarde era declarado nulo por medio de la acción de *graphêparanomôn*, este era sancionado con la *atimia* (ἀτιμία) privativa de derechos cívicos, lo cual indica que la sanción siempre estaba dirigida hacia el proponente del decreto bajo revisión o derogado (Machado: 2017, 41-43). La institución encargada de resolver la acción de *graphêparanomôn* era el Tribunal Popular o *Dikasteria*⁵² que en algunos casos individuales podía incluso llegar a ignorar lo que se establecía en la ley.

Con las reformas mencionadas se creó la acción *graphê nomon me epitedeionthenai* que se utilizó para efectuar el control sobre las leyes griegas mediante un procedimiento idéntico al que se empleaba cuando se efectuaba la *graphêparanomôn*, así como lo eran igualmente sus efectos con respecto a la validez de la ley. Mientras el Tribunal Popular o *Dikasteria* resolvía sobre la validez de los decretos, los *nomothetai* (νομοθέται)⁵³ eran las personas que figuraban como legisladores al ser los responsables de controlar la validez de las leyes.

Sin dejar de tener presente la distancia temporal, en el sentido expuesto resulta evidente que tanto la idea de Constitución concebida por los ingleses en el siglo XVII como el modelo de Constitución francés del siglo XVIII dista mucho del significado de Norma Fundamental que subyace en la Constitución griega. En la antigua Grecia,

⁵² “La *Dikasteria* era un órgano fundamental para la mantención de la democracia, y con las reformas de Efiltes fue revestida de nuevas funciones, tales como el control de las leyes, por haber sido establecida como un tribunal de primera jurisdicción, siendo responsable por juzgar la mayoría de los casos de orden privado (*diké*) y de orden público (*graphé*). Para los juicios privados la composición mínima de jurados era de 201 miembros, aunque podía ser aumentado a 401 si el valor de la causa superara una suma mayor de 1000 dracmas. Por otro lado, en los juicios de naturaleza pública (*graphé*) el número de jurados ascendía a 501 miembros. Los jurados eran elegidos por medio de sorteo entre un grupo de 600 individuos que eran pertenecientes a cada una de las diez tribus de Atenas, habiendo el número de 6000 potenciales miembros de un jurado disponibles en total” (*Ibidem*).

⁵³ “Los *nomotethai* eran un grupo de ciudadanos seleccionados para juzgar la constitucionalidad formal y material de las leyes en Atenas. Ellos tenían el *status* de guardianes de las leyes, así como los tribunales constitucionales la tienen en relación a la constitución, atribución conferida en referencia a la discusión entre Hans Kelsen y Carl Schmitt de guardianes de la constitución” (*Ibidem*).

la noción de *Constitución* representaba los valores compartidos de *la polis*, los cuales guiaban la creación y la forma de aplicar las leyes. Contrario a ello, las constituciones que se redactaron en Europa fueron escritas como un instrumento que permitía organizar y delimitar el poder del Estado y a tal efecto, a través del orden constitucional, se intentaron proscribir las arbitrariedades que el propio Estado podría llegar a cometer contra los derechos y las libertades de las personas.

En el Reino Unido el control constitucional de la ley fue ejercido desde su concepción hasta la actualidad por el Parlamento británico, oficialmente nominado como Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el cual fue reconocido como el guardián de la Constitución desde la Revolución Gloriosa ocurrida en 1688, siendo los jueces a partir de ese momento considerados meros operarios del sistema de justicia debido a que el *common law* británico (derecho anglosajón) exige que los jueces se encuentren sujetos de forma estricta a las leyes que son redactadas por el Parlamento inglés.

De hecho, ello se puede evidenciar en la generalidad de los estudios jurídicos y politológicos realizados por filósofos, juristas y pensadores de los siglos XVII y XVIII como John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), entre muchos otros autores que realizaron estudios en los cuales se “privilegiaron claramente el funcionamiento de los poderes Legislativo y Ejecutivo, concediendo poca importancia a la actividad desarrollada por los órganos de jurisdicción” (Trovaio do Rosario: 2015, 714).

Lo anterior responde al hecho de que durante aquella época la elaboración de las leyes británicas se inspiraba en el Derecho natural, por lo tanto, a la luz de esta doctrina todas las leyes se consideraban justas y en ese mismo sentido se hacía innecesaria la redacción de una Constitución, lo que obligaba a los organismos jurisdiccionales a aplicar las leyes aprobadas por el Parlamento tal y como habían sido escritas.

En consecuencia, se puede advertir que en un inicio los tribunales de justicia en el Reino Unido no fueron reconocidos propiamente como un poder del Estado, dado que la legitimidad popular y el ejercicio de la soberanía se concentraba en el poder

Legislativo, mientras que el poder Ejecutivo y el sistema de organización territorial federal eran considerados como los dos poderes derivados o inferiores. Aquí resulta interesante destacar, por ejemplo:

[Que] Locke ni siquiera consideró a lo judicial como “poder” o como grupo por separado. En su tricotomía los dos poderes “derivados” o “inferiores” son el “ejecutivo” y el “federal” [...], considerando que el poder “supremo”, el “legislativo”, está magnificado como “el alma que da forma, vida y unidad a la 'Commonwealth'” (Cappelletti: 1986, 46).

Durante las últimas décadas en Reino Unido se han hecho una serie de cambios en la aplicación del control constitucional, con el fin de permitir la permeabilización del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. De conformidad con este objetivo la Ley de Derechos Humanos que fue expedida en el año 1998 confirió a los jueces la competencia para efectuar el control constitucional; no obstante, es un control acotado porque se limita a determinar la inconstitucionalidad de la ley⁵⁴. Es así como el Parlamento británico continúa ejerciendo de forma exclusiva la potestad de modificar la legislación.

Cien años después de la revolución parlamentaria inglesa, en la Europa occidental estalla el conflicto sociopolítico e ideológico que iniciará la Revolución francesa, con la cual surgió en Europa la idea de elaborar una Constitución escrita que garantizara la separación de los poderes del gobierno en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En ese entonces en el Parlamento se concentraba la legitimidad popular, debido a que este poder era el encargado de garantizar los derechos y las libertades de los ciudadanos; mientras que el poder Judicial se encontraba sujeto a cumplir de forma estricta las leyes elaboradas por el poder Legislativo.

⁵⁴ Con “la incorporación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), mediante la Human Rights Act de 1998, se da un primer paso hacia el camino de un control judicial difuso, tras lo que desde octubre de 2000 los tribunales superiores revisan las leyes que se hacen valer ante ellos en referencia a la CEDH y pueden declarar su incompatibilidad mediante una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*)” (Weber: 2002, 589).

A este respecto, Rousseau y Montesquieu rechazaron toda posibilidad de confiarle al poder Judicial el control de las leyes, mientras que Emmanuel Joseph Sieyès propuso en 1795 la creación de un jurado constitucional en Francia con la intención de implementar una forma de control judicial. La propuesta de Sieyès finalmente sería rechazada (Pardo: 1991, 246) en razón a que el poder Judicial no poseía entonces legitimidad alguna para controlar las leyes del Parlamento francés, pues para la época en que se dieron las revueltas que iniciarían un nuevo período en la historia europea el poder Legislativo encarnaba de manera exclusiva la voluntad del pueblo.

Por lo anotado, se acuñaría una frase de Montesquieu que desde entonces perviviría hasta la actualidad, pero que, sin duda, en los últimos tiempos ha perdido cierta vigencia al considerar que “*los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*” (Montesquieu: 1748, 237). Lo enunciado por Montesquieu pierde cierto valor porque se desliga del contexto en que fue pensado, ya que durante la época de las monarquías las cortes superiores en Francia, denominadas *Parlements*, eran nombradas directamente por el rey y vinculadas a la clase feudal.

En consecuencia, durante el período monárquico los jueces defendían los intereses de la Corona y no los del pueblo. Un caso puntual fue el ocurrido en el año 1667 cuando el monarca Luis XIV les prohibió a las cortes aplicar Derecho que no proviniera de la voluntad real, siendo esta la fuente principal del automatismo de la época (Hurtado: 2012, 712). Habría que esperar hasta 1750 para que se conformara el primer Parlamento con representantes del pueblo.

Durante el régimen monárquico el Parlamento Estamental asumió la tarea de garantizar el cumplimiento de las leyes fundamentales del reino, ante las intenciones de la monarquía de aplicar medidas que le permitieran reforzar su posición en el ejercicio del poder durante el tercer Estado (Pardo: 1991, 245). Transcurrido el período de la Revolución francesa, a partir del año de 1799 el poder Judicial fue considerado un rezago del régimen de las monarquías, dado que sus actuaciones siempre estuvieron en favor de los intereses del rey.

De igual manera las cortes fueron vistas como instrumentos que defendían los intereses de la burguesía, así como los suyos propios. Por lo tanto, durante esta época fue inadmisibles considerar la idea de que el poder Judicial, desprovisto de legitimidad popular, pudiese aplicar algún tipo de control hacia los actos que emanaban del Parlamento Estamental francés.

La situación de desconfianza era generalizada, pues –como se dijo– imperaba la creencia de que los jueces eran una clase privilegiada, “sobrevivientes” de las viejas monarquías. Además, ejerció una gran influencia el pensamiento rousseauiano de acuerdo con el cual la ley era el resultado de la voluntad del pueblo y ello determinaba que no pudiera ser anulada o dejada de aplicar por los jueces, pues de lo contrario se les estaría otorgando a estos un poder que excedería ampliamente sus funciones propias (Highton: 2013, 115).

Es un hecho ampliamente conocido que las revueltas sociales, políticas e ideológicas que tuvieron lugar en los Estados Unidos de América y en Francia permitieron la redacción de las primeras constituciones escritas, sin embargo, la forma de concebir la estructura orgánica del Estado en ambos casos resultó ser bastante distinta. Y es que mientras en los Estados Unidos había una marcada desconfianza hacia el poder Legislativo debido a los abusos que las colonias habían sufrido por parte del Parlamento inglés; en Francia, en cambio, existía el mismo nivel de desconfianza, pero hacia los jueces.

Fue por ello por lo que en los Estados Unidos de América se le confió al Tribunal Supremo de Justicia garantizar la supremacía del texto constitucional, con el fin de controlar las atribuciones que le habían sido otorgadas al poder Legislativo⁵⁵; mientras que en Francia sería al Parlamento a quien se le confiaría la custodia de la voluntad soberana, lo que trajo como consecuencia una limitación para las cortes que entonces solo podían cumplir con la mera aplicación de las normas jurídicas. Es así

⁵⁵ “Por supuesto que la estricta separación, al «estilo francés», de los poderes gubernamentales, ya sea o no verdaderamente inspiración de Montesquieu, estaba muy alejada del tipo de separación de poderes que la Constitución [norte]americana adoptó casi simultáneamente. La separación de poderes se describe mejor en [Norte]américa como *checks and balances*; tras esta expresión, se reservaba a los tribunales un papel extremadamente importante de revisión de las acciones tanto legislativas como administrativas” (Cappelletti: 1986, 46).

como se deja ver en los análisis hechos por historiadores e ideólogos de la época como el jurista y político Alexis de Tocqueville:

[Quien] tras analizar primero el control judicial americano y reconocer que la inexistencia en Francia de un similar sistema de control de constitucionalidad otorga, de hecho, al cuerpo legislativo el poder de cambiar la constitución, afirma a continuación, de manera concluyente, que “vale más otorgar el poder de cambiar la constitución del pueblo a hombres que representan, aunque sea imperfectamente, esa voluntad popular que a otros que no se representan más que a ellos mismos” (Pardo: 1991, 246).

En el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su numeral 2⁵⁶, se establece la obligación de todos los jueces de hacer cumplir la Constitución y la ley; no obstante, este articulado dejó un amplio margen para que fueran el poder Legislativo y Judicial los responsables de instrumentalizar el control constitucional. Dicho de otro modo, en el texto constitucional de los Estados Unidos se recogen principios generales del control constitucional, pero su estructura y sus procedimientos se establecen en la ley y a través de los propios fallos del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, hay que aclarar que el control constitucional no es un fenómeno estático y no puede ser tratado como tal, pues se trata de un ejercicio dinámico que se encuentra en constante transformación (Sagüés, Sofía: 2007, 127).

En esa misma línea cabe decir que, aun cuando se produzcan cambios en los principios y los valores que fueron observados para elaborar la ley, el Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía de la Constitución a través del control constitucional. Es por esta razón por la que “el juez constitucional, en su proceso interpretativo, debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político con miras, precisamente, a “mantener viva la Constitución”” (Colombo: 2013, 279).

⁵⁶ “Art. 6.2. Constitución de Estados Unidos de América: esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la constitución o las leyes de cualquier estado”.

De igual forma, en los textos constitucionales que nacieron en el preludio republicano de los países andinos se puede apreciar una notable influencia de las cartas fundamentales europeas de la época. Así como en los artículos 372 y 373⁵⁷ de la Constitución de Cádiz de 1812, oficialmente intitulada Constitución Política de la Monarquía Española, se estableció el control político, así mismo fueron redactados los primeros textos constitucionales de los países de la América Andina que se independizaron durante el siglo XIX. En adelante sería el Congreso el responsable de custodiar el cumplimiento de las constituciones y de aplicar el control sobre la ley.

Un hecho que también ratifica la clara influencia que tuvo el modelo jurisdiccional europeo en el modelo de control constitucional que implementaron los países de la región Andina fue que durante el siglo XX, como se sabe, estas naciones introdujeron en sus cartas fundamentales la institución jurídica del Consejo de Estado. Es así dado que la fuente de inspiración de los consejos de estado constituidos en los países andinos fue el *Conseil Constitutionnel français*, cuya relación directa con la recién creada figura del Consejo de Estado radica en la forma como ambos aplicaban el control sobre la ley, el cual era de tipo formal, concebido para controlar la legalidad del procedimiento legislativo.

Pero el modelo constitucional europeo no fue la única fuente de inspiración que recibieron las naciones andinas para implementar un modelo de control constitucional, dado que también hubo varios elementos del constitucionalismo norteamericano y de su modelo de gobierno presidencialista que fueron introducidos en los sistemas jurídicos de estos países de la región norte de Sudamérica. Lo anterior se debió, en parte, a la cercana ubicación geográfica de estas dos regiones y al interés mutuo de fortalecer las rutas comerciales entre ambas zonas del continente americano, lo que a su vez se configuró en un elemento clave para la asimilación de ciertos elementos del control difuso.

⁵⁷ “Art. 372. Constitución de Cádiz: las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella”.

“Art. 373. Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la constitución”.

Todas estas situaciones generaron las condiciones necesarias para la implementación de sistemas de control constitucional mixtos en la región Andina, e incluso de sistemas duales o múltiples como ocurrió en otros casos. En las naciones de las regiones centro y sur de América Latina, “por influencia del ordenamiento constitucional norteamericano, ha predominado con algunas excepciones la facultad de los jueces ordinarios, o al menos algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad” (Fix-Zamudio: 1999, 96).

Finalmente, cabe destacar que, a pesar de las diferencias sistémicas existentes entre el control constitucional europeo y el americano, ambos modelos jurisdiccionales convergen en un mismo objetivo: los poderes del Estado siempre deben estar sometidos al control constitucional, dado que las arbitrariedades en las que estos podrían llegar a incurrir atentarían contra la estabilidad del Estado de Derecho (Aragón Reyes: 1995, 27).

1.2. Derecho procesal constitucional

Dentro del campo del Derecho se concibe al derecho procesal constitucional como un objeto de estudio independiente, dado que la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales necesitan de un órgano que pueda ejercer de manera exclusiva la jurisdicción constitucional y cuente con la suficiente competencia para aplicar procedimientos específicos que garanticen la supremacía de la Constitución. Con ese fin se concibió a la rama del Derecho procesal constitucional en el ámbito del Derecho.

Es importante anotar que el término *procesalismo constitucional* fue utilizado por primera vez por el reconocido procesalista español del siglo XX Niceto Alcalá Zamora y Castillo (Sagüés: 2008, 14) a partir de un análisis hecho sobre los procedimientos determinados por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1931. Sin embargo, las primeras nociones que hacen referencia al *Derecho procesal constitucional* como tal se encuentran en el Hábeas Corpus Amendment Act (acta de *habeas corpus*) que fue promulgada en Reino Unido el 26 de mayo de 1679, convirtiéndose en la primera ley que estableció un procedimiento para la aplicación de una garantía constitucional.

Cien años más tarde el derecho pudo ver la primera evolución que mostró esta rama del procesalismo científico con la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* proferida el 24 de febrero de 1803, donde se consolidó la supremacía de la Constitución y se aplicó por vez primera el principio de “*stare decisis et quieta non movere*” (estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto), elemento sobre el que se sustenta la actividad jurisdiccional de las Cortes en los Estados Unidos de América hasta la presente fecha. Con una diferencia de más de un siglo se dio una segunda evolución importante con la promulgación de la Constitución de Austria el 1 de octubre de 1920, Carta Fundamental en la que por primera vez en la historia se delegó el control de constitucionalidad de la ley a un órgano especializado: el Tribunal Constitucional (Sagüés: 2008, 21-22).

Fue en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial que el procesalismo constitucional se afianzó como una rama de estudio independiente, pues “las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda postguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal” (Fix-Zamudio: 1999, 93). Con toda seguridad ello se debió al hecho de que en su propio contenido las constituciones garantistas de derechos establecieron procedimientos rígidos para garantizar la jurisdicción constitucional.

Lo anterior deja en evidencia que al igual que los demás ámbitos del Derecho el procesalismo constitucional se desarrolló conforme a las dinámicas propias de las distintas épocas y de los hechos históricos que han marcado la historia de la humanidad. En esa misma línea Colombo (2013, 274) definió el derecho procesal constitucional en los siguientes términos: “[...] estimo que es correcta la denominación de *derecho procesal constitucional*, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la constitución en forma estática”.

Establecer procedimientos eficaces para la aplicación de las garantías de la Constitución permite la consolidación de la jurisdicción constitucional, tanto en su aspecto formal como en lo procedimental, pues, así como es una constante preocupación entre los juristas, también lo es entre los ciudadanos. Dicho de otro

modo, el debido proceso es una garantía constitucional y a tal efecto, según lo destacó Sagüés (2008, 25), el estudio del procesalismo constitucional se debe realizar desde un “enfoque tridimensional metodológico del fenómeno jurídico: norma, realidad y valores”.

A la luz de todo lo anterior las leyes elaboradas por el poder Legislativo, junto con las disposiciones normativas que surgen a partir de las sentencias proferidas por los más altos tribunales, establecen el procedimiento que se debe aplicar para hacer un correcto control de la constitucionalidad de la ley; por tanto, habrá que prestar atención al grado de honestidad, capacitación y autonomía que los jueces de estos tribunales tengan para elaborar las sentencias, incluso su formación ideológica y social, dado que todos estos aspectos influyen en las sentencias que dictan.

Por otro lado, es importante observar que los valores que deben aplicar los magistrados no son de carácter subjetivo, ni mucho menos son ordenados según la formación ideológica de cada juez, sino todo lo contrario, dado que “la ideología del derecho procesal constitucional tiene que ser la ideología explícita o implícitamente sostenida por la constitución de ese Estado” (Sagüés: 2008, 26-33).

1.3. Clasificación de los modelos de control constitucional

Sin duda, el sistema de justicia norteamericano es un referente histórico en lo que respecta a la aplicación del control constitucional, pues tuvo que transcurrir más de un siglo, desde que fue dictada la icónica sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), para que en Europa se redactara la primera Constitución que estableciera un modelo de control de constitucionalidad, a saber: la Constitución de Austria que fue adoptada en el año 1920, por lo que resulta evidente la existencia de una distancia temporal importante entre el surgimiento de ambos modelos de control en los dos hemisferios meridiano.

Es posible señalar que el modelo europeo de control constitucional concentrado se inspiró en el control difuso norteamericano debido a que “la propia revisión judicial se aplica a través de numerosos procedimientos, [...] la *judicial review* norteamericana

debe considerarse como un principio y no como una vía particular” (Fernández Segado: 1997, 83). De tal modo, existen elementos del control difuso norteamericano como la supremacía de la Constitución, la calidad de máximo intérprete de la Constitución conferida al Tribunal Supremo de Justicia, la *judicial review* (revisión judicial), y el principio de *stare decisis et quia non movere* que fueron acogidos por el modelo de control constitucional concentrado.

Lo anterior apunta a la existencia de dos modelos o, más bien, dos arquetipos de control constitucional que surgieron respectivamente en los continentes americano y europeo, estos fueron: el control constitucional difuso y el control constitucional concentrado. Si bien ambos modelos poseen características específicas que facilitan su identificación, en la mayoría de los países se han implementado sistemas de justicia constitucional que fueron diseñados a partir de la combinación de estos, con el fin de garantizar de una forma eficaz los derechos fundamentales en sus respectivos territorios. A ello Cappelletti lo denominó la *jurisdicción constitucional de la libertad*⁵⁸.

Se ha de tener en cuenta, no obstante “[Que] en la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austríaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, por lo que se han creado los llamados “sistemas mixtos”” (Fix-Zamudio: 1999, 97).

A pesar de que la clasificación rígida de los modelos de control constitucional aún es una metodología de enseñanza importante, en la actualidad resulta insuficiente, puesto que para poder comprender el funcionamiento de la jurisdicción constitucional implementada por los Estados se requiere de una visión más amplia del Derecho. “Desde la perspectiva del derecho comparado se observa que los modelos de justicia

⁵⁸ “[...] La existencia en otras naciones de cualquier institución capaz de realizar en forma efectiva los derechos fundamentales examinando, además, las causas y formas de su establecimiento y los problemas que puede hacer surgir. Un modo, diríamos diferenciado, reforzado [y] diferente por su estructura y fundamentalmente por sus efectos, del que se persigue en los juicios ordinarios. Es esta diferenciación y, por tanto, la existencia en el ámbito de la “jurisdicción constitucional” de un tipo particular de “jurisdicción constitucional de la libertad”” (Cappelletti: 2010, 25).

constitucional no pueden ser analizados de manera completa sin estudiar la relación entre estos propios modelos y todos los elementos que componen el sistema jurídico en el que el modelo ha sido creado o trasplantado, como una parte en comparación con el conjunto” (Scarciglia: 2013, 237).

Atendiendo esta necesidad de observar la relación existente entre estos modelos y los elementos integrados en el sistema jurídico de cada uno de ellos, Capelletti elaboró un análisis estructural comparativo de los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en varias de sus obras, encontrando en ellos tres aspectos principales: i) el primero relativo al órgano que realiza el control, ii) el segundo con respecto al procedimiento que se utiliza para plantear la inconstitucionalidad y la forma como esta puede ser resuelta, y iii) el tercero en referencia a los efectos que generan las sentencias proferidas sobre la ley o en un caso en concreto (Ferrer Mac-Gregor: 2009a, 291-292).

Con lo expuesto, y con el análisis hecho por Capelletti sobre la implementación de sistemas de control constitucional mixtos, son aún más notables los esfuerzos que realizan los Estados para fortalecer el orden constitucional interno. Una de las razones a la que, quizá, se deba el interés y a la que respondan los esfuerzos hechos por las naciones para optimizar la jurisdicción constitucional puede ser la posibilidad que estas admiten ser empleadas como una herramienta del Derecho que permita garantizar la justicia y la paz social.

Toda ley para ser legítimamente válida no solo debe ser aprobada por el poder Legislativo, sino que, además, requiere estar sujeta a la posibilidad de ser sometida al control constitucional para reafirmar su validez al corresponderse con los principios constitucionales y no vulnerar los derechos consagrados en la Norma Fundamental. Lo anterior, dicho de otro modo, implica que todo Tribunal Constitucional, estando investido de la legitimidad que le confiere la propia Constitución, debería tener la atribución de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos definitivos y vinculantes⁵⁹.

⁵⁹ “La legitimidad de la ley no resulta solo de ser obra del legislador democrático, sino de su condición –actual o potencial– de ley jurídicamente controlada o controlable, en otras palabras, de su aptitud para ser declarada inconstitucional si lo mereciera. Podría incluso decirse que la legitimidad de la ley resulta

Tal como puede derivarse de lo expuesto hasta aquí, en los últimos años, de forma particular en la región Andina, la jurisdicción constitucional ha experimentado una transformación que ha sido necesaria para poder adaptarse a las exigencias de las sociedades actuales y optimizar su aplicación. Ahora, el estudio de estos cambios demanda ser abordado desde una percepción innovadora, ya que en la actualidad en ningún Estado se emplean los modelos de control constitucional de forma clásica⁶⁰. Cada nación, hoy en día, en función de sus propias necesidades y, sobre todo, con base en la forma propia como concibe la jurisdicción constitucional, crea sistemas que contienen en mayor o menor medida características tanto del control difuso como del control concentrado.

A la luz de lo anterior, los sistemas de control constitucional, al igual que las demás instituciones del Derecho se encuentran en un proceso de constante evolución. Bajo esta premisa en las líneas subsiguientes de este capítulo se presenta un análisis sobre la clasificación de los modelos y sistemas de control constitucional.

1.3.1. Clasificación rígida

La clasificación rígida de los modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad ha perdido en los últimos tiempos gran parte de su utilidad analítica debido a su estructura dicotómica, así como al hecho conocido de que la mayoría de los países ha optado por combinar las características de ambos modelos de control e incluso por el empleo de procedimientos propios del control político y no solamente de los modelos jurisdiccionales. Por lo tanto, en la actualidad ningún sistema es puramente jurisdiccional.

de su contraste con otras que han sido declaradas inconstitucionales y nulas. Desde esta perspectiva, algún día habría que hacer un elogio de la inconstitucionalidad” (Cruz: 2014, 145).

⁶⁰ “Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda postguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización [...]” (Fernández Segado: 2005, 22).

A pesar de lo anotado en líneas anteriores, es conveniente establecer por separado las características propias de los modelos de control difuso y concreto, dado que esta separación facilita su estudio, teniendo en cuenta que “la virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande [...]. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso” (Fernández Segado: 2005, 23 y ss).

Debido a la extensión y la complejidad que implica este estudio, se advierte que para analizar el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los diferentes países se requiere de una visión más amplia del Derecho. Por lo expuesto, en esta sección de la investigación se tomó en consideración la clasificación de los modelos jurisdiccionales recogida en los estudios de Fernández Segado.

Existe, de acuerdo con el autor, una variedad de sistemas jurisdiccionales dotados de diferentes competencias para la aplicación del control de constitucionalidad de la ley, los cuales se han estudiado permitiendo identificar los rasgos específicos que estos poseen. Con base en estos elementos característicos se ha establecido una clasificación en dos grandes grupos: i) los modelos que privilegian el control abstracto constitucional de la ley; y ii) los sistemas en los que prevalece la tutela de los derechos fundamentales de las personas, es decir, donde prevalece la aplicación del control concreto de constitucionalidad⁶¹.

A modo de conclusión es preciso decir que para comprender los diversos sistemas de control de constitucionalidad se requiere analizar la estructura de la jurisdicción constitucional concebida en cada Estado, ya que a partir de la combinación de elementos de los modelos de control norteamericano y europeo se crean los demás

⁶¹ “[Estas dos tipologías], anticipémoslo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotómicas, encaminadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario” (Fernández Segado: 2005, 23).

sistemas de justicia constitucional, por lo tanto, no deberían ser estudiados desde una visión clásica del Derecho.

Lo cierto es que en algunos países se han concebido sistemas mixtos de control constitucional, y en otros tantos se han implementado incluso sistemas duales o yuxtapuestos. Todos estos hechos preconfiguran al estudio del control constitucional como una tarea compleja que requiere de innovadoras formas de clasificación como lo es la *fuzzy sets theory*.

1.3.2. *Fuzzy sets theory* (teoría de los contornos difusos)

Queda claro que en la actualidad no existen modelos puros de control constitucional, al menos no en un sentido estricto, toda vez que cuando los países implementan en sus cartas fundamentales determinado modelo de control constitucional lo hacen adaptándolo a sus propias realidades y contextos para que este pueda responder a las demandas de la sociedad. “La doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas y advierte cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro” (Highton: 2013, 117). Así los Estados utilizan elementos que no son propios de un modelo de justicia constitucional en específico para optimizar la aplicación de estos, dando lugar con ello a la formación de diversos sistemas.

En la justicia constitucional del siglo XXI se viene dando una asimilación mutua de características entre los modelos de control constitucional y como consecuencia de este fenómeno ha surgido una diversidad de sistemas de control, situación que se presenta particularmente en los países de la región Andina. “Todo ello no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en los modelos (jurisdiccional/político) ni mucho menos en los sistemas” (Pegoraro: 2019, 79).

Por otra parte, autores como Rubio Llorente (2012: 11 ss.) han sugerido que es mejor abandonar la clasificación yuxtapuesta de los modelos de control constitucional,

con la finalidad de elaborar una clasificación basada en los rasgos específicos de cada jurisdicción.

La *teoría de los contornos difusos* reconoce que los objetos pertenecen a una clase determinada, pero solo en cierta medida, por tanto, al elaborar una clasificación de los objetos existe un grado de “colocación incierta” que se adecúa conforme al “grado de pertenencia”⁶².

Dicho de otro modo, la *fuzzy sets theory* facilita la clasificación de los sistemas de control jurisdiccional al evitar las dicotomías que subsisten de forma permanente en los modelos clásicos de estudio del control constitucional⁶³. Dicho esto, al distinguir las características de los sistemas híbridos, la teoría de los contornos difusos se contraponen a la teoría de los conjuntos, ya que en ella desaparecen los límites inflexibles que antes dificultaban la comprensión de los sistemas de control constitucional.

[Siendo así] más útil parece ser la *fuzzy sets theory* que se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar estas persiguiendo la precisión puede llevar a perder de vista el verdadero significado (Pegoraro: 2019, 47-48).

Clasificar los sistemas de control constitucional requiere, por tanto, una visión amplia y flexible de los modelos clásicos, tanto del modelo de control político como de los modelos de control jurisdiccional, debido principalmente al hecho de que los

⁶² “Este concepto recuerda la idea de que cada componente de un sistema jurídico no está en el mismo plano que los otros ($F \nabla F^1, F^1 \nabla F^2$), y que un sistema de justicia constitucional representa un subsistema en el contexto del sistema jurídico de un determinado país, análogamente a lo que sucede en la teoría de los conjuntos entre “conjunto” y “elemento”. Si el sistema de justicia constitucional z –el elemento z – pertenece al País Z –el conjunto Z – ($z \in Z$), eso no significa que los elementos del sistema de justicia constitucional del País A (g, g^1, g^2) –que pertenecen evidentemente al País A ($g, g^1, g^2 \in A$)– deberían ser iguales o equivalentes a los del País Z ($\{g, g^1, g^2\} = \{z, z^1, z^2\}$). Es más probable que solamente algunos de estos elementos coincidan y deban ser, en cada caso, interpretados según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia” (Scarciglia: 2013, 332).

⁶³ “Es el caso, entre otros muchos, de Cappelletti, para quien el control jurisdiccional de las leyes en su funcionamiento en el mundo contemporáneo revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de unificación” (Fernández Segado: 2005, 30).

Estados han adoptado sistemas de justicia constitucional en los que se vislumbra la existencia de una hibridación entre los modelos de control, lo que hace necesario identificar cuáles son las características que predominan en cada sistema para así poder hacer su correcta clasificación. A la luz de estas consideraciones, los arquetipos de control constitucional se consideran la base para elaborar auténticos sistemas de justicia constitucional.

A este respecto, interesa traer a colación la reflexión elaborada por Sagüés Sofía (2007) sobre los diversos y complejos sistemas de justicia constitucional que se pueden formar a partir de la combinación de ciertas características de los modelos clásicos. Tales serían, por ejemplo, según esta:

La dinámica del control de constitucionalidad en algunos países donde se había procurado crear un sistema concentrado de constitucionalidad en una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, pero el pleno de la misma, pretorianamente, gesta un recurso de revisión o reconsideración ante ella. Otras veces, los mismos requerimientos que se generan con el avance de la tecnología, la ciencia jurídica, la filosofía hacen que los tribunales adopten variaciones acordes a los nuevos tiempos.

Es así como ha sucedido en las naciones de la región Andina durante los últimos años, donde cada Estado ha definido en función de sus propias dinámicas jurídicas los límites y el alcance que tiene la jurisdicción constitucional, combinando en ella características de los modelos clásicos. Ello es observable en algunos países de la región norte de Sudamérica cuya fragilidad institucional obliga a establecer en sus constituciones sistemas en los que predominan elementos del control concentrado de constitucionalidad; mientras que hay otros países en la región en los que, en cambio, se tiene cierto grado de institucionalidad que permite la implementación de sistemas en los que prevalecen las características del control difuso, no obstante, aun en estos sistemas es posible identificar ciertas características del modelo de control concentrado.

1.4. El caleidoscopio de la justicia

La teoría del caleidoscopio del Derecho fue elaborada a principios del siglo XX por uno de los primeros comparatistas del campo del Derecho, el norteamericano John H. Wigmore⁶⁴. En su obra este renombrado jurista, reconocido por su experiencia en el estudio comparado del Derecho, afirmaba que al comparar los sistemas de justicia implementados por cada Estado se encuentran fundamentos teóricos que no varían, lo que quiere decir que los principios del Derecho se componen y recomponen, con la finalidad de acoplarse a las diferentes realidades jurídicas que se presentan en los Estados.

Tomando esta idea como base, el caleidoscopio del Derecho estaba formado por distintos elementos como son “la comunidad, el tipo de gobierno, los miembros del tribunal, la parte actora, la parte demandada, todos [los cuales] cambian según el tiempo y lugar” (Parise: 2019, 226). Es por eso por lo que a partir de esta teoría es posible elaborar un análisis comparado del Derecho, como también, de forma concreta en este trabajo, de los modelos de control constitucional, mediante lo que Scarciglia (2013, 326) ha denominado el “caleidoscopio de la justicia constitucional”.

Es claro el hecho de que los modelos de justicia constitucional se deterioran de forma natural con el transcurso del tiempo, dado que en las distintas sociedades se presentan constantemente hechos que impulsan la evolución de la jurisdicción constitucional. La ocurrencia y la frecuencia con la que se presentan esas situaciones y eventos obligan a realizar un análisis crítico de la forma como ha evolucionado la jurisdicción constitucional.

Tal como lo mencionaba Wigmore (1941), “en cualquier estudio de nuestros métodos actuales puede ser de ayuda tener en cuenta la extraordinaria variedad de formas en que se ha buscado el mismo objetivo de la humanidad en todo tiempo y región”. A este respecto, cabe destacar la relevancia que tiene este análisis en el marco del presente estudio, el cual se hace necesario teniendo en cuenta que uno de los

⁶⁴ Fue “diseñado en 1941 por el [jurista y] comparatista [norte]americano Wigmore. [Hoy en día] se pueden vislumbrar figuras diferentes según se refieran a Europa, Asia, América, África, Oceanía y [el] Mundo Antiguo partiendo de una figura de modelo, pero en cada uno de ellos hay al menos dos figuras, la cometa y la flecha” (Scarciglia: 2013, 333).

elementos clave para fortalecer el Estado de Derecho en las naciones de la región Andina podría hallarse en la implementación de sistemas eficaces de control constitucional.

Así pues, en este trabajo se utilizó la teoría del caleidoscopio de la justicia constitucional, con el fin de identificar cuáles son los elementos del control constitucional que se replican constantemente en los distintos ordenamientos jurídicos, como también los elementos singulares que se observan en los sistemas de control constitucional de los países que hacen parte de la región Andina.

2. Control político de la ley

2.1. Origen histórico. El *Conseil Constitutionnel*

En la Francia del siglo XVIII, al igual que en los Estados Unidos de América, se desarrollaron los primeros modelos de democracia representativa. Ello sucedió más concretamente en los años posteriores al triunfo que obtuvo el pueblo burgués sobre la aristocracia al finalizar la Revolución Francesa en 1799. La proclamación y el reconocimiento de los derechos y deberes civiles en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789, y la promulgación de la Constitución francesa de 1791 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente realizada el 3 de septiembre del mismo año constituyen hechos relevantes en torno al triunfo de la Revolución Francesa.

Estos hechos históricos dieciochescos dieron lugar al surgimiento de una concepción distinta respecto al Estado de Derecho, basada en la soberanía popular que se hizo efectiva en la República en reemplazo de la monarquía. Una vez concluido ese trasegar histórico con la proclama de la Constitución de 1791, Francia se configuró como una monarquía constitucional en la que reposó la voluntad general sobre el Parlamento. Este organismo del nuevo modelo de gobierno sería el responsable natural de ejercer el control político tanto de las decisiones adoptadas por el poder Ejecutivo como de la aplicación de la ley por parte del poder Judicial, permitiendo así garantizar

la supremacía de la primera Constitución escrita en la sociedad francesa y la separación de los poderes del Estado.

Sin duda, fue determinante el contenido ideológico de *El contrato social* de Rousseau publicado en 1762, pues los principios allí descritos cambiaron radicalmente la concepción de la *voluntad soberana* antes concentrada en el monarca, pero a partir de ese momento de la historia pasando a ser ostentada por el pueblo que por medio del pacto social reconoce a un Estado que representa la voluntad general, el interés común y el poder soberano de cada miembro para poder organizar la sociedad civil. En ese sentido, en adelante les corresponde a los ciudadanos decidir la forma de gobierno bajo la cual se organizarán como sociedad, así como también a quiénes se les da competencia para gobernar⁶⁵.

Durante el siglo XIX se expandió por toda Europa el modelo de Estado francés, así como la aplicación del control político de la ley en manos del Parlamento. En consecuencia, las primeras constituciones escritas en las naciones del continente europeo se redactaron con el fin de garantizar la división de poderes y la subordinación de estos a la voluntad popular.

Entretanto el poder Judicial fue relegado a un segundo plano debido a que las cortes se encontraban sujetas a la aplicación de la ley que dictaba el Parlamento, lo cual respondía a la notoria desconfianza que la sociedad francesa tenía con respecto a la labor de los jueces, pues durante el régimen de la monarquía sus cargos fueron hereditarios e incluso podían ser comprados o vendidos, y lo mismo aplicaba a los requirentes que para poder acceder al sistema de justicia debían pagar por la labor de los jueces.

Así, en el régimen del absolutismo monárquico la justicia se encontraba al servicio del rey y la clase dominante de la época, “como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber” (Cappelletti: 1986, 20). Esos consabidos privilegios, reservados para unos pocos y vetados para la mayoría del pueblo francés,

⁶⁵ La limitación del poder que ostentaba el soberano reside en la ley que es creada por la voluntad general, así se lee en el libro II del capítulo IV de *El contrato social* del polímata Rousseau (1819).

incrementaron el rechazo de este hacia el régimen monárquico y fueron los mismos que impulsaron las revueltas francesas de finales del siglo XVIII (1789-1799).

Con el nuevo régimen parlamentario francés y las nuevas responsabilidades que se le dieron a este de custodiar el fiel cumplimiento de la Constitución, resulta evidente que la clave para garantizar los derechos de las personas se encontraba en fijar límites al ejercicio del poder; razón por la cual el control de la ley efectuado por el Parlamento se convirtió en la primera garantía política de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, en los primeros años del siglo XIX el poder Legislativo incurrió en los mismos vicios del absolutismo al abusar de las atribuciones que le fueron conferidas democráticamente por el pueblo, imponiendo un régimen de injusticia y tiranía, idéntica situación que provocó la sublevación del pueblo contra la monarquía.

[Fue así como] durante el siglo XIX debido a la supremacía del Parlamento se llegaría a abusar de la democracia de una manera tal que prácticamente dejaría sin potestades al Ejecutivo. Esto como consecuencia del antagonismo histórico hacia la figura de la monarquía, y que de lo que se trataba era de mantener el mayor poder posible en manos del Parlamento. Ya en el ocaso de aquel siglo se daría un giro en el pensamiento constitucional, sujetando a todos los poderes por igual bajo las leyes que fijaría el pueblo como poder constituyente y que, al desaparecer este, dejaría en manos del Estado (Enríquez: 2006, 56).

Durante las cinco repúblicas que se instauraron en Francia, al menos hasta el año 1958, no se logró establecer procedimientos específicos para la aplicación del control constitucional por parte del Parlamento. En vista de que a lo largo de estas etapas republicanas el régimen parlamentario francés incurrió en los mismos vicios del absolutismo se creó el *Conseil Constitutionnel*, al cual se le encargó realizar el control previo de la ley sin que ello implicara una intromisión en la labor legislativa⁶⁶.

⁶⁶ “Debía existir un control, sin embargo, no podía ser ejercitado por los jueces, sino por el mismo Poder Legislativo o, al menos, por órganos llamados a actuar durante el procedimiento legislativo en vía preventiva [que fueran] capaces de permitir que el acto de control asumiese la misma naturaleza de la ley en cuanto absorbido por el procedimiento para su producción” (Pegoraro: 2019, 53).

El *Conseil Constitutionnel* efectuaba el control de la ley de forma preventiva, por lo que este organismo no poseía competencias para pronunciarse sobre las leyes vigentes o los proyectos de ley una vez que fueran aprobados por el Parlamento. Al menos esta fue la configuración inicial del *Conseil Constitutionnel* cuya evolución permitiría el surgimiento progresivo de la jurisdicción constitucional. Es así como en Francia se terminó implementando un sistema híbrido con base en el control político y la jurisdicción constitucional.

Fue el 4 de octubre de 1958 cuando se creó en Francia el *Conseil Constitutionnel* (Consejo Constitucional) cuyas atribuciones se establecieron en el título VII de la Constitución francesa de la Quinta República⁶⁷. En principio su función se limitaba al control de los procesos electorales y, posteriormente, sus principales labores se concentraron en realizar el control previo de constitucionalidad de las leyes orgánicas, los reglamentos de las Cámaras y los instrumentos internacionales de forma automática antes de su promulgación. Con ello la supremacía del Parlamento ciertamente se vio restringida, dado que el Primer Ministro podía solicitar el control posterior de las leyes ordinarias solo con el fin de verificar su conformidad con las normas constitucionales que versan sobre la distribución de las competencias entre las leyes y los reglamentos (Hurtado: 2012, 716).

Al principio solo se encontraban legitimados para acudir ante el *Conseil Constitutionnel* el Presidente de la República, el Primer Ministro y los presidentes de las Cámaras del Parlamento. Pero con posterioridad a las reformas constitucionales realizadas en el año 1974 se consideraron como legitimados activos a 60 diputados o 60 senadores, con el fin de garantizar el derecho de las minorías parlamentarias (Hurtado: 2012, 717), dado que la Constitución francesa prohibía al Legislativo y al Ejecutivo promulgar leyes que hubiesen sido declaradas inconstitucionales (art. 62).

La implementación del *Conseil Constitutionnel* trajo consigo profundas transformaciones en el ordenamiento jurídico francés y, finalmente, conllevó a la sumisión del Parlamento a la Constitución, dicho en palabras de Favoreu (1988, 230),

⁶⁷ Más concretamente en el articulado constitucional que comprende los artículos del 56 al 63 (Constitución de Francia).

“la “revolución” se ha producido allí donde no se esperaba: la sumisión de la ley a la constitución y del Parlamento legislador a la norma suprema”.

Debido a que el control que aplicaba el *Conseil Constitutionnel* era de carácter preventivo y abstracto, este no se efectuaba con el fin de tutelar los derechos fundamentales de los franceses, quienes, además, carecían de mecanismos para acceder de forma directa ante esta institución dado que en la Constitución francesa no se contemplaba la cuestión de inconstitucionalidad. Fue así como el control constitucional posterior se empleó a discreción de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

En cuanto a la conformación del *Conseil Constitutionnel* se encuentra integrado por nueve miembros que son designados para cumplir sus funciones durante 9 años no prorrogables. En su proceso de renovación parcial, realizado cada 3 años, se elige a un tercio de sus miembros que serán propuestos en ternas presentadas por el Presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado. Una vez designados los nuevos miembros del *Conseil Constitutionnel* sus nombramientos deben ser aprobados por el Parlamento⁶⁸.

Cabe mencionar que los expresidentes de la República pueden integrar este organismo de forma opcional, sin embargo, durante el período que se incorporen al cuerpo del consejo no podrán realizar actividades políticas. De otra parte, en la Constitución se estableció que todos los miembros del Consejo, a excepción de los expresidentes, serán posesionados una vez que rindan juramento ante el Presidente de la República⁶⁹. Entre otros aspectos, también es relevante mencionar que de forma ordinaria las sesiones del *Conseil Constitutionnel* requieren la presencia de siete de sus miembros para su instalación, la aprobación de sus resoluciones se realiza por mayoría simple del total de los miembros presentes, y el presidente del Consejo tendrá voto dirimente.

⁶⁸ Tal como se dispone en los artículos 13 y 56. (*Ibidem*).

⁶⁹ “Ordenanza N.º 58-1067 del 7 de noviembre de 1958. Art. 3: antes de asumir sus funciones, los miembros designados del Consejo Constitucional prestarán su juramento ante el presidente de la República”.

Mientras que en el siglo XIX, en los Estados Unidos de América el Tribunal Supremo de Justicia sentaba las bases del control constitucional a través de las primeras sentencias que dictaba. En Francia, a partir de mediados del siglo XX el *Conseil Constitutionnel* amplió a través de sus fallos sus propias atribuciones para realizar el control sobre la ley.

La primera transformación importante que se dio en ese sentido en Francia se presentó con la sentencia que fue proferida el 16 de julio de 1971 para dictar una resolución en el caso “*liberté d'association*”, al establecer que el preámbulo de la Norma Fundamental francesa posee rango constitucional, siendo esta introducción redactada con base en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y los principios generales del Estado.

A partir de esta sentencia el *Conseil Constitutionnel* francés empezó a asumir atribuciones que son propias de una corte especializada de jurisdicción constitucional, pasando así del principio de legalidad al principio de constitucionalidad y prohibiendo la promulgación de leyes contrarias a los derechos naturales y civiles. Respecto a lo anterior resulta interesante resaltar lo mencionado por Cappelletti (1980, 71) en relación con la sentencia en cita:

En una sentencia extraordinariamente interesante de 1971 relativa a la libertad de asociación el Conseil Constitutionnel cesó por primera vez de ser un mero perro guardián de las prerrogativas del ejecutivo, reclamando, por el contrario, para sí el poder y el deber de controlar la conformidad de las *lois* no promulgadas no solo con los artículos 34 y 37, sino con la constitución en general, incluyendo aquellos “principios generales” que poseen carácter constitucional y que, una vez más, pueden ser deducidos de las *magna chartae* de la historia constitucional francesa y de la “tradición republicana”.

Hasta principios del siglo XXI el Consejo Constitucional fue considerado como un órgano que ejercía principalmente un control político sobre la ley, no obstante, las últimas reformas constitucionales iniciaron un proceso de transformación definitiva. Con la promulgación de la Ley N.º 276 del 28 de marzo del 2003, que entró a modificar el artículo 74 de la Constitución francesa, se le otorgó a las *collectivité d'outre-mer*

(colectividad de ultramar - COM) la facultad de derogar leyes que se encontraran en contradicción con sus estatutos, previo a la verificación de violación de competencias realizadas por el Consejo Constitucional, la cual se constituyó en una modificación relevante al ser la que iniciara este proceso de reformas.

Pero la reforma más importante y que, sin duda, fue la que estableció de forma definitiva la jurisdicción constitucional del *Conseil Constitutionnel* para tutelar derechos en casos concretos fue la promulgación de la Ley N.º 724 del 23 de julio de 2008, la cual facultó al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado solicitar el control incidental, sucesivo y concreto contra leyes que fueran aprobadas por el Parlamento cuando consideraran que estas normas vulneraban los derechos reconocidos en la Constitución (Pegararo: 2019, 54).

2.2. Caracterización del control político

A pesar de que en la actualidad el control jurisdiccional de la ley predomina en la mayoría de los Estados, ciertamente, el control político se mantiene vigente. De hecho, en la mayoría de los países existe una colaboración permanente entre el control político que es ejercido por el Legislativo y el órgano encargado de la jurisdicción constitucional.

La principal característica del control político de la ley es que su ejecución se encuentra a cargo del Parlamento, la cual se realiza de forma habitual con un carácter preventivo⁷⁰, es decir, se aplica antes de que sea promulgada la ley. No obstante, el Ejecutivo también puede colaborar con el órgano encargado de la jurisdicción constitucional en el control de la ley en aquellos casos en los que la propia Constitución le confiere ciertas atribuciones para participar en el proceso legislativo, de tal forma que esta se convierte en una vía que algunos Estados suelen emplear para evitar que se promulguen leyes contrarias a los textos constitucionales.

⁷⁰ “El control previo se considera comúnmente el control “político” por excelencia. No es casualidad que cuando se identifica un modelo con un sistema concreto siempre se cite al respecto el caso francés. En relación con la fase en que se sitúa el control de constitucionalidad, el control *a priori* no ha encontrado excesiva fortuna, excepto en los ordenamientos que sufrieron la dominación colonial de Francia o, también, influenciados de otra manera” (Pegararo: 2019, 68).

Por regla general, lo que ocurre en estos casos donde el Ejecutivo colabora con el órgano a cargo de la jurisdicción constitucional en el control de la ley es, primeramente, el traspaso de una solicitud de control preventivo de una ley emitida por el Presidente, con la cual expide un veto parcial, posteriormente el Presidente debe reenviar el proyecto al Congreso que será quien finalmente acepte las observaciones o se ratificará en el proyecto inicial (Pegoraro: 2019, 57). Es así como estas vías procedimentales le permiten al poder Ejecutivo, en todo caso, colaborar en cierta medida con la jurisdicción constitucional.

La idea de control parlamentario es parte de la idea más amplia de controles constitucionales, [y] se ubica en la democracia constitucional comprendida como un sistema de controles entre órganos y poderes: de pesos y contrapesos recíprocos. Pretende asegurar la libertad de los ciudadanos y su confianza en las instituciones democráticas, impedir los abusos o irregularidades y arbitrariedades de los cargos públicos, y construir la representación política mediante el juego de los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones; porque la representación política no preexiste, sino que se construye a través de partidos y ciudadanos (García: 2017, 7).

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, el Estado de Derecho que surgió en el continente europeo a finales del siglo XVII concentró en el poder Legislativo la soberanía del Estado. Con ello el Parlamento se convirtió en la auténtica manifestación de la voluntad popular, mientras que el poder Judicial se halló supeditado a la aplicación estricta de las leyes creadas por el Parlamento. En ese sentido, las cortes tenían que acogerse a la prohibición de no realizar interpretaciones sobre la ley ni aplicar otros mecanismos jurídicos que el legislador no hubiera establecido con anterioridad. En suma, el modelo de control político le otorgó al Parlamento la custodia de la Constitución.

2.3. Fines y alcances de su aplicación

El control político fue la primera forma de control de constitucionalidad que surgió en Europa, con la finalidad de proscribir los abusos y las arbitrariedades en las

que podían incurrir los poderes del Estado, específicamente el poder Ejecutivo que se encontraba en manos de la monarquía. De tal forma, el control político se concibió como el principal instrumento que el Parlamento podía emplear para garantizar que las actuaciones de los poderes Ejecutivo y Judicial se encontraran enmarcadas en las normas establecidas por la Constitución.

Por lo tanto, al ser considerado el Parlamento como el poder del Estado en el cual el pueblo depositaba la voluntad popular, el control político se convirtió en un instrumento efectivo para garantizar la separación de los poderes y el cumplimiento de la Constitución. Tal como es concebido en la actualidad, el control político no solo se considera importante, sino también necesario, para mantener el equilibrio del Estado constitucional.

Independientemente de las diferentes formas de gobierno que los países puedan adoptar un Parlamento sigue siendo un Parlamento, y su principal trabajo es legislar y fiscalizar las decisiones del poder Ejecutivo. La naturaleza del Parlamento es política y no jurídica ya que se encuentra revestido por la voluntad soberana, lo que implica una responsabilidad directa frente al pueblo. De ese modo, el control político se mantiene vigente y, de hecho:

Se ha observado cómo también la organización judicial está sometida al poder político (que dicta las reglas y, en muchos casos, regula sus órganos); al poder administrativo (el Poder Judicial debe someterse, aunque con excepciones, a las reglas discrecionales de la administración); al propio Poder Judicial (*inferior iudex non potest tollere legem superioris*), es decir, el tribunal inferior sucumbe frente al superior. Por el contrario, incluso la Administración sufre los límites de la legislación y mientras crea discrecionalmente derecho, al mismo tiempo, se ve obligada por ello (Pegoraro: 2019, 49).

Así pues, en la actualidad, el control político es la principal herramienta que utiliza la oposición en el Parlamento. Para tal efecto las minorías parlamentarias buscan apoyarse en el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional a fin de que se realice el respectivo control de constitucionalidad de los decretos presidenciales, e incluso de las leyes aprobadas por el mismo Parlamento. Esa situación descrita se

mantiene hasta la actualidad en vista de que, en cierta medida, ha permitido frenar los excesos a los que pueden llegar a incurrir las mayorías legislativas en nombre de la democracia.

3. Modelos clásicos de control jurisdiccional constitucional

3.1. Control difuso

En el momento en que los Estados Unidos de América consiguieron independizarse de Gran Bretaña se convirtieron en el primer país del mundo en adoptar la democracia constitucional como modelo de Estado, con la primera Constitución escrita que reconoce los derechos a la libertad, a la justicia y a la igualdad como la principal garantía de los ciudadanos frente al Estado. En ello se advierte ya la sustancial diferencia existente entre el sistema constitucional inglés y el norteamericano.

Mientras que el sistema constitucional inglés tal como se le conoce hasta la actualidad surgió en el Parlamento que posee un carácter judicial, tras la Revolución inglesa de 1628⁷¹; el sistema norteamericano fue concebido en un marco de lucha por la libertad, pero sobre todo por la igualdad de derechos. En otras palabras, la radical diferencia entre estos dos sistemas se debe a que en los Estados Unidos de América se concibió un sistema constitucional que fue estructurado desde la visión del pueblo norteamericano y no desde la percepción de un grupo colegiado como sucedió en Inglaterra⁷².

⁷¹ En el marco de la Revolución inglesa de 1628 se le exigía al rey Carlos I el reconocimiento de una serie de derechos que entrañan lo que hoy se conocen como *libertades ciudadanas*, “los Lores espirituales y temporales y los comunes reunidos en Parlamento” consideraban que estos derechos habían sido violentados por la Corona. Dentro de esta petición de derechos se destacan: la aprobación de los tributos por el Parlamento, el sometimiento de los oficiales regios al derecho y el principio de seguridad política, garantizado de una manera leve por la figura de *habeas corpus*, derecho que en 1679 sería formalmente establecido” (Sánchez Agesta: 1955, 32).

⁷² “Sin embargo, en EE. UU. no se parte de una sociedad estamental, sino de una sociedad homogénea en todas sus partes. En esta homogeneidad (burguesa) se sustentará la legitimidad democrática de todos los órganos de poder, sin necesidad de hacer frente a las concepciones absolutistas y pseudomedievales que pervivirán en Europa” (Moreno: 2011, 360).

La clave del control judicial difuso norteamericano se encuentra en el mismo principio sobre el cual se sustentan todos los sistemas democráticos contemporáneos: el respeto a la división de poderes. Sin embargo, la concepción de este principio dista mucho de la forma como ha sido interpretado por el Parlamento en el Reino Unido, como también de la forma en que fue introducido en el texto constitucional francés de 1791.

El control difuso de la ley surge en los Estados Unidos como una atribución exclusiva de la rama judicial. Los jueces gozan de la legitimidad constitucional que les ha sido conferida por la propia Constitución para aplicar el control de la ley; debiendo, por tanto, los poderes Ejecutivo y Legislativo respetar las sentencias que dicten las cortes. Dicho de otro modo, los jueces de la nación están investidos con la potestad para inaplicar la ley en los casos en los que esta sea contraria a lo dispuesto por la Constitución.

Como es evidente, la construcción de un sistema judicial que tiene en su base a la Constitución como principal fuente del Derecho, y no a la ley, permite a los jueces aplicar su contenido sin más restricciones que las libertades de las personas. Así, el poder Judicial se convierte en el punto de equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo al garantizar la constitucionalidad de las leyes vigentes. Lo anterior, dicho en palabras del vizconde de Tocqueville (1854. 71-74) indica:

[Que] los [norte]americanos han establecido el Poder Judicial como contrapeso y barrera al Poder Legislativo; lo han hecho un poder legislativo de primer orden [...]. El juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura [...]. La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones sobre la constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales.

En definitiva, la revisión judicial se aplica con el fin de controlar de forma posterior la labor legislativa del Parlamento, garantizando que las normas aprobadas

se encuentren dentro de los límites fijados por la Constitución. De ese modo el control difuso de constitucionalidad de la ley se configura en una invención auténtica del sistema de justicia norteamericano, el cual ha sido introducido en los sistemas de varios países latinoamericanos y andinos de forma atenuada al combinar elementos de este tipo de control con características de otros modelos de control jurisdiccional o político.

3.1.1. Caracterización

El control difuso de constitucionalidad tiene tres características esenciales, a saber: i) se aplica de forma *incidental* porque solo puede ser propuesto por las partes que intervienen dentro de un proceso en concreto; ii) es denominado *especial* porque la declaración de inconstitucionalidad provoca que la ley que es objeto del control sea inaplicable para el caso en concreto; y iii) es de carácter *declarativo* porque produce efecto *ex tunc* sobre la ley declarada inconstitucional, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la ley genera efectos retroactivos, pero solo para el caso en concreto⁷³.

En este modelo de control todos los jueces poseen jurisdicción constitucional con la capacidad suficiente para declarar en un caso concreto que la aplicación de la ley es incompatible con la Constitución, por eso afirmaba Colombo (2013, 260) que “en un sistema de control difuso todos los jueces son constitucionales, y en uno concentrado, el o los que establezca la propia Constitución”. De esa forma las sentencias de los jueces de los distintos niveles surtirán efecto solo para las partes procesales. Eso significa:

[Que] en el modelo americano, en sentido estricto, el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el

⁷³ “El sistema difuso era caracterizado como incidental (solo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), especial (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan solo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y declarativo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc* y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, como dice Calamandrei) puedan ejercitarlo” (Fernández Segado: 2005, 29).

carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, en términos de Calamandrei, se trata de un control “especial”, no “general” (Fernández Segado: 2005, 35).

Por lo tanto, corresponde al tribunal de mayor jerarquía, según la estructura del poder Judicial que haya adoptado cada país, determinar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales, dado que esta no es competencia de los jueces ordinarios.

3.1.2. Fines y alcances de su aplicación

El máximo fin del control difuso de constitucionalidad es garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes que conforman el ordenamiento jurídico, y para alcanzar este fin todos los jueces se hallan investidos con la capacidad de aplicar el control de constitucionalidad con base en el principio de supremacía constitucional. Dicho de otro modo, el principio de legalidad se encuentra subordinado al orden dispuesto en la Constitución, a lo cual Cruz Villalón denominó el “principio de preferencia por la ley superior”⁷⁴.

De ese modo el control difuso permite garantizar de forma individual los derechos de las personas, especialmente porque la valoración de la constitucionalidad de la ley siempre se derivará de una causa judicial. En palabras más sencillas ello significa que este tipo de control permite realizar un examen de constitucionalidad de las leyes con base en hechos fácticos. En ese sentido, el control difuso de constitucionalidad les da a los jueces de cada Estado en los que este modelo se adopte un papel estelar al conferirles la competencia necesaria para declarar la inaplicación de la ley por ser inconstitucional, de ahí que se pueda considerar a los jueces como auténticos guardianes de la Constitución.

⁷⁴ “Este modo de reacción del ordenamiento frente a la existencia de leyes inconstitucionales no necesita ni suele estar escrito en parte alguna, ni en la constitución ni en las leyes, derivando todo él del principio de primacía de la constitución. Si esta no puede ser modificada, sino por el procedimiento en la misma previsto, si la potestad legislativa solo puede producirse en los términos fijados por la constitución, es evidente que la ley ordinaria posterior no puede prevalecer sobre la norma constitucional. En caso de conflicto entre ambas la regla de aplicación del derecho solo puede ser la de preferencia por la ley superior” (Cruz Villalón: 1987, 31).

3.2. Control concentrado

El modelo de control concentrado de constitucionalidad fue creado por el jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen, e implementado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Una de las notables diferencias que, al menos en principio, marcaba este modelo de control con respecto al modelo de control constitucional difuso era la institucionalización de un tribunal especializado en justicia constitucional que se configura como máximo intérprete de la Constitución y que ejerce sus funciones de forma exclusiva e independiente de la jurisdicción ordinaria con características propias. Si bien en el modelo de jurisdicción constitucional europeo se puede identificar la aplicación de este tipo de control, su creación se inspiró en el primigenio modelo americano o, en otras palabras, con base en su estructura general (Fernández Segado: 2005, 42).

Un dato importante sobre este tipo de control que no se puede dejar de lado es que su aplicación se volvió mucho más notoria al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Es evidente que con posterioridad a los años del conflicto la confianza de la ciudadanía se depositó en los jueces, siendo tal:

[Esta] gran confianza que existía en los jueces [que] llevó a atribuirles el poder de ejercer el control de constitucionalidad como medio para mantener la supremacía de la constitución. [Así pues], la revisión judicial surgió por la necesidad de limitar poder de las legislaturas que solo representaban los intereses de “las mayorías circunstanciales, irracionales y apasionadas”, en perjuicio de las minorías (Highton: 2013, 112).

El origen de este control deriva de la conclusión a la que arribaron los países que sufrieron mayores devastaciones producto de los enfrentamientos que se gestaron en el marco del segundo conflicto bélico a gran escala, los cuales, en vista de lo sucedido, consideraron que el control político era insuficiente para garantizar el Estado de Derecho.

En consecuencia, en la mayoría de las constituciones europeas que fueron aprobadas a partir de la década de los 50 del siglo pasado optaron por implementar un

modelo jurisdiccional que garantizara el cumplimiento de la ley a la luz de los nuevos textos constitucionales. Lo que denotaba la necesidad que había surgido en Europa por fortalecer las garantías de los derechos, soslayadas durante la guerra, y para tal efecto fue que se crearon los tribunales constitucionales, instituciones especializadas dedicadas exclusivamente a la defensa de la Constitución. Los primeros países europeos en establecer la jurisdicción constitucional fueron Italia y Alemania.

Con el fin de defender la Constitución y los derechos allí reconocidos, los tribunales constitucionales europeos se convirtieron en custodios del orden constituido, ostentando la atribución de expulsar las leyes que se hallasen en contradicción con las constituciones de cada nación, e incluso de crear disposiciones normativas mediante las sentencias proferidas por los jueces en situaciones extremas y a partir de la interpretación de la Norma Fundamental.

Dadas estas condiciones, con el nacimiento de los tribunales constitucionales en Europa es posible determinar una segunda etapa del constitucionalismo europeo. “En el “primer” constitucionalismo europeo el núcleo de las constituciones son normas de organización a las que se añaden normas de derechos fundamentales, [y] en el “segundo” constitucionalismo el campo se amplía con la introducción de “principios” y “normas de fines del Estado”” (Ruiz: 2013, 184). Así, la Constitución deja de ser vista como un mero instrumento de organización política al agregar normas éticas y políticas a su contenido.

Es importante resaltar, además, que el control concentrado de constitucionalidad fue implementado en la mayoría de los países europeos, conservando como base la concepción kelseniana, pero a la vez incluyendo algunas modificaciones que se introdujeron en distintas naciones dando origen a diversos sistemas de jurisdicción concentrada.

3.2.1. Caracterización

Entre las características de los sistemas de jurisdicción concentrada de constitucionalidad que emplean varios países se identifican como esenciales de este

tipo de control el que sea: concentrado, principal, general y constitutivo⁷⁵. De tal forma, el control concentrado de constitucionalidad debe ser efectuado por un órgano especializado con competencia exclusiva para examinar la constitucionalidad de la ley, e independiente de los tribunales que ejercen la jurisdicción ordinaria, dado que la petición de control constitucional se plantea de forma principal y separada de los hechos que deban resolverse ante la justicia ordinaria. De acuerdo con Cruz Villalón (1987, 28):

Lo que caracteriza al control de constitucionalidad es el ser asumido por agentes por entero ajenos al proceso de creación de la norma y, salvo excepciones, con posterioridad al nacimiento de la misma. El operar sobre la voluntad legislativa ya perfecta es uno de los caracteres básicos y quizá incluso el “punto de no retorno” del control de constitucionalidad.

Los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional son de carácter general *erga omnes*, es decir, la ley es expulsada del sistema normativo al ser declarada inconstitucional, pues un tribunal de jurisdicción constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas debido a que ejerce su actividad en monopolio. De esa manera el control concentrado produce efectos constitutivos, teniendo en cuenta que la declaración de la inconstitucionalidad de la ley trae consigo la nulidad de la norma sometida a control constitucional con carácter *ex nunc*.

Siendo así, los fallos emitidos con anterioridad por los demás tribunales pertenecientes a la justicia ordinaria, en aplicación de la norma declarada inconstitucional, mantienen su validez (Fernández Segado: 2005, 29). No obstante, cuando la declaración de inconstitucionalidad de una norma beneficia a las personas que se encuentran privadas de la libertad la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional se aplica con efecto retroactivo.

⁷⁵ “El control europeo tiene como características esenciales [las siguientes]: a) el control de constitucionalidad es confiado a un único órgano concentrado, un tribunal diferente de la jurisdicción ordinaria, que ejerce mediante vía exclusiva esta función; b) el control es “abstracto”, es decir, que este es ejercido a partir del análisis de un hecho concreto; c) el juez puede estar facultado para plantear la cuestión de constitucionalidad tanto por vía directa como por vía incidental; d) la sentencia sobre la cuestión de constitucionalidad produce efectos *erga omnes*: por un lado, la norma declarada inconstitucional es anulada –en otras palabras la sentencia excluye del ordenamiento la norma disconforme con la constitución– y, por otro lado, la norma anulada es inaplicada por el juez de la causa” (Scarciglia: 2013, 331).

En definitiva, el control concentrado de constitucionalidad requiere que los jueces tengan la suficiente independencia política y administrativa, pues realiza la valoración de la constitucionalidad de las normas jurídicas, e incluso de los reglamentos emitidos por el poder Ejecutivo. Es esta la razón por la cual el Tribunal Constitucional, al no ser parte de la rama del poder Judicial como tampoco de los otros poderes del Estado, es un organismo creado específicamente para aplicar el control formal y sustancial de las normas jurídicas vigentes.

A modo de cierre, cabe anotar que la implementación del modelo de justicia constitucional europeo funciona de manera eficaz cuando los jueces mantienen su independencia e imparcialidad y cuando sus sentencias responden de forma exclusiva al contenido de la Constitución. De ahí la importancia de prestar especial atención a los criterios que se utilizan en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

3.2.2. Fines y alcances de su aplicación

Por la forma como ha sido concebido el control concentrado de constitucionalidad, el único parámetro que el órgano encargado de la jurisdicción constitucional debe tener para examinar la validez de la ley es *la Constitución*. En ese sentido, los poderes del Estado tendrán, por su parte, el imperativo de cumplir con las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, ya que fue concebido como un cuerpo intermedio entre los ciudadanos y la legislatura (Colombo: 2013, 260). Lo anterior hace que sea necesario y una prioridad de los Estados garantizar el acceso a la jurisdicción constitucional a todas las personas para, que de forma directa o a través de sus representantes, puedan requerir el análisis de la constitucionalidad de la ley.

En lo esencial, el Tribunal Constitucional dicta sentencias abstractas con alcance general o *erga omnes* de forma independiente de las pretensiones de las partes procesales. En términos más sencillos, el Tribunal Constitucional establece específicamente la constitucionalidad de la norma jurídica que ha sido recurrida, pero sin pronunciarse sobre los hechos fácticos del proceso judicial, cumpliendo así con su máxima labor de garantizar la vigencia de normas justas en estricta armonía con la Constitución. En palabras de Echeverri (2016, 110):

El Tribunal Constitucional tiene una responsabilidad de “Justicia”; así, en términos de letras mayúsculas, funciones casi rayanas con lo divino, sus decisiones políticas y jurídicas velan por el bienestar de los asociados, el Estado está en sus manos, la humildad de sus integrantes debe ser proporcionalmente directa a la independencia e inteligencia.

El control concentrado permite examinar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el poder Legislativo, tal como fueron elaboradas en el plano formal, por lo que todo Tribunal de Justicia Constitucional debe mantener su independencia de los poderes del Estado. Partiendo de lo anterior es importante anotar que, si bien antes de la constitución de los tribunales ya eran inadmisibles las presiones políticas o de cualquier otra índole sobre la administración de justicia, menos aún lo son ahora a los tribunales que tienen a su cargo la jurisdicción constitucional, pues la admisión de una situación tal supondría que los poderes constituidos o fácticos pueden intentar imponer su propia interpretación del Derecho y, contrario a ello, la clave para garantizar y salvaguardar la supremacía de la Constitución se encuentra en la interpretación de la ley conforme a los principios y valores que han sido fijados en la propia Constitución.

4. Sistemas de control constitucional

4.1. Control mixto

Tras la Segunda Guerra Mundial tanto los modelos de gobierno como los modelos jurisdiccionales de control constitucional fueron sometidos a fuertes cuestionamientos con respecto a su efectividad, sobre todo en los países europeos. Fue esta situación el factor que condujo a la transformación de la justicia constitucional, lo que a su vez trajo como consecuencia la hibridación de los elementos de control de los modelos concentrado y difuso. De esta manera, los sistemas de control constitucional fueron concebidos de acuerdo con lo que cada Estado consideraba era la mejor forma de implementarlos y a la luz de sus propias experiencias jurídico-constitucionales.

Por lo general, las modificaciones realizadas a los sistemas de justicia constitucional agregaron elementos del control difuso a las competencias propias del Tribunal Constitucional, lo que en la actualidad se denomina *cuestión de*

inconstitucionalidad. En todo caso, a partir de las combinaciones de las características de los modelos de control difuso y concentrado surgieron novedosos sistemas de control constitucional.

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda postguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización (Fernández Segado: 2005, 22).

Es en esta misma línea en la que se inscribe la experiencia de las naciones de la región norte de Sudamérica con respecto a los sistemas de control constitucional, pues, los países de la región Andina desde su fundación implementaron el control político de la Constitución, hecho que refleja la clara influencia de los ideales de la Revolución francesa en la región. Con posterioridad introdujeron en todas sus cartas fundamentales algunos elementos del control jurisdiccional difuso.

Es claro que la tradición francesa del control político y el control difuso americano dieron forma a los primeros sistemas mixtos de control jurisdiccional de constitucionalidad, pues desde mediados del siglo XX los países de la región Andina agregaron a sus sistemas jurisdiccionales algunos elementos del modelo de control constitucional concentrado europeo. Es así como en la actualidad Argentina⁷⁶ figura como el único país de la región sur de América que aplica el modelo de control

⁷⁶ “El llamado modelo americano queda confinado al sistema constitucional de Estados Unidos de América y Argentina. En el resto de los países se han ido dando sistemas mixtos, y con múltiples variantes, pues, salvo los principales países creadores de los modelos originales, los mixtos se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad resultan recogiendo aspectos de esta última y dando nacimiento a sistemas bastante diferenciados. Y aparecen tribunales constitucionales de última instancia interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común” (Highton: 2013, 118).

constitucional americano, dado que los países de la región Andina se decantaron por la construcción de sistemas mixtos.

No se puede negar, por lo tanto, que la combinación de los modelos clásicos genera sistemas híbridos que en algunos casos son fáciles de comprender por la forma como se encuentran organizados, mientras que en otros casos se estructuran sistemas complejos que requieren de un estudio mucho más profundo para su comprensión. En estos sistemas duales subsisten de forma paralela la aplicación del control concentrado a manos del Tribunal Constitucional, así como la aplicación del control difuso que está bajo competencia de los tribunales que forman parte de la rama judicial.

En definitiva, se puede anotar como conclusión hasta este punto que en las naciones que hacen parte de la región Andina se han implementado sistemas de control constitucional mixtos y duales o múltiples.

4.1.1. Caracterización

En la estructuración de los sistemas de control mixto de constitucionalidad existen factores externos e internos que inciden al momento de su hibridación. A continuación, se explica cuáles son esos factores.

Entre los factores externos se hallan: la necesidad de implementar sistemas flexibles que se adapten a la realidad jurídica, política y social de cada país; los estragos de los dos conflictos bélicos a gran escala en 1914-1918 y en 1939-1945; y el objetivo de evitar la asunción al poder de gobiernos de facto o autoritarios que suponían un riesgo para la institucionalidad del Estado. Todos estos fueron hechos que incidieron de manera determinante en la idea de garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes dictadas por el Parlamento.

Los factores internos obedecen a la dinámica propia de los órganos jurisdiccionales, ya que desde sus orígenes los tribunales constitucionales legitiman sus acciones a través de sus sentencias. De tal modo, los magistrados utilizan técnicas de interpretación que garantizan que las leyes se ajusten a los preceptos

constitucionales. Y, en este sentido, las sentencias del más alto Tribunal Constitucional podrían, incluso, llegar a realizar interpretaciones del propio sistema jurisdiccional⁷⁷.

Finalmente, cabe anotar que la hibridación de sistemas fue concebida a partir de la combinación de elementos de los modelos de control político, concentrado y difuso. A tal efecto, en la región Andina se produjo la formación de los siguientes sistemas de jurisdicción constitucional: sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en la Sala Constitucional; sistemas mixtos: control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo de Justicia y control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional; sistema de control de constitucionalidad dualista; y sistema doble de control concentrado de constitucionalidad (Nogueira: 2002, 12).

4.1.2. Fines y alcances de su aplicación

El funcionamiento efectivo de los sistemas mixtos de control constitucional depende del nivel de coordinación que exista entre el Tribunal Constitucional y los tribunales de la justicia ordinaria. En otras palabras, fue necesario superar la bipolaridad creada en torno a los modelos clásicos de control constitucional.

Si bien es cierto que el control difuso faculta a todas las cortes para aplicar el control constitucional de forma incidental podría considerarse como una debilidad la multiplicidad de fallos que se suelen presentar, situación que ha logrado ser superada en los Estados Unidos gracias a la división administrativa y territorial que posee la Federación, así como a la aplicación del principio *stare decisis et quieta non moveré*. Merece la pena destacar el hecho de que ninguna nación en el mundo ha logrado replicar en idéntica forma el modelo de justicia norteamericano.

Por otra parte, el control concentrado o europeo, en su forma estricta, se encuentra encabezado por un Tribunal Constitucional que cuenta con competencia

⁷⁷ “Otras mutaciones, por el contrario, se deben a factores endógenos, es decir, a la misma dinámica de los órganos operadores del sistema de control de constitucionalidad, los cuales, ya sea a través de soluciones interpretativas o constructivistas, adoptan decisiones innovadoras tanto estructurales como sustanciales, generando un cambio que dependiendo de su magnitud puede llegar a ocasionar la hibridación en el modelo” (Sagüés, Sofía: 2007, 127).

exclusiva para realizar el control constitucional de la ley, situación que ha cambiado de manera progresiva en las constituciones que se han elaborado después de la segunda postguerra.

Por consiguiente, los sistemas híbridos de control constitucional no responden a la estructura rígida del modelo concentrado europeo o del modelo difuso norteamericano, sino que se forman a partir de la convergencia de características específicas de los arquetipos clásicos o, como es el caso de Perú, donde ambos sistemas jurisdiccionales coexisten de forma simultánea.

Los sistemas de justicia constitucional mixtos se concibieron a partir de la forma como el Derecho constitucional fue entendido por cada Estado. Por regla general se utilizan dos tipos de vías para su aplicación que son: i) el *control concreto* que surge con la aplicación del control difuso, y ii) el *control abstracto* que es una vía que representa la esencia del control concentrado o europeo.

4.2. Sistemas duales

Entre los distintos sistemas de control mixtos que se aplican en diferentes Estados existe una forma singular de concebir la jurisdicción constitucional en la que, en lugar de combinar los elementos de los modelos de control constitucional, ambos tipos de control subsisten a la vez. Es decir, existen países que implementaron un sistema de control en el que existe un Tribunal Constitucional que funciona de forma independiente del poder Judicial y que aplica el control sobre la ley de forma abstracta; y a la vez de forma paralela los tribunales de justicia ordinaria mantienen su competencia para aplicar el control de constitucionalidad difuso. Según lo comentado por Highton (2013, 109):

Aparece, además, en América un tercer modelo que instala dentro del poder judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

A la luz de lo comentado se puede concluir que en el sistema de control múltiple o dual coexiste la aplicación del control difuso y el control concentrado de forma paralela, pudiendo ser definido entonces “el modelo múltiple [como] aquel que no realiza una síntesis de ambos sistemas, sino una yuxtaposición de los dos modelos clásicos” (Fernández Segado: 1997, 87).

Por la forma como integra ambos modelos de control sobre la ley es que la configuración de esta especie de sistema mixto de control resulta más compleja que la de los demás modelos. Debido a esta complejidad la aplicación eficiente de un modelo de control múltiple o dual depende de niveles óptimos de coordinación que se deben dar entre los órganos de la jurisdicción constitucional y ordinaria, con el fin de evitar la superposición de las atribuciones conferidas por la Constitución para aplicar el control sobre la ley.

5. Procedimiento de control de constitucionalidad

5.1. Control concreto

El procedimiento de control concreto de constitucionalidad de la ley es una auténtica creación del modelo norteamericano. Teniendo en cuenta que uno de los elementos principales del control difuso de constitucionalidad es que todos los jueces se encuentran facultados para aplicar este control sobre la ley, el modelo puede aplicarse de dos formas: en vía incidental o de forma concreta (Scarciglia: 2013, 328). No obstante, es importante resaltar que con posterioridad a la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) la aplicación del control difuso en vía incidental fue la que mayormente se continuó afianzando en las siguientes sentencias que fueron dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

En adelante el modelo de control difuso norteamericano utilizó la vía incidental para efectuar el control concreto de constitucionalidad de la ley, elemento que fue recogido e implementado más tarde en las constituciones de la mayoría de los países europeos cuando tuvo lugar el fin de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, en Italia (Constitución de la República Italiana de 1948) y Alemania (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, *Grundgesetz für die Bundesrepublik*

Deutschland), el control concentrado de constitucionalidad mantuvo su vigencia con algunas modificaciones al modelo original, para ello se establecieron procedimientos que les permitieran a sus jueces, en mayor o menor medida, implementar el control concreto como un mecanismo adicional que evitase la aplicación de normas inconstitucionales.

Al igual que en los países europeos, en las naciones de la región Andina se han estructurado sistemas de control de constitucionalidad con base en las modificaciones del modelo kelseniano: implementando en sus legislaciones vías que permiten la aplicación del control concreto de constitucionalidad. Por lo anotado, en ambos meridianos, después de los enfrentamientos bélicos que marcaron la historia contemporánea, lograron notar la importancia de introducir diversos mecanismos que permitan poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales la posible inconstitucionalidad de una ley, lo cual se convierte en una garantía de los derechos de las personas que acuden ante la Administración de justicia.

5.1.1. Caracterización

El control concreto, también denominado *cuestión de inconstitucionalidad*, es un procedimiento que les permite a las partes que intervienen en un proceso judicial solicitar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional o del órgano encargado de la jurisdicción constitucional al respecto. Como principales características relevantes del tipo de control concreto de constitucionalidad se puede mencionar que en este tipo de control la acción es interpuesta por el juez o tribunal en caso de que deba aplicar una ley que deja dudas con respecto a su constitucionalidad, y que la solicitud de dicho control provoca efectos suspensivos en la causa mientras se resuelve la acción.

Otro aspecto relevante es que el control concreto de constitucionalidad garantiza a las partes procesales la aplicación de normas que se encuentren en estricta conformidad con la Constitución. En esos términos lo definió Colombo (2013, 263) apuntando que el control concreto de constitucionalidad es “[...] un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto articulado en una constitución, que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de

producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes”. Por consiguiente, el mismo control es una garantía jurisdiccional que se encuentra en manos de los sujetos procesales, dado que pueden solicitar la aplicación del control de constitucionalidad. Dicho de otro modo, es un procedimiento que establece la validez sustancial de las normas a aplicar en un proceso judicial.

El juicio o procedimiento incidental de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la constitución, mediante la declaración de inaplicación o de nulidad de las normas legales que violen estos límites. El objeto de esta institución consiste en realizar un juicio de contraste entre el precepto legal que debería aplicarse en el procedimiento y la constitución, determinando si la primera no vulnera la segunda, haciendo o no abstracción de las condiciones concretas de su aplicación y de la interpretación sostenida por las partes o el propio tribunal ordinario, según los casos (Nogueira: 2002, 11).

En este sentido, la cuestión de inconstitucionalidad tiene un doble juicio, tal como lo indicaba Rubio Llorente (1992), “uno provisional y negativo y otro definitivo”. Por un lado, es un juicio provisional debido a que el juez sustanciador de la causa donde se origina la cuestión de inconstitucionalidad decide la suspensión del proceso al considerar que la norma que se debe aplicar puede ser contraria a la Constitución; y, por otro lado, es definitivo porque la sentencia del Tribunal Constitucional genera efectos de cosa juzgada, pudiendo vincular solo a las partes procesales o generar efectos *erga omnes* al declarar la inconstitucionalidad de la norma⁷⁸ según la legislación de cada Estado.

⁷⁸ “[...] La cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el juez o tribunal que la suscita, y otro definitivo o coincidente o no con aquel que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. El eufemismo de las fórmulas constitucionales y legales es simple proyección de la concepción básica en el sistema europeo, según la cual el juicio de constitucionalidad de las leyes es monopolio de un solo tribunal; más correcto es, por eso, entender, como tantas veces se ha dicho, que el juicio sobre la constitucionalidad de las normas es competencia de todos los jueces y tribunales, aunque solo el Tribunal Constitucional la tiene para declarar la inconstitucionalidad de las leyes” (Rubio Llorente: 1992, 24).

5.1.2. Fines y alcances de su aplicación

La introducción del control concreto de constitucionalidad en los sistemas estructurados robustece la protección de los derechos al otorgarles a los jueces ordinarios competencias para realizar una valoración de la constitucionalidad de la ley. Cabe anotar que “la importancia de la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad consiste en la innovación en la protección de los derechos de las personas” (Díaz-Bravo: 2016, 43), dado que controlar la constitucionalidad de la ley de forma concreta supone una relación directa entre la jurisdicción constitucional, la justicia ordinaria y la ciudadanía como colectivo y de forma individual.

De esa forma, el control concreto de constitucionalidad garantiza a las partes del proceso judicial que la ley a aplicarse no contraviene lo prescrito por la Constitución, lo cual tiene suma relevancia en la sociedad, dado que los sistemas de control constitucional requieren la implementación de procedimientos que garanticen la constitucionalidad de las leyes de forma abstracta, pero, sobre todo, con base en su aplicación material. Así, en definitiva, el control concreto garantiza la protección de los derechos subjetivos.

5.2. Control abstracto

El control abstracto fue creado por el jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen e implementado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920, fecha a partir de la cual, en el continente europeo, el Tribunal Constitucional se convirtió en el único organismo del Estado que tiene competencia para aplicar el control sobre la ley. Así, lo describió Cruz Villalón (1987, 32) al señalar que “lo que caracteriza al “sistema europeo” tal como queda plasmado a partir de 1920, antes y por encima de cualquiera de sus conocidos elementos integrantes, es el haber hecho del control de constitucionalidad de las leyes una función regulada, positivizada, racionalizada y, en definitiva, limitada [...]”.

Veintinueve años más tarde, luego de su implementación en el texto constitucional de Austria en 1920, el control abstracto de constitucionalidad fue implementado una vez más en la Norma Fundamental alemana de 1949, oficialmente

denominada Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, también conocida como Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Cruz Villalón: 1987, 43). De esa manera, el Tribunal Constitucional asumió un importante papel en la defensa de la supremacía de la Constitución sobre la ley.

Tal vez la razón por la cual el modelo concentrado se adoptó en los países de Europa se deba a su naturaleza abstracta, la cual permite establecer la validez formal y material de la ley mediante un procedimiento específico, independientemente de las vías procesales utilizadas para sustanciar los casos ante la justicia ordinaria.

En esa misma línea, tanto los países europeos como los de la región Andina acogieron varios de los principios básicos en los que se fundó el constitucionalismo alemán de la postguerra al concebir distintos sistemas de control constitucional. Siendo así, en la actualidad, el control abstracto de constitucionalidad coexiste con otros tipos de control jurisdiccionales y políticos.

5.2.1. Caracterización

Al órgano al cual se le ha conferido en cada Estado la competencia para realizar el control formal o sustancial de la ley es al mismo al que le corresponde aplicar el control abstracto de constitucionalidad. Tal como lo explicaba Huerta (2003, 935), siendo este tipo de control una vía directa de acceso a la jurisdicción constitucional no es necesario que la norma se aplique en un caso en concreto para que se pueda efectuar el control de constitucionalidad, dado que es una acción dirigida contra la aprobación de una ley inconstitucional y no sobre su aplicación.

Los conflictos normativos a nivel abstracto se pueden clasificar en dos tipos: i) de orden formal y ii) de orden material. Es consabido que el control formal de la ley garantiza el cumplimiento del debido proceso a nivel legislativo desde la presentación del proyecto de ley hasta su promulgación; sin embargo, en la aplicación de este control la omisión de formalidades, siempre y cuando no supongan la vulneración de derechos, son plenamente subsanables.

Hay que aclarar que cuando el Tribunal Constitucional determina que en su sentido material la ley es contraria a la Constitución, y que no existe forma de aplicar técnicas de interpretación conforme para subsanar la inconstitucionalidad, la ley en cuestión deberá ser expulsada inmediatamente del sistema normativo del Estado.

De esa forma el control abstracto representa una garantía directa del cumplimiento del contenido de la Constitución frente a las leyes emitidas por el Legislativo, admitiendo, además, según la jurisdicción constitucional implementada por cada país, la posibilidad de solicitar un control previo a la promulgación de la ley⁷⁹.

Quienes ostenten la calidad de legitimados activos, de acuerdo con lo previsto en la ley, actuarán en defensa de la Constitución y no de sus propios derechos⁸⁰, dado que cuando acuden ante el Tribunal Constitucional lo hacen con el fin de evitar que se pueda aplicar una norma inconstitucional. Dicho de otra forma, la solicitud del control se realiza con base en el principio de la supremacía de la Constitución frente a la ley, y no a partir de la afectación causada a los derechos individuales en casos concretos.

5.2.2. Fines y alcances de su aplicación

La aplicación del control abstracto de la ley tiene como finalidad evitar que se produzcan inconstitucionalidades futuras al permitir la verificación de la constitucionalidad de las normas vigentes antes de su aplicación, ya sea en los procesos judiciales o en los de carácter administrativo; lo que lo configura en un procedimiento que garantiza la sujeción de la ley a la Constitución.

Consecuentemente, el objeto principal de este tipo de control se enfoca en garantizar la validez material de las leyes vigentes, tomando en cuenta que la incorporación al ordenamiento jurídico de cualquier país de una ley de la que se sospecha su inconstitucionalidad puede llegar a producir afectaciones en los derechos

⁷⁹ “El control abstracto puede preverse como un control de carácter preventivo o *a priori*, lo cual es posible en virtud del principio de supremacía de la constitución frente a las leyes [...], con el fin de evitar conflictos normativos o limitaciones excesivas de los derechos fundamentales” (Huerta: 2003, 936).

⁸⁰ “[...] El rasgo que lo caracteriza es el de que el actor opera en él simplemente “en interés de la constitución”, de manera que su legitimación *ad causam* es un elemento concreto de su *status* y no un instrumento para la defensa de sus propios derechos o intereses” (Rubio Llorente: 1992, 19).

de las personas. En los términos descritos por Rubio Llorente (1992, 19) el control abstracto se puede definir de la siguiente manera:

En la jurisdicción constitucional europea se entiende por *recurso directo de inconstitucionalidad* (*control abstracto* en la terminología germánica) una acción mediante la cual un órgano o una fracción de órgano impugna una norma fundamentando tal impugnación en la infracción de un precepto o un principio constitucional.

En síntesis, cabe anotar que controlar la validez formal, y sobre todo la validez sustancial de las leyes, es un factor clave para construir sociedades en las que es posible garantizar a todos sus miembros la tutela judicial efectiva de los derechos –reconocidos en los respectivos textos constitucionales– y el cumplimiento del debido proceso.

CAPÍTULO III

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Antecedentes

La historia de la democracia constitucional se inició en España con la proclamación de la Constitución de Cádiz en el año 1812 que adoptó por primera vez un modelo de gobierno inspirado en los principios y valores democráticos. En lo principal, esta Constitución recogió los ideales revolucionarios de la época, aunque la aplicación del texto resultó ser una utopía, puesto que su alto contenido axiológico hizo que fuera inaplicable como instrumento que permitía la organización del Estado. Así lo describió Solís (1962, 146) al referir que “la Constitución de 1812 es un texto utópico que pronto –tan pronto como se da a los liberales la oportunidad de gobernar a su amparo– muestra su inutilidad como fórmula de gobierno. Sin embargo, tiene tal fuerza de símbolo, de bandera de una causa, que aun hoy, todavía, asusta o apasiona a quienes la enjuician”.

Esta Constitución fue aprobada en 1812 y estuvo vigente hasta 1814 con el regreso de Fernando VII de Francia, constituyendo esta su primera etapa en vigor (1812-1814), luego fue reestablecida en un nuevo período (1820-1823) que acabaría con la Década Ominosa de restauración de la monarquía absoluta de Fernando VII, volviendo a ser adoptada en una tercera ocasión por poco menos de un año por presiones de algunos grupos (1836-1837) hasta la promulgación del texto constitucional español de 1837 en la regencia de María Cristina de Borbón. A pesar de su corta y accidentada duración, la Constitución de Cádiz tuvo una notoria influencia tanto en la significación de la Constitución como en el diseño del sistema constitucional español.

Durante la vigencia de las primeras constituciones españolas del siglo XIX la influencia de la Revolución francesa fue evidente. Esta fue una época dominada por las pugnas políticas y sociales, puesto que los seguidores de la corriente antimonárquica reclamaban la proclamación de España como república, lo que

significaría la abolición de la monarquía. En este período surgió la disyuntiva entre mantener el modelo de Estado absolutista o la proclamación de un Estado republicano, situación que terminaría generando enfrentamientos entre los republicanos y los conservadores.

A lo largo del siglo XIX en España estuvieron vigentes seis constituciones: la Constitución de Cádiz en sus tres períodos (1812-1814, 1820-1823, 1836-1837); el Estatuto Real de 1834; y las constituciones que fueron adoptadas en los años 1837, 1845, 1869 y 1876⁸¹. Fue una característica notable de las principales discusiones que se dieron en la época la falta de acuerdos entre conservadores y republicanos, quienes se debatían sobre cuál era la figura sobre la que debía reposar la soberanía del pueblo español: si sobre la nación o sobre el rey y las cortes. Esta situación condujo en última instancia a la exclusión tanto de la monarquía absoluta como de la democracia republicana de los textos constitucionales, abriéndole el paso a la implementación de una forma de gobierno basada en la monarquía constitucional que se adoptó en reemplazo de los dos modelos antes mencionados.

En la nueva monarquía constitucional el rey se encuentra sujeto a las atribuciones que le confiere la Constitución, y en concordancia con el modelo adoptado ninguna de las constituciones que se proclamaron durante el siglo XIX le otorgó de forma total el ejercicio de la soberanía a la Corona o a las cortes. Dicho de otro modo, con la salida del poder de la monarquía absoluta el poder público fue compartido en España, con el fin de garantizar la independencia del poder Judicial que no sufrió mayores modificaciones entre los años comprendidos entre 1812 y 1876 (Varela: 2007, 10).

Por otra parte, los textos constitucionales decimonónicos que se redactaron en España se pueden clasificar a la luz de dos líneas ideológicas: por un lado, se encuentran las constituciones de 1812, 1837 y 1869 que son de carácter progresista; y, por otro lado, están las constituciones de 1834, 1845 y 1876 que son de corte

⁸¹ El Estatuto de Bayona de 1808, también denominado Constitución de Bayona y Carta de Bayona, no es considerado porque solo entró en vigor en una parte de este territorio, mientras que las constituciones de 1856 y de 1873 no llegaron a aplicarse (Varela: 2007, 9).

conservador. La diferencia entre un tipo de Constitución y otra radica en que mientras los progresistas buscaban la proclamación del principio de soberanía nacional y la implementación de un concepto racional normativo de *Constitución*, los conservadores buscaban el reconocimiento de la soberanía compartida entre el rey y las cortes. En todo caso, las constituciones del siglo XIX se redactaron a partir de un concepto de libertad individualista y de Estado no intervencionista, dado que en ninguna de ellas se reconocieron los derechos al sufragio universal ni los mecanismos de democracia directa, así como tampoco se proclamaban con mucha claridad los derechos sociales (*Ibidem*).

La Revolución de Septiembre de 1868, también conocida como La Gloriosa – en referencia a la Revolución inglesa de 1688– o la Revolución Septembrina, terminó con la caída del reinado de Isabel II y la proclamación de la Constitución española de 1869. Esta Carta Fundamental incorporó cambios importantes en la concepción de la monarquía democrática y parlamentaria, al grado de trazar las líneas maestras de la monarquía constitucional que finalmente se consolidó con la proclamación de la Constitución española de 1876 (Varela: 2007, 497).

No obstante, desde la proclamación de la Primera República⁸² hasta la actualidad la intención de crear un Estado republicano en España es una idea que no se ha logrado consolidar. Entre las principales razones se encuentra el impacto que supondría la abolición de la monarquía tanto a nivel político como cultural, pues “no era verdaderamente posible hallar una historia constitucional “española”, sino, en su caso, una historia de los distintos reinos que en el Medievo componían la monarquía” (Varela: 2015, 110). En este análisis se puede advertir la injerencia que tuvo la figura del rey y su forma de gobierno en el diseño del modelo de gobierno que han contenido las cartas fundamentales escritas en España, desde las primeras constituciones que se redactaron hasta el proceso constituyente que culminó con la proclamación de la actual Constitución.

⁸² La Primera República española se instauró el 11 de febrero de 1873 y en el mismo año se redactó la carta constitucional federal, no obstante, esta no fue puesta en vigor dada la corta duración del período republicano que llegó a su fin en el año 1874 con la restauración de la monarquía borbónica.

En la época del constitucionalismo europeo que se dio en el período de entreguerras, en España se “suspendió” la vigencia de la Constitución de 1876, última Carta Fundamental redactada para la época que recogía los principios del modelo posdoceañista, con el golpe de Estado que dirigió el militar español Miguel Primo de Rivera en el año 1923. Más tarde, en el año 1931 se aprobó una Constitución que fue elaborada bajo una marcada influencia de otros textos constitucionales del exterior e inspirada, en parte, en el modelo de Constitución diseñado por Kelsen.

Esta carta política tiene una especial relevancia en el constitucionalismo europeo al contribuir de manera significativa a la construcción de la jurisdicción constitucional, dado que por primera vez se le confió la aplicación del control constitucional a un organismo especializado e independiente. No obstante, hay que decir que el Tribunal Constitucional, órgano al cual la Constitución de 1931 le delegó el control constitucional, no asumió el ejercicio total de las competencias que esta le confió debido a la fuerte oposición que presentaron los demás poderes del Estado, situación que no socava su relevancia histórico-funcional.

Durante el posterior régimen franquista, instaurado con el levantamiento militar liderado por Francisco Franco, y la Guerra Civil subsiguiente que estallaría en el año 1936 y culminaría en 1939 con la victoria del bando sublevado, los principios propios del constitucionalismo fueron ignorados debido al gobierno dictatorial que tomó el poder por más de 30 años en España. Esa dictadura militar, sin auténtica separación de poderes, concluiría con la muerte del general Franco en el año 1975 debido a causas naturales, hecho que permitió la restauración de la democracia en el período de la denominada Transición española que culminó con la aprobación de la Constitución de 1978, la cual estaba fuertemente influenciada, entre otras, por la Constitución de 1931 en lo relativo a la jurisdicción constitucional⁸³.

Por lo visto resulta evidente que la concepción de la jurisdicción constitucional en España respondió a un proceso “gradual”, de ahí que la mayoría de los

⁸³ “No puede sorprender el amplio acuerdo existente entre las fuerzas políticas sobre el modelo de jurisdicción constitucional, dada la notoria influencia tanto de los propios precedentes históricos –como se sabe, la Constitución de 1931 había creado un Tribunal de Garantías Constitucionales, que fue uno de los primeros de Europa [...]” (Caamaño: 2000, 1).

procedimientos jurídicos que se recogen en la actual Constitución y la ley se encontraran ya vigentes mucho antes de su constitucionalización. Dicho esto, es claro entonces que las teorías jurídicas en torno al valor de la Constitución que surgieron a la luz de la Revolución francesa y de la Independencia de los Estados Unidos de América fueron formalmente introducidas en el texto de la actual Constitución española de 1978 (Aragón Reyes: 2013, 110). Con todo, no hay que olvidar que el proceso evolutivo de las prácticas jurídicas normativas preexistentes continúa vigente a través de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional.

La redacción y aprobación de la actual Constitución española se produce dentro de un nuevo escenario político y democrático, donde los partidos políticos debieron declinar muchos de sus intereses partidistas y algunas posiciones ideológicas a fin de alcanzar acuerdos que permitieran restaurar el Estado constitucional de Derecho que se había perdido con la dictadura y la guerra, así como la consolidación de la jurisdicción constitucional. La restitución a la vida política de los partidos de izquierda y, por consiguiente, del reconocimiento del derecho a elegir y ser elegidos del que eran titulares sus simpatizantes, el cual había sido proscrito por el régimen franquista, significó la restauración de la democracia plena en España⁸⁴.

El actual régimen constitucional español se inspiró en los sistemas constitucionales de Italia y Alemania, sobre todo, en este último. En efecto, al leer el texto constitucional resulta evidente la influencia que la Carta Política actual recibió de la Constitución alemana en la construcción de la jurisdicción constitucional y sus vías procesales.

Las Cortes Constituyentes de 1931, a fin de completar la obra constitucional, habían prorrogado dos años su existencia tras la entrada en vigor de la constitución. El constituyente de 1978, a fin de completar su obra, siguió un

⁸⁴ “En el segundo de sus campos de actuación, el gobierno [de] Arias Navarro dio pasos que, si bien tampoco [fueron] suficientes, produjeron algunos resultados concretos y prepararían el terreno para el surgimiento a la luz pública del sistema de partidos a los que nos hemos referido en el apartado anterior. El objetivo fundamental que se persigue es desde luego este, el de permitir la acción pública de fuerzas políticas [que] ya resulta indispensable, tanto por razones de orden interior como de orden exterior, para renovar el sistema político español y aproximarlos (“homologarlo”) a los de la Europa occidental” (Rubio Llorente: 2013, 15).

camino distinto: el de prever una mayoría cualificada para la legislación que debía completar la constitución (Cruz Villalón: 2006, 43).

En conclusión, la evolución dogmática del significado de *Constitución* en España, es decir, el valor de la Constitución para la sociedad española se vincula de forma directa a la aspiración de conformar un Estado democrático, situación que de ninguna forma implica la desaparición de la monarquía dado que, al contrario, esta trajo consigo la singular formación de un modelo de gobierno de carácter republicano monárquico.

Dicho esto, resulta evidente que los factores políticos, económicos, sociales y culturales inciden en la redacción de la Constitución de cada país; no obstante, es propio de todo régimen constitucional-democrático que los poderes del Estado se encuentren subordinados a lo que dicta la Constitución en todo su contenido, así como también resulta imprescindible el reconocimiento y la garantía de los derechos que la ciudadanía de ese Estado es titular.

1.1. La Constitución de Cádiz

Es oportuno mencionar, previo al desglose de esta exposición, que antes de la proclamación de la Constitución de Cádiz de 1812 se encontraba vigente la Constitución de Bayona de 1808, conocida también como Carta de Bayona o Estatuto de Bayona. Sin embargo, esta no puede ser considerada la primera Constitución española debido a que fue conferida por José Bonaparte tras su autoproclamación como rey de España en el mismo año, lo que, por lo tanto, la hace carecer de origen democrático alguno, pues se halla desprovista de la legitimidad que otorga la voluntad soberana del pueblo, un elemento esencial que contiene toda Constitución escrita.

Habiendo aclarado la situación con respecto al Estatuto de Bayona, la Constitución de Cádiz que fue aprobada en 1812 fue la primera carta política española redactada con base en la voluntad popular. Las Cortes de Diputados, en representación de los ciudadanos, fueron las encargadas de elaborar esta primera Carta Fundamental donde se estableció la división de los poderes del Estado, se reconocieron los derechos

civiles y políticos, así como la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del sistema normativo vigente.

Esta fue la primera vez que en España se instauró en una Constitución el “concepto liberal-democrático de nación: la nación de ciudadanos”, aunque de forma previa a la aprobación de la Constitución de Cádiz esta idea ya había sido puesta en práctica en los territorios de ultramar, tal como lo evidencian las instrucciones para las elecciones por América y Asia, del Consejo de Regencia, del 14 de febrero de 1810, así como las anteriores instrucciones que datan de 1808, lo que permitió la participación de Diputados americanos en las Cortes de España. Dicho de otro modo, la Constitución de Cádiz reconoció el derecho a la participación política de los ciudadanos de la península, de las islas y de las colonias en el continente africano y americano (Aragón Reyes: 2013, 101). Así, lo explicó Aragón Reyes (2013, 106) señalando:

En primer lugar, al carácter radical, o si se quiere, revolucionario de las decisiones que en la Constitución de 1812 se adoptaron: nación de ciudadanos, soberanía nacional como soberanía popular, igualdad de los españoles. Carácter que no se difuminaba, sino que se acrecentaba por el hecho de que, además de basarse en las ideas del iusnaturalismo ilustrado, se presentase, por los propios constituyentes, como una recuperación de antiguas libertades españolas que en los últimos siglos habían sido sojuzgadas. En segundo lugar, al fenómeno del levantamiento popular al que estuvo asociado: una nación en armas luchando, frente a los franceses por su independencia. En tercer lugar, a la connotación idealista y romántica de aquellas ideas y aquellos acontecimientos: triunfo de los liberales frente a los “serviles” del David español frente al Goliat napoleónico.

La Constitución de Cádiz mantuvo la división clásica de los poderes del Estado, pero a diferencia del texto constitucional napoleónico de 1808 (Estatuto de Bayona), su legitimidad provenía de la voluntad popular que ostenta el Parlamento. Dicho de otro modo, la soberanía del rey fue desplazada por la soberanía del pueblo, la cual

estaba representada a su vez por las Cortes⁸⁵. De ese modo, el ideario de Constitución democrática se instaló por primera vez en España, en reemplazo del modelo de gobierno absolutista imperante hasta la época que tenía como base constituciones otorgadas de origen monárquico, o bien que habían sido impuestas al pueblo en el ejercicio de la tiranía.

Al igual que las demás constituciones europeas de esta época, y a diferencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, la Constitución de Cádiz no contenía una declaración de derechos; no obstante, en el artículo 4 garantizaba su cumplimiento y respeto de la forma que se cita: “La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen” (Constitución de Cádiz: 1812). Y a pesar de ello cabe resaltar que en la carta política de 1812 se podía apreciar de forma dispersa el reconocimiento de varios derechos a los ciudadanos⁸⁶.

Si bien es cierto que la Constitución de Cádiz estuvo vigente durante un corto tiempo que fue interrumpido, como se mencionó en párrafos anteriores, su redacción y proclamación representa un hito trascendental en la evolución del Derecho constitucional y la democracia de España. De hecho, el principio democrático y la separación de poderes son valores intrínsecos que se establecieron desde las páginas de esta que fue la primera Constitución escrita en el país. Dicho esto, parece evidente que los constituyentes españoles de la época redactaron el texto constitucional de Cádiz a la luz de la Constitución francesa de 1791 y la Constitución de los Estados Unidos de América.

De la manera como puede leerse el contenido de este apartado es menester señalar que la Constitución de Cádiz allanó el camino hacia la construcción de un Estado liberal-democrático en España, pues ella se convirtió en la fuente de inspiración

⁸⁵ “Art. 3: la soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales” (Constitución de Cádiz: 1812).

⁸⁶ En distintos artículos de la Constitución de Cádiz se establecieron los siguientes derechos: artículo 247 de tutela judicial efectiva, artículo 280 sobre el derecho a la mediación y arbitraje, artículo 287 sobre el derecho de *habeas corpus*, artículo 371 del derecho de libertad de prensa, artículo 371 del derecho de petición, artículo 373 sobre la prohibición de tortura, artículo 303 del derecho a la inviolabilidad del domicilio, artículo 306 del derecho de sufragio indirecto.

de los procesos constituyentes que se llevaron a cabo entre los años 1837 y 1869, sin dejar de poner en valor los aportes de las posteriores cartas fundamentales que se redactaron durante el siglo XIX. Pese a ello, de forma lamentable, la evolución de Derecho constitucional se estancó durante más de 40 años en España debido al inicio de la Guerra Civil y la asunción al poder del general Franco que instauró un régimen dictatorial.

1.2. La Constitución de 1931

El 9 de diciembre de 1931 entró en vigor la Constitución de la Segunda República española⁸⁷, en cuyo proceso de redacción se advierte la gran influencia que recibió del modelo constitucional de Kelsen, lo que la convirtió en una de las primeras constituciones de Europa que implementó un tribunal especializado al que se le atribuía de forma exclusiva la jurisdicción constitucional. No obstante, a pesar de los grandes avances que ya se habían dado en materia constitucional, la Guerra Civil que tuvo lugar en el período de 1936 a 1939 y permitió el ascenso al poder del franquismo produjo el resquebrajamiento del Estado de Derecho en el país.

Con respecto a la influencia que recibió la Constitución de España de 1931 del modelo constitucional de Kelsen, ella se hace evidente en su redacción al conferirle a un órgano jurisdiccional la atribución para determinar la constitucionalidad de la ley, atribución que se fortalecerá posteriormente en la Constitución de 1978. “En el nuevo parlamentarismo la constitución perfilaba de modo más detallado el funcionamiento de las instituciones estatales, al tiempo que formalizaba diversos mecanismos que permitían poner de manifiesto y garantizar los aspectos centrales, políticos y jurídicos, de la vida del Estado. Entre los nuevos principios constitucionales se fortalece el carácter normativo de la constitución [...]” (Corcuera: 2000, 634).

⁸⁷ “La Constitución de 1931, aunque recogió e incluso amplió los principios básicos del Estado liberal de derecho, rompió con el constitucionalismo español anterior, pese a su mayor afinidad con el “progresista”, sobre todo con la Constitución de 1869. La ruptura de la Constitución de 1931 respecto del constitucionalismo anterior se concreta en que transformó de manera radical el Estado heredado del siglo XIX al convertirlo por vez primera en nuestra historia en un Estado, no solo de derechos, sino también democrático y social, además de transformarlo en un Estado “integral”, [lo que] es compatible con las autonomías regionales, y de sustituir una jefatura de Estado monárquica, por tanto, hereditaria y vitalicia, por otra republicana” (Varela: 2007, 525).

Ese órgano jurisdiccional independiente permitió garantizar la supremacía de los derechos de los ciudadanos, más allá de las decisiones que los gobiernos de turno pretendieran adoptar según la situación política que afrontaban, pues es función de la jurisdicción constitucional garantizar en parte la estabilidad institucional del Estado, dado que las decisiones judiciales se encuentran supeditadas a lo que establece la Constitución y la plena vigencia de los derechos ciudadanos. Fue por ello por lo que en esta Carta Fundamental española de 1931 se estableció uno de los primeros tribunales constitucionales de Europa⁸⁸.

Es así como al igual que la Constitución de Weimar sancionada en 1919 y las constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920, el texto constitucional español de 1931 introdujo la vinculación de todos los poderes del Estado a la Constitución, aunque no logró consolidar su aplicación debido a su corta vigencia que conllevó a que la idea de la supremacía de la Constitución frente a la ley no calara en las instituciones públicas.

Por otro lado, la Constitución Española de 1931 estableció por primera vez la acción de amparo, aunque nunca lograría ser aplicada como tal dado los hechos prenombrados que se suscitaron, es así, “por tópico que a estas alturas de la experiencia constitucional pueda parecer, a casi cuarenta años de jurisdicción constitucional, el recurso de amparo no es un recurso judicial, no es una nueva instancia, sino una vía excepcional para tutelar la libertad de la persona” (Carrillo: 2017, 66). Por lo anterior la acción de amparo no se considera una garantía adscrita de forma exclusiva a la jurisdicción constitucional, dado que es una obligación de todos los jueces garantizar la aplicación de la ley conforme a la Constitución; así, la Norma Fundamental reservó de forma exclusiva para el Tribunal Constitucional la potestad de declarar inconstitucional la aplicación de la ley contraria a los preceptos constitucionales.

⁸⁸ “[...] Que el artículo 1 de la Constitución de 1931 dijera que «España es una República democrática...» y su artículo 51 continuara indicando que «la potestad legislativa reside en el pueblo que la ejerce por medio de las Cortes...» (lo que no es sino una ratificación inequívoca de la condición democrática de la ley), el artículo 121 de la nueva constitución no tuviera inconveniente en añadir que «se establece con jurisdicción en todo el territorio de la república un Tribunal de Garantías Constitucionales que tendrá competencia para conocer de [...] el recurso de inconstitucionalidad de las leyes»” (Garrorena, 2011, 42).

Esta Constitución simboliza los primeros esfuerzos que se hicieron en España por reemplazar el Estado de Derecho por el Estado Constitucional de Derecho o, en otras palabras, que la Constitución se conciba como norma jurídica y esté revestida por el mismo poder coercitivo de la ley. No obstante, durante la vigencia de esta Constitución la transformación del Estado de Derecho no se completó en su totalidad, dado que, si bien el sistema normativo de la época subordinaba al legislador a los dictámenes que emitía el Tribunal Constitucional, la fuerza vinculante de la Constitución no caló por completo y, por tanto, no se logró perfeccionar la subordinación de los otros poderes públicos a la Constitución (Aragón Reyes: 2013, 279).

A modo de síntesis se puede decir que el período en que se encontró vigente el texto constitucional de 1931 no fue suficiente para que se hiciera efectiva la sujeción de todas las instituciones del Estado a la Constitución, condición que resulta ser fundamental para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. Ello puede leerse en clave de insuficiencia de un marco temporal que permitiera al Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, lograr consolidar la jurisdicción constitucional. No obstante, la Constitución de 1931 sentó las bases de la jurisdicción constitucional española.

1.3. La Guerra Civil española (el franquismo - leyes fundamentales)

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, la idea de Constitución democrática surgió en España a principios del siglo XIX, pero su evolución se interrumpió una vez más el 17 de julio de 1936 debido al estallido de la Guerra Civil y la sublevación de los generales Emilio Mola y Francisco Franco que culminaría con el derrocamiento del gobierno democrático de la Segunda República⁸⁹. La Guerra Civil fue la consecuencia del descontento de distintos grupos que conforman España por la falta de atención a las aspiraciones nacionalistas y las diferencias a nivel ideológico que persistían en la sociedad, las cuales se reconocen entre las principales causas.

⁸⁹ A través del Decreto N.º 138 de la Junta de Defensa Nacional el 29 de septiembre de 1936 se investió al general Francisco Franco en virtud de la *plenitudo potestatis* (totalidad del poder) a inicios de la Guerra Civil.

Una vez que la Guerra Civil llegó a su término el 1 de abril de 1939 se instauró de forma oficial la dictadura del general Franco que se prolongó hasta su muerte, el 20 de noviembre de 1975. En el marco de este período de gobierno dictatorial, con el fin de consolidar el poder personal y vitalicio del general Franco, el 8 de agosto de 1939 se realizaron una serie de reformas jurídicas que dieron origen a las leyes fundamentales.

En las siguientes décadas el régimen del dictador rechazó toda idea de concebir un sistema constitucional liberal y, como es característico de esta clase de regímenes políticos, se proscribieron los derechos de participación política en toda España y de forma particular la participación de los partidos de izquierda. Con ello el Derecho constitucional en España sufrió un proceso involutivo, dado que el franquismo rechazaba en su totalidad la idea de la Constitución democrática, la cual es completamente opuesta a la concentración de los poderes del Estado en un solo gobernante, pues una Constitución democrática representa la antítesis de cualquier modelo de régimen absolutista y el gobierno del dictador Franco se encontraba compuesto por un conjunto de órganos que estaban supeditados a las órdenes del plenipotenciario general.

Durante este sombrío período de la historia constitucional española se encontraba vigente un sistema de leyes fundamentales que reemplazaron a la Constitución, las cuales emanaron de la voluntad directa del jefe de gobierno, pues claramente las mencionadas leyes recogían de forma íntegra la voluntad absoluta del general Franco. Tal y como señala Rubio Llorente (2012, 33), estas leyes fundamentales fueron concebidas para la administración del gobierno durante el franquismo, cuyos únicos límites se encontraban en “la propia voluntad de autolimitación del dictador, pero no del derecho”.

Entre las leyes fundamentales que formaban la base del ordenamiento jurídico español en reemplazo de la Constitución de 1931 durante el período de la dictadura se encontraba la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado del 26 de julio de 1947 que agrupó las siguientes leyes fundamentales: el Fuero del Trabajo, dictada el 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, publicada el 17 de julio de 1942; el Fuero de los Españoles el 17 de julio de 1945, la Ley de Referéndum, expedida el

22 de octubre de 1946, incluyendo la propia Ley de Sucesión y las subsiguientes que pudieran ser redactadas en un futuro con este mismo rango. Más tarde, las leyes fundamentales se ampliaron al agregar otros dos cuerpos normativos, a saber: la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional que fue dictada el 17 de mayo de 1958, y la Ley Orgánica del Estado que fue expedida el 10 de abril de 1967. En total se dictaron siete leyes fundamentales.

Diez días después de la última ley expedida, con el fin de sistematizar las normas jurídicas del franquismo, el Decreto 779/1967 del 20 de abril de 1967 ordenó el conjunto de leyes fundamentales (LPF, FE, LOE, LC, LS y LR), pues antes de la expedición de esta ley no existía un cuerpo normativo homogéneo en el que se concentraran todas las leyes que se consideraban fundamentales.

Con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 el régimen franquista había realizado un esfuerzo previo de establecer la estructura y funciones del Consejo de Ministros y sus Comisiones Delegadas, dado que en la Ley de 30 de enero de 1938 (art. 16) establecía la dependencia directa de la Presidencia de Gobierno a la Jefatura de Estado. Lo anterior significaba que solo el general Franco contaba con la potestad de designar y remover libremente a los ministros, por lo tanto, el gobierno no era más que “un simple órgano de trabajo del general Franco, casi totalmente desprovisto de iniciativa política” (Rubio Llorente: 2012, 9).

Las siete leyes fundamentales fueron elaboradas con la finalidad de garantizar la administración del Estado bajo el mando del dictador Franco, con cuya muerte la dictadura llegó a su fin. Después de su fallecimiento, a pesar de que muchos sectores del gobierno y partidarios del franquismo intentaron mantener la vigencia de las leyes fundamentales, se planteó la realización de ciertas reformas para su actualización y la adhesión de una carta de derechos humanos para cumplir con los tratados que había suscrito la comunidad internacional, pese a estos intentos, la época del fascismo llegó a su fin.

Este marco legal creado de forma arbitraria por la dictadura no constituyó un sistema que se implementó mediante procedimientos democráticos, sino la representación de un modelo de gobierno impuesto mediante la fuerza y la violencia.

En consecuencia, la construcción de un nuevo sistema constitucional y democrático requería de su total abolición para dar paso a la redacción de un nuevo texto constitucional (Aragón Reyes: 2013, 120) que garantizara la separación de los poderes del Estado, la administración descentralizada del territorio nacional, el pluralismo político, la democracia y especialmente el reconocimiento de los derechos fundamentales.

2. La Constitución española de 1978

El proceso constituyente español se encuentra revestido por una serie de situaciones que obligaron a los partidos políticos a alcanzar grandes acuerdos, deponiendo las diferencias ideológicas o las necesidades insatisfechas de orden político o cultural.

Existe cierto acuerdo entre quienes estudian el acervo histórico del constitucionalismo español en situar la fecha del 15 de junio de 1977 como el inicio del proceso de elaboración de la Constitución española, dado que es el día en que se convocó a elecciones a las nuevas Cortes, según lo dispuesto en la Ley para la Reforma Política; aunque, según lo señaló Rubio Llorente (2012, 11), debido a que las elecciones son consecuencia de esta ley, la fecha de su aprobación del 15 de diciembre de 1976 sería la que se debería considerar como el inicio del proceso constituyente.

En principio, la Ley Fundamental para la Reforma Política del franquismo fue concebida para iniciar un proceso de transición mediante la reforma de las leyes fundamentales, con la finalidad última de superar de forma definitiva el régimen de dictadura que fue instaurado por el general Franco. Para estos fines resultaba insuficiente elaborar una reforma a las leyes fundamentales, al igual que la mera aprobación de las reformas a través de las Cortes o la aprobación por referéndum como establecía la Ley para la Reforma Política⁹⁰, dado que no era posible eliminar los

⁹⁰ “Art. 3: Uno. Ley para la Reforma Política. La iniciativa de reforma constitucional corresponderá: a) al gobierno, b) al Congreso de Diputados. Dos. Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado. El Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso y, si este no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, bajo la presidencia de quien ostentara la de las Cortes y de la que formarán parte los presidentes del Congreso y del Senado, cuatro diputados y cuatro senadores elegidos por las respectivas Cámaras. Si esta comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no

Principios Fundamentales del Movimiento (ley fundamental) que habían sido declarados “por su propia naturaleza permanentes e inalterables” (art. 1, Ley Orgánica del Estado 1/1967).

Dado que las reformas se encontraban sujetas al recurso de contrafuero⁹¹ el camino escogido por las Cortes electas fue iniciar un proceso que diera origen a una nueva carta fundamental, teniendo en cuenta que reformar las leyes fundamentales del franquismo hubiese significado el origen de un sistema constitucional contradictorio donde coexistirían ciertas estructuras obsoletas del régimen anterior con las instituciones creadas durante la postguerra. Esta situación se evitó para poder garantizar la supremacía de la Constitución y consecuentemente la materialización de los derechos.

Lo siguiente fue la redacción de la Constitución española a cargo de las Cortes Generales que fueron elegidas según lo previsto por la Ley para la Reforma Política, de modo que no se conformó una Corte Constituyente en un sentido formal. Las Cortes ordinarias fueron elegidas el 15 de junio de 1977 para un período de 4 años, por lo tanto, una vez que se aprobara la nueva Constitución española, lo cual sucedió el 31 de octubre de 1978, estas continuarían en el ejercicio de sus funciones.

Mientras las Cortes redactaban la Constitución introdujeron la disposición transitoria 8 que en su apartado primero estipulaba que las Cortes debían “asumir las funciones correspondientes a las Cortes Generales de la Constitución de 1978 hasta la fecha máxima del 15 de junio de 1981”. Dicha disposición no era un inconveniente, dado que la conformación y atribuciones de las Cortes que se establecían en la Constitución guardaban similitud con las Cortes que habían sido elegidas en el año 1977. No obstante, en la misma disposición transitoria 8, en su segundo párrafo, se confirió de manera discrecional al Presidente del gobierno la potestad de proponer al rey la disolución anticipada de las Cortes electas en 1977 (Cruz Villalón: 2006, 31).

merecieran la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras. Tres. El rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el proyecto a referéndum de la nación”.

⁹¹ “[...] Instituido por la LOE (título X, desarrollado por la Ley 8/1968, de 5 de abril). Se trata de un procedimiento de control político, no jurisdiccional, que solo podía ser iniciado por la Comisión Permanente de las Cortes o la del Consejo Nacional y que resolvía el propio jefe del Estado a propuesta del Consejo del Reino” (Rubio Llorente: 2012, 11).

Entre los miembros del régimen del gobierno franquista, así como entre sus seguidores, surgieron propuestas que planteaban reformar las leyes fundamentales del régimen de la dictadura, en un intento de actualizar las normas de cara a su aplicación. En este proceso fueron de vital importancia las movilizaciones sociales para lograr la transformación del régimen de gobierno en España⁹², como lo son en todas las grandes transformaciones históricas que buscan implementar un modelo de gobierno sustentado en la Carta Política y los principios democráticos. Es así dado que todo Estado de Derecho debe cumplir con requisitos mínimos para su configuración, entre los que se encuentra el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades. A este respecto conviene destacar aquí lo dicho por Carrillo (2017, 49) que enfatizaba lo siguiente:

Y en materia de reconocimiento de los derechos, se barajaba la posibilidad de que fuese suficiente con una somera remisión a los tratados y convenios internacionales en la materia a fin de cumplir con unos de los requisitos del Estado de derecho: el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades. Y si ello no prosperó, no fue como resultado de un pacto desde las alturas, sino como una ineluctable consecuencia de las elecciones del 15-J.

Con el fin de garantizar la consolidación de lo que sería el nuevo orden constitucional los partidos de izquierda y derecha debieron llegar a grandes consensos, a pesar de las diferencias políticas que existían entre ambos. Un ejemplo claro de esta situación se puede evidenciar en el hecho de que durante la elaboración del texto constitucional, mientras los movimientos políticos de izquierda promovían la idea de conformar un gobierno parlamentario de carácter republicano, por su parte, los partidos de derecha proponían establecer un régimen de gobierno con base en la monarquía constitucional; pero, finalmente, los partidos políticos que integraban el Parlamento consiguieron acuerdos mínimos con relación al modelo de gobierno que debía regir en España, el cual se decidió que sería la monarquía parlamentaria.

⁹² “Y si ello no prosperó, no fue como resultado de un pacto desde las alturas, sino como una ineluctable consecuencia de las elecciones del 15-J. Que no era otra cosa que el resultado de la movilización popular (partidos, entidades, asociaciones de vecinos, etc.) especialmente en Cataluña, Madrid, el País Vasco y en una parte de Andalucía, que no había surgido entonces, sino que venía de lejos” (Carrillo: 2017, 49).

Respecto al sistema de derechos y sus garantías constitucionales, la Constitución de España de 1978 adoptó las pautas del modelo que implementaron los países de Europa occidental al llegar a su fin la Segunda Guerra Mundial. De tal forma, se alcanzaron acuerdos sobre qué derechos debía garantizar la Constitución y sobre la regionalización de España, aunque sobre este punto no se lograron consensos en un principio debido a que los partidos políticos de izquierda tenían la idea de implementar el federalismo, no de forma inmediata, sino a largo plazo (Rubio Llorente: 2012, 13).

Las Cortes elegidas de conformidad con la Ley de Reforma Política designaron mediante sufragio popular una Comisión de Diputados y otra Comisión de Senadores que fueron las responsables de elaborar una Constitución española totalmente nueva en reemplazo de aquellas leyes fundamentales que rigieron durante el gobierno dictatorial franquista.

Las Cortes Constituyentes de 1931, a fin de completar la obra constitucional, habían prorrogado dos años su existencia tras la entrada en vigor de la constitución. El constituyente de 1978, a fin de completar su obra, siguió un camino distinto: el de prever una mayoría cualificada para la legislación que debía completar la constitución (Cruz Villalon: 2006, 43).

Una vez que culminaron los debates, y habiéndose dado escasas modificaciones con respecto al proyecto original, la Constitución española fue aprobada por las dos Cámaras del Parlamento el 31 de octubre de 1978 y ratificada mediante referéndum el 6 de diciembre de 1978 con un 87.78 % de votos a favor, un 7.38 % en contra y un 5.25 % votos blancos y nulos.

Finalmente, la Constitución española entró en vigor el 29 de diciembre de 1978 y, casi de forma inmediata, el 2 de enero de 1979, el presidente del Gobierno español, haciendo uso de las facultades que se le confiaron en la octava disposición transitoria de la Constitución, disolvió las Cortes que fueron elegidas con la Ley para la Reforma Política; por lo que en lo posterior se convocó a elecciones generales. Dos meses más tarde, el 23 de marzo de 1979, se constituyó el nuevo Parlamento.

De esta manera comienza una nueva etapa del constitucionalismo español en la que la Constitución se convierte en norma de normas, con fuerza de ley. Ese cambio al paradigma constitucional obligó a todas las instituciones a observar la ley en el ejercicio de sus atribuciones, pero, ante todo, la nueva Constitución. Lo anterior implica que toda ley vigente contraria a la Constitución pierde validez y que, por lo tanto, los organismos jurisdiccionales tienen la atribución de declarar la inaplicación de una ley debido a su ineficacia constitucional.

Con el propósito de garantizar los elementos propios de un Estado democrático (la separación de los poderes públicos, el respeto de los derechos, el pluralismo político) la Constitución española de 1978 creó tres organismos constitucionales nuevos, sin precedentes en las anteriores normas fundamentales, estos fueron: el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial y el Defensor del Pueblo (Cruz: 2006, 37). Si bien las atribuciones de cada una de estas instituciones se encuentran contenidas en el texto de la propia Constitución, requerían que de forma previa a su funcionamiento se aprobaran las respectivas leyes orgánicas.

A la luz de todo lo anterior, resulta evidente que la Constitución de 1978 permitió sentar las bases de la institucionalidad que garantiza su vigencia hasta la fecha. En adelante el Tribunal Constitucional se encargó progresivamente de consolidar el orden constitucional a través de sus sentencias, así como de la subordinación de todas las instituciones del Estado y las personas que se encuentran dentro del territorio español a la Constitución.

En este modelo de Estado garantista la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía, por lo tanto, las instituciones y la ciudadanía ya no se encuentran sujetos únicamente a la ley, y en ese sentido la aplicación de la Carta Política es de absoluta obligación. No obstante, con toda la importancia que la adopción de un modelo así tiene en la sociedad, un cambio de esta magnitud en el modelo de Estado español ocasionó descontentos entre las personas que respaldaban el régimen anterior, sobre todo entre quienes integraban el gobierno franquista.

En consecuencia, el reconocimiento de los derechos fundamentales en la nueva Constitución, al igual que en las demás cartas fundamentales que se redactaron en

Europa occidental durante la postguerra, desencadenó un intento de desestabilización del nuevo gobierno, al punto de que se produjo un intento fallido de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981 –conocido como 23F– por parte de algunos miembros del sector militar, sin embargo, la institucionalidad creada en torno a la Constitución permitió la restauración del orden constitucional.

La evolución de la jurisdicción constitucional en España se desarrolló de forma sostenida en el tiempo debido a que ha conservado varios de sus elementos originarios hasta la actualidad, lo que evidencia un alto grado de coherencia interna del sistema constitucional español de cara a su aplicación. Así, el control jurisdiccional de la Constitución se concibió como un mecanismo que permite garantizar la institucionalidad del Estado y los derechos de los ciudadanos, al menos en el sentido formal.

El principal desafío del Derecho constitucional actual y, por tanto, de la jurisdicción constitucional consiste en hallar un punto de equilibrio entre la forma del Estado democrático y el Estado de Derecho, entre la legislación y la jurisdicción, entre los límites propios de la aplicación directa de la Constitución y la aplicación de la ley. Dicho de otro modo, en encontrar el punto de convergencia que garantice la paz social.

Es importante anotar que la supremacía constitucional no excluye la sumisión a la ley por parte de los ciudadanos cuando se encuentra conforme a la Constitución, pues, de acuerdo con Garrorena (2011, 33):

[...] el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no es en absoluto incompatible con la democracia. Antes bien, es un instrumento irrenunciable de la misma puesto que no cabe concebir una “ley democrática” contraria a la constitución y porque, además, esta institución constituye la única forma jurisdiccional eficaz de defender a la democracia de sus enemigos.

En conclusión, la Constitución española de 1978 se encuentra vigente hasta la actualidad contribuyendo decisivamente a la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el país gracias a la solidez de los órganos creados para garantizar el fiel cumplimiento de su contenido. En ella se reconoce el respeto al pluralismo político,

así como la garantía de los derechos, lo que se constituye en elementos esenciales para mantener el equilibrio político-institucional del Estado, siendo esta Constitución el reflejo de una sociedad que se vio obligada a promover consensos entre los diferentes partidos políticos, como también a incluir a los partidos de izquierda que fueron proscritos durante el franquismo, en pro de alcanzar un fin superior: la formación de un Estado democrático, incluyente y plural, tanto a nivel político como social.

2.1. Principios de la Constitución española

El artículo 1 de la Constitución proclama que España es un “Estado social y democrático de derecho”, como es lo propio en un país donde impera el orden constitucional. Al igual que la Constitución de 1978, todas las constituciones que se redactan de forma democrática son el reflejo de las aspiraciones de una sociedad que busca establecer límites a los poderes del Estado, así como a las mismas acciones de esa sociedad, con la finalidad de evitar situaciones que transgredan la estabilidad democrática y la constitucional.

En ese sentido, en las líneas finales del primer apartado del artículo 1, la Constitución española señala de manera expresa que uno de los valores del nuevo Estado constitucional es el “pluralismo político”⁹³, dado que reconocer las diferencias políticas evita que a una persona o a un grupo humano se le proscriba su derecho de participación; y porque garantizar la libertad, la justicia y la igualdad significa garantizar la pervivencia del Estado como sociedad y, por tanto, el orden constitucional.

La aprobación de la Constitución española de 1978 representa el fin de una época antidemocrática que laceró los derechos y las libertades de los españoles por más de 40 años. Es por esa razón que garantizar la dignidad humana y la materialización de los derechos fundamentales se convirtieron, en conjunto, en el paradigma a seguir por todos los poderes del Estado en adelante. Y es que toda

⁹³ “Art. 6. CE: Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Constitución democrática se caracteriza por garantizar la dignidad humana, pues este es el valor fundamental del que se desprenden los demás derechos fundamentales.

El artículo 10.1 CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Luego, en ese mismo sentido, el artículo 10.2 advierte de la obligación de interpretar los preceptos constitucionales que establezcan derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano y los tratados internacionales que se vinculan con esta materia, previa ratificación del Parlamento⁹⁴.

Por todo lo anterior, el principio de constitucionalidad desplaza al principio de legalidad, convirtiéndose en la base del sistema constitucional español en el que se enmarca el texto de la Constitución vigente. Siendo así, la Constitución no se puede modificar o reformar a través de una ley o por medio de procedimientos legislativos ordinarios⁹⁵, dado que la reforma constitucional no se encuentra y no puede estar disponible a ser modificada a voluntad exclusiva del gobierno de turno debido a que para ello se requiere el acuerdo de la mayoría de los miembros del Parlamento. Dicho esto, la seguridad jurídica es la base de la aplicación de los derechos fundamentales que, a la vez, garantiza la convivencia democrática y el respeto de las minorías, es decir, el pluralismo político.

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, la mayoría de los principios normativos se encuentran consagrados en los artículos 1 y 10 de la Constitución, no obstante, existen otros enunciados como los artículos 27⁹⁶ de la misma Norma Fundamental que el Tribunal Constitucional ha invocado para extraer principios y valores que no se encuentran escritos literalmente, pero que permiten garantizar los derechos constitucionales de las personas.

⁹⁴ “Art. 10.2. CE. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁹⁵ Título X de la reforma constitucional, art. 166-169 CE.

⁹⁶ “Art. 27.1 CE.” “Art. 53.1. CE”

Puesto que la Constitución es un texto normativo general, le permite al Tribunal Constitucional extraer principios jurídicos en pro de cumplir fielmente la voluntad del constituyente de 1978. Por consiguiente, para garantizar su vigencia la Constitución debe ser capaz de proteger no solo esos derechos que consagra, sino también aquellos que no están escritos de manera explícita, pues, a pesar de que estos derechos no se encuentran desarrollados de forma taxativa, se desprenden de su contenido original. Teniendo en cuenta lo anterior, señala Rubio Llorente (2012, 83):

No es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino solo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la constitución opera solo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueran conforme al sistema anterior. El ordenamiento, como el ave fénix, renace con la Constitución.

En la Constitución española se implementó un modelo de control concentrado de constitucionalidad, similar al modelo de control constitucional alemán e italiano, sin embargo, posee mayor afinidad con el primer modelo prenombrado. Al implementar un modelo concentrado el sistema constitucional español pretende evitar que se presenten ambigüedades o contradicciones entre los jueces que administran la justicia ordinaria, no obstante, es preciso anotar que esta es una situación que difícilmente se puede evitar.

2.2. El Tribunal Constitucional español

Una vez la Constitución española de 1978 entró en vigor, según lo previsto en el artículo 165⁹⁷, el 3 de octubre las Cortes aprobaron la Ley Orgánica 2/1979 –también conocida como Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de forma abreviada LOTC– que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional de conformidad con las competencias conferidas por la Carta Política.

⁹⁷ “Art. 165. CE. Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”.

De forma posterior, el 14 de febrero de 1980 fueron nombrados los 10 primeros jueces del Tribunal Constitucional, y los 2 magistrados restantes fueron designados el 7 de noviembre de 1980 debido a los retrasos suscitados en la conformación del Consejo General del Poder Judicial. Dada la conformación del nuevo órgano especializado en el control constitucional y la integración de los miembros del Tribunal, finalmente, el 12 de julio de 1980 tuvo lugar la primera sesión en Pleno del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional español ejerce las competencias que le confiere la Carta Magna en calidad de “máximo intérprete de la constitución” (art. 1 LOTC), como es lo natural de esta clase de tribunales. Aunado a lo anterior y a la competencia de realizar el control constitucional de la ley, la Carta Fundamental española le ha confiado a este tribunal la facultad para garantizar la aplicación de su contenido, en especial de los derechos fundamentales, según se prevé en el artículo constitucional 53.2, esto es, a través del recurso amparo. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional español es competente para aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley y las disposiciones normativas con fuerza de ley, tal como se establece en los artículos 161.1 y 163 CE⁹⁸.

Para garantizar la autonomía de esta institución el artículo 10.3 LOTC establece que el Tribunal es un “órgano constitucional” con capacidad plena para elaborar su propio presupuesto, por lo tanto, debe contar con su propia partida presupuestaria con independencia de los demás valores que constan en el presupuesto del Estado. Esta autonomía administrativa y financiera le permite al Tribunal Constitucional ejercer sus competencias libres de presiones políticas o mediáticas que podrían efectuar en busca de un beneficio propio los poderes del Estado o las organizaciones ciudadanas.

⁹⁸ “La única razón discernible (y hasta plausible) para la distinción de dos secciones del capítulo 2 es la del distinto tratamiento que a ambas se da en el artículo 53 que regula sus garantías, concediendo para la tutela de los derechos incluidos en la sección primera un procedimiento judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad (el amparo judicial) y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tanto que los de la sección segunda quedan protegidos simplemente por la jurisdicción ordinaria” (Aragón Reyes: 2013, 91).

A este respecto es importante recalcar que la labor del Tribunal Constitucional persigue como único fin garantizar el cumplimiento de la Constitución, por lo que los poderes del Estado se encuentran en la obligación de acatar las sentencias que dicte el órgano constitucional y, más importante aún, deben respetar el orden constituido. Eso significa que ningún órgano puede exceder los límites que fija la propia Constitución para el ejercicio de sus atribuciones.

En cuanto a su composición, el Tribunal Constitucional en España está integrado por 12 magistrados que son nombrados por el rey, quienes son elegidos por un período de 9 años (art. 159.1 CE): 4 de sus miembros a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; 4 a propuesta del Senado que se eligen entre los candidatos que presentan las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por mayoría de tres quintos de sus miembros; 2 a propuesta del gobierno; y otros 2 a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, por mayoría de tres quintos de sus miembros. Un tercio del Tribunal se renueva cada 3 años. Dicho esto, resulta evidente que esta forma de designación supone un riesgo para la autonomía del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional, ya que se podría politizar su funcionamiento.

Este tribunal ha seguido en su conformación el mismo modelo que implementó la mayoría de los países de Europa occidental, no obstante, las mayores similitudes se vislumbran con la Corte Constitucional Italiana (Corte costituzionale della Repubblica italiana) y el Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht, BVerfG o BVerfG de forma abreviada)⁹⁹.

Dicho esto, según el artículo 10 LOTC, el Tribunal Constitucional sesiona en pleno para conocer los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas; realizar el control previo de los tratados internacionales; conocer las impugnaciones realizadas por el gobierno de disposiciones y las resoluciones de las comunidades autónomas que se encuentran

⁹⁹ “Así, el alemán se compone de 16 miembros elegidos, por mitad, por las dos Cámaras del Parlamento; el italiano se compone de 15 miembros, elegidos, por tercios, por el presidente de la República, el Parlamento (las dos Cámaras en sesión conjunta) y las supremas magistraturas ordinaria y administrativa (formando un solo tercio)” (Aragón Reyes: 2013, 330).

comprendidas en el título V de la LOTC; hacer la verificación de los requisitos que exige la ley para el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional y la designación de los magistrados que integraran cada sala; para conocer la recusación planteada en contra de un magistrado del Tribunal Constitucional y el cese de los magistrados al tenor de los casos previstos en el artículo 23 LOTC¹⁰⁰; y, finalmente para proceder a la aprobación y modificación de los reglamentos del propio Tribunal, o de cualquier otro asunto que el pleno reserve para sí, a pesar que pueden ser conocidos por las salas o sus secciones, a petición del presidente o de tres jueces.

De manera adicional, el propio Tribunal Constitucional se auto confirió mediante sentencia la atribución de resolver los conflictos en defensa de la autonomía local, atribución que de forma posterior fue incluida como competencia en el texto de la reforma de la Ley Orgánica 7/199 (Sospedra: 2011, 62).

El pleno del Tribunal Constitucional se organiza en dos salas y cuatro secciones con el fin de resolver los procesos constitucionales. Cada sala se conforma a su vez por seis magistrados: la primera sala es presidida por el presidente del Tribunal, mientras que la segunda sala por el vicepresidente¹⁰¹, las cuales se encargan de resolver las cuestiones de inconstitucionalidad diferidas por el pleno y los demás procesos que las propias salas estimen relevantes a pesar de ser competencias atribuidas a las secciones. De igual manera, cada sección está conformada por tres magistrados¹⁰² que se encargan de dictar sentencia sobre las acciones de amparo, las cuestiones de

¹⁰⁰ “Art. 23. Uno. LOTC. Los magistrados del Tribunal Constitucional cesan por alguna de las causas siguientes: primero, por renuncia aceptada por el presidente del Tribunal; segundo, por expiración del plazo de su nombramiento; tercero, por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del poder judicial; cuarto, por incompatibilidad sobrevenida; quinto, por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo; sexto, por violar la reserva propia de su función; séptimo, por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave”.

¹⁰¹ “Art. 7. Uno. LOTC. El Tribunal Constitucional consta de dos salas. Cada sala está compuesta por seis magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno. Dos. El presidente del tribunal lo es también de la Sala Primera, que presidirá en su defecto el magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad. Tres. El vicepresidente del tribunal presidirá en la Sala Segunda, y en su defecto el magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad”.

¹⁰² “Art. 8. LOTC. Para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales, el Pleno y las salas constituirán secciones compuestas por el respectivo presidente o quien le sustituya y dos magistrados. 2. Se dará cuenta al Pleno de las propuestas de admisión o inadmisión de asuntos de su competencia. En el caso de admisión, el Pleno podrá deferir a la sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos en esta ley. 3. Podrá corresponder también a las secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la sala correspondiente les defiera en los términos previstos en esta”.

inconstitucionalidad que se resuelven con la mera aplicación de la jurisprudencia y resolver la admisibilidad o inadmisibilidad de los procesos constitucionales.

Dividir en secciones al Tribunal Constitucional para dictar sentencia en los procesos de amparo permitió resolver los casos con mayor celeridad, incluso se considera que a través de una nueva reforma de la LOTC se podría ampliar el campo de las competencias de las secciones del TC para que no se limiten a resolver procesos en los que se deba aplicar la jurisprudencia. Esta consideración se plantea teniendo en cuenta que las secciones podrían resolver cuestiones de inconstitucionalidad, acciones de amparo y conflictos de competencias con plena autonomía, siendo la sala y el pleno del Tribunal quienes avocarían conocimiento de los casos que consideren relevante para contribuir con la mejora del desempeño del Tribunal Constitucional.

Desde que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional entró en vigor se ha reformado en varias ocasiones con el fin de ampliar las competencias de este órgano de control constitucional. Entre las principales modificaciones se encuentran: la Ley Orgánica 7/1999; la Ley Orgánica 6/2007; la Ley Orgánica 1/2010 y la Ley Orgánica 12/2015 que modifica la anterior. A continuación, se exponen los cambios relevantes que cada una de estas normas introdujo con su expedición.

La Ley Orgánica 7/1999 amplió las competencias del Tribunal Constitucional para el conocimiento de los conflictos en defensa de la autonomía local. En la reforma que realizó la Ley Orgánica 6/2007 se introdujo el procedimiento para hacer cumplir el derecho de las partes a fundamentar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, así como el trámite para la sustanciación de la autocuestión de inconstitucionalidad ante el propio tribunal.

Asimismo, la Ley Orgánica 1/2010 reformó el procedimiento para la admisión del recurso de amparo y para la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad, e incluyó procedimientos para resolver la constitucionalidad de las Normas Forales fiscales de los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. Por otra parte, las reformas de la Ley Orgánica 1/2010 modificaron el artículo 16.5 que establece el procedimiento para ocupar las vacantes que se presenten en el tribunal.

En cuanto a la reforma que modificó la Ley Orgánica 8/2010 del 4 de noviembre, esta introdujo cambios que afectan la duración del tiempo en funciones de los magistrados del Tribunal: “Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación” (art. 16.5. LOTC). En caso de que el Senado y el Congreso no consigan designar a los nuevos miembros del Tribunal dentro de los plazos previstos por la ley se verán afectados los nuevos magistrados designados, pues debido a la falta de acuerdo en el Parlamento para designar a los jueces del Tribunal Constitucional se acorta la duración del período para el cual fueron nombrados.

Finalmente, la Ley Orgánica 12/2015 reintrodujo el recurso previo de inconstitucionalidad contra las reformas de los estatutos de las comunidades autónomas antes de que se celebre el referéndum de aprobación; además, confirió el carácter de título ejecutivo a las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional y estableció el proceso que se debe seguir en caso de que se incumplan las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Cabe destacar que los magistrados deben tener claro que el vínculo establecido por la Constitución entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional es solo para el proceso de designación, y que una vez estos sean escogidos el vínculo se debe romper. Dicho de otro modo, los jueces no se deben al pleno del Parlamento y mucho menos a la mayoría parlamentaria que los designó, puesto que la legitimidad de sus actuaciones proviene de la voluntad soberana que se enmarca en las atribuciones que la propia Constitución les confiere, es decir, emana de la voluntad originaria: el Poder Constituyente.

3. Jurisdicción constitucional

En cuanto al origen de la jurisdicción constitucional en España y la forma cómo se implementó es pertinente señalar que su diseño se encuentra en perfecta armonía con la evolución del Derecho constitucional español, al recoger varios elementos que se establecían en la Constitución de 1931. Es así como la institucionalización del

Tribunal Constitucional español permitió la consolidación de la Constitución como la norma de mayor jerarquía dentro del sistema de normas jurídicas¹⁰³.

Es preciso, antes de abordar esta exposición, recordar la diferencia que existe entre las nociones de *justicia* y *jurisdicción constitucional*, dado que son conceptos que en muchas ocasiones se utilizan como sinónimos, pero que no deben concebirse como términos intercambiables entre sí.

Todos los jueces aplican la justicia constitucional en tanto que en sus actuaciones y sentencias se encuentran obligados a garantizar el fiel cumplimiento de la Constitución, así, cuando los jueces ordinarios se disponen a resolver mediante sentencia un caso que genera dudas sobre la constitucionalidad de la norma jurídica que debe aplicar, poseen entre sus atribuciones la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Los jueces ordinarios al dictar sentencia deben aplicar siempre la Constitución y la ley, es lo propio en un Estado Constitucional de Derecho. Por lo tanto, todos los poderes del Estado, particularmente los jueces adscritos a la justicia ordinaria se encuentran subordinados al fiel cumplimiento de la Constitución.

Para realizar el control de constitucionalidad de la ley la Constitución contempla un sistema jurisdiccional mixto, con el fin de facilitar la interacción de los jueces ordinarios con el Tribunal Constitucional, el cual posee competencia exclusiva para expulsar una ley del ordenamiento jurídico cuando considera que esta se contrapone a la Constitución y, en ese sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional surten efecto *erga omnes*.

¹⁰³ “Art. 9. 1. CE: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Por otro lado, es importante decir que el control concreto de constitucionalidad les permite a los jueces ordinarios alertar sobre la existencia de leyes contrarias a la Constitución a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Esas competencias atribuidas al Tribunal deben verse tal como lo concibieron y señalaron Figueruelo & Villacorta (2018, 67) de la manera que se cita:

[...] A nuestro modo de ver que guardar-defender, mantener y desarrollar la constitución no constituye de manera alguna un monopolio de la jurisdicción constitucional, es, por el contrario, una tarea y más bien una obligación incumbente a todo poder del Estado y, por ende, sobra hasta reiterar que también corresponde al legislador.

La jurisdicción constitucional comprende las atribuciones que de forma exclusiva reserva la Constitución para el Tribunal Constitucional, por lo tanto, surgen de forma connatural a la implementación de un órgano que tiene la categoría de máximo intérprete de la Constitución. Dicho esto, solo al Tribunal Constitucional le corresponde declarar una norma jurídica inconstitucional e inaplicable.

Además de resolver la inconstitucionalidad de las leyes a través del recurso de inconstitucionalidad y de cumplir con el ejercicio de las demás atribuciones constitucionales, al Tribunal Constitucional español le corresponde garantizar la seguridad jurídica. Lo anterior hace referencia a que, en ocasiones, los jueces de instancia llegan a resolver procesos judiciales que comparten características análogas aplicando diferentes criterios jurídicos, por lo que cuando el Tribunal Constitucional aplica el control de constitucionalidad debe unificar la interpretación de la Constitución y la ley.

En segundo término, al implementar un sistema de control mixto de constitucionalidad, les corresponde a los jueces ordinarios resolver las cuestiones de legalidad, de tal forma que el Tribunal Supremo mantiene la calidad de máximo órgano jerárquico a nivel de la justicia ordinaria, salvo en aquellos casos en los que se deban resolver asuntos de materia constitucional, dado que siempre las decisiones se encuentran sujetas a las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional. Ahora bien:

Para evitar, o minimizar, esas colisiones es preciso que ambas jurisdicciones tengan claros dos postulados inherentes a nuestro sistema: a) que el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley, no revise la interpretación legal del Tribunal Supremo salvo en los casos en que su contradicción con la constitución sea indiscutible, aplicando la máxima de que “en caso de duda, a favor del Tribunal Supremo”; y b) que los jueces y tribunales ordinarios acaten sin reparo alguno la doctrina sobre la interpretación de la constitución y la interpretación constitucional de la ley establecida por el Tribunal Constitucional con el que deben colaborar planteando las cuestiones de inconstitucionalidad y evitando la tentación de controlar al legislador (Aragón Reyes: 2019, 34).

Visto lo anterior se puede advertir que existe una relación muy estrecha entre la labor jurisdiccional que realiza el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a todos los órganos judiciales¹⁰⁴ y, asimismo, los jueces de las demás instancias acceden a la jurisdicción constitucional en el momento en que plantean la cuestión de inconstitucionalidad. Estas acciones evidencian que existe una amplia coordinación entre los jueces de la jurisdicción constitucional y ordinaria, incluso hay casos en los que si existen motivaciones suficientes al momento de plantear la cuestión de inconstitucionalidad es posible que el Tribunal Constitucional llegue a rectificar las sentencias que dictó en casos anteriores (Aragón Reyes: 2013, 320).

Es claro entonces que al igual que los tribunales constitucionales alemán e italiano y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional español interpreta la Constitución para garantizar su efectividad normativa, encargándose de resolver los conflictos de carácter constitucional que se presentan en la sociedad contemporánea.

¹⁰⁴ “Art. 5. 1. Ley Orgánica del Poder Judicial. La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En definitiva, se puede concluir que la jurisdicción constitucional garantiza la pervivencia del orden constitucional en el tiempo, pues la Constitución le confirió al Tribunal Constitucional ciertas competencias exclusivas con el fin de proscribir a los poderes del Estado interpretar las normas fundamentales de manera subjetiva y según sus propios intereses, olvidando que la Constitución solo debe ser interpretada con base en su propio contenido. Dicho de otra forma, el orden constitucional se fundamenta en el respeto de la voluntad soberana que aprobó en referéndum el texto constitucional elaborado por las Cortes¹⁰⁵.

3.1. Recurso de inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad es un mecanismo de control abstracto que se aplica sobre la ley sin necesidad que exista un caso en concreto. Este tipo de control se ejecuta sobre las normas una vez que son publicadas en el Boletín Oficial del Estado (BOE), antes de que la ley se aplique en un proceso judicial.

Desde que entró en vigor la Constitución española se realizaron tres importantes reformas al recurso de inconstitucionalidad. La primera reforma suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad en el año 1985, no obstante, 30 años después se restableció de forma parcial y en la actualidad solo se aplica contra los proyectos de estatutos, las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía y la ratificación de los tratados internacionales.

La siguiente reforma consistió en la implementación del procedimiento para la resolución de los conflictos en defensa de la autonomía local mediante la LO 7/1999 que fue aprobada el 21 de abril, reforma mediante la cual se faculta a los municipios o a las provincias para requerir el control de constitucionalidad de las normas del Estado y las disposiciones con rango de ley expedidas por las comunidades autónomas, siempre y cuando lesionen el principio constitucional de autonomía local; no obstante,

¹⁰⁵ “Por *constitución* entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que estos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra constitución que la constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las “constituciones” napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional” (Rubio Llorente: 2012, 87).

este procedimiento en la práctica no logró ser eficaz debido a que existen notorias dificultades para su planteamiento¹⁰⁶.

La tercera reforma se efectuó en el año 2000 con la modificación del artículo 33 LOTC, lo que permitió la ampliación del plazo a 9 meses para que el Presidente del gobierno y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas pudieran interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes o actos normativos con fuerza de ley una vez que se encuentran en estado vigente, siempre que se cumplan determinadas condiciones previstas en el propio precepto.

Específicamente, el artículo 27 LOTC determina las normas jurídicas contra las que es posible aplicar el control directo de constitucionalidad, entre las que se encuentran las siguientes:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.
- b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley, si bien existe una competencia compartida en el caso de los decretos legislativos conforme a lo previsto en el artículo 82.6 CE.
- c) Los tratados internacionales.
- d) Los reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las leyes, los actos y las disposiciones normativas con fuerza de ley de las comunidades autónomas, con la misma salvedad respecto a los casos de delegación legislativa en los órganos ejecutivos autonómicos.
- f) Los reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

El recurso de inconstitucionalidad tiene como objeto principal expulsar las normas jurídicas contrarias a la Constitución española, siendo así, el Tribunal Constitucional podría, incluso, de considerarlo necesario, analizar la

¹⁰⁶ “De hecho, la primera sentencia al respecto fue la STC 240/2006, y en el que la ley autonómica ha ostentado un notorio protagonismo como objeto de esta modalidad de conflicto. La manifiesta dificultad práctica de su aplicación, puesta de relieve ya en el ATC 419/2003 que inadmitió el conflicto intentado por más de mil municipios contra la Ley 18/2001 de Estabilidad Presupuestaria [...], plantea serias dudas acerca de su viabilidad práctica” (Carrillo: 2018, 639).

constitucionalidad de otras normas jurídicas que no fueron impugnadas¹⁰⁷, pues, debido a que siempre actúa en defensa del orden constituido, sus sentencias representan el interés objetivo de salvaguardar la supremacía de la Constitución. No obstante, al analizar la constitucionalidad de la ley objeto del control el Tribunal Constitucional deberá aplicar siempre el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, dado que este Tribunal actúa bajo el principio *pro legislatore* y antes de declarar la incompatibilidad de la ley con la Constitución siempre buscará interpretar la ley conforme a la Constitución.

En el debate competencial suscitado en este proceso ha de tenerse muy en cuenta para un correcto enjuiciamiento del recurso, una reiterada jurisprudencia constitucional [SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8º; 137/1986, fundamento jurídico 4º; 27/1987, fundamento jurídico 4º; 48/1988, fundamento jurídico 3º a), y la reciente 147/1992, fundamento jurídico 1º, b)] según la cual “dado el carácter objetivo y abstracto de los recursos de inconstitucionalidad, a través de ellos no se controla si el legislador, al dictar la norma discutida, se mantuvo o no dentro de los límites derivados del bloque de la constitucionalidad, sino si esa norma respeta tales límites en el momento mismo del examen jurisdiccional. (STC 146/1993).

La reforma de la Ley Orgánica 15/2015 del 16 de octubre afianza la posición del Tribunal Constitucional frente a todos los poderes del Estado. Concretamente en el artículo 87 LOTC se establece la obligación de todos los poderes públicos de cumplir con las sentencias del Tribunal, incluidos todos los juzgados y tribunales, lo cual implica que los organismos en general deberán brindarle un auxilio jurisdiccional con carácter urgente y preferente al Tribunal Constitucional. A tal efecto, las resoluciones del Tribunal Constitucional se consideran títulos ejecutivos.

Las sentencias estimatorias del recurso de inconstitucionalidad se clasifican en dos tipos: por una parte, están las sentencias que declaran la nulidad total de la norma;

¹⁰⁷ “Art. 39. Uno. LOTC. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Dos. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso”.

y, por otro lado, se encuentran las sentencias de estimación parcial que a la vez se subdividen en sentencias que reconocen la validez de la ley siempre y cuando esta sea interpretada en el sentido que establece el tribunal, y en sentencias que excluyen una interpretación específica de la ley que es objeto de control (Sospedra: 2011, 210). Así pues, el Tribunal Constitucional dispone de una variedad de tipos de sentencias para resolver el recurso de inconstitucionalidad, siendo la declaración de inconstitucionalidad procedente cuando a este órgano de control no le es posible interpretar la ley conforme al contenido de la Constitución.

Con relación a los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ordenó en sentencia que en los casos en los que el Tribunal Constitucional no se pronuncie conforme al artículo 40.1 LOTC les corresponderá a los jueces y a los tribunales donde se suscitó la controversia determinar los efectos retroactivos que tiene o no la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley (Sospedra: 2011, 212).

De lo visto se puede concluir que este recurso es la expresión máxima del control de constitucionalidad, el cual se aplica de forma abstracta sin que medie en esta acción el interés subjetivo de las partes con relación a los efectos de la sentencia. Dicho esto, las partes procesales tienen menor interés de acceder a la jurisdicción constitucional mediante esta vía procesal.

3.2. Cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad es una acción que le permite al juez de la jurisdicción ordinaria acceder ante el Tribunal Constitucional en los casos en los que exista duda acerca de la constitucionalidad de la ley o de la norma con rango de ley que se aplicará para dictar sentencia en un caso en concreto. Siendo la Constitución la máxima norma jurídica, todos los órganos judiciales se encuentran de manera imperativa subordinados a la Constitución antes que a la ley, por lo que las resoluciones y las sentencias de los órganos judiciales deben estar circunscritos al orden que se establece dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Este procedimiento se configura entonces en una garantía de la Constitución, pues le permite al Tribunal Constitucional controlar que la ley que aplica el juez se encuentre conforme a la Norma Fundamental. De ese modo, más que garantizar los derechos de las partes procesales, la cuestión de inconstitucionalidad busca que la ley se subordine a la Constitución. Resulta evidente aquí que el control que realiza el Tribunal Constitucional es de carácter objetivo y, aun así, al mismo tiempo garantiza la seguridad jurídica de las partes procesales.

Es cierto que en el artículo 163 de la Constitución se señala que los “órganos judiciales” se encuentran facultados para presentar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y que es por esa razón por la que la expresión *órgano judicial* tiene una concepción restringida y no ofrece gran ayuda al respecto. Ahora bien, lo confuso del término se aclara si se limita a acoger lo que la Constitución define como poder Judicial en su artículo 117.1¹⁰⁸, la cual dejaría por fuera a los demás organismos a los que ella misma les ha reconocido potestad jurisdiccional, como son los órganos de la jurisdicción militar, el Tribunal P. (Corzo: 1998, 174). Debido al aspecto que se ha explicado aquí es que en distintas sentencias el Tribunal Constitucional deja en claro que no solo los jueces cuentan con la potestad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, dado que esta es también una atribución de los demás órganos jurisdiccionales que poseen la potestad de dictar sentencia.

Asimismo, las partes procesales podrían requerirle al juez plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra las decisiones interlocutorias o los actos de simple ejecución; incluso pueden llegar a solicitar este recurso contra normas que no fueron invocadas por las partes, pero que generan duda acerca de su constitucionalidad. Dicho esto, es claro que la cuestión de inconstitucionalidad no solo les permite a los organismos judiciales garantizar el derecho subjetivo de las partes, sino que también garantiza la subordinación objetiva de la ley a la Constitución.

Específicamente en el artículo 37.2 LOTC se garantiza que las partes del proceso judicial donde surgió la duda acerca de la aplicación de la ley se encuentran

¹⁰⁸ “Art. 117. 1. CE. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

facultadas a comparecer ante el Tribunal Constitucional, una vez que se publique en el BOE la aceptación a trámite de la cuestión, en un plazo de 15 días, y contando con otros 15 días más para presentar alegaciones¹⁰⁹. Cabe anotar que para la intervención de las partes procesales no es necesario el requerimiento del órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad o del Tribunal Constitucional, pues:

[...] Tanto los requisitos que la constitución (art. 163) y la ley de este tribunal imponen para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, como la indispensable y rigurosa verificación, aun exenta de formalismos, que el Tribunal Constitucional debe realizar respecto del adecuado cumplimiento de tales requisitos (STC 94/1986).

Unos artículos más atrás en el texto constitucional, concretamente, en el artículo 35.1 LOTC¹¹⁰, se establece de forma clara que no es una obligación del organismo judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad a solicitud de las partes, dado que esta es una facultad conferida al juzgador en caso de que exista la duda sobre la constitucionalidad de la ley. Por lo tanto, el requerimiento de las partes no vincula al juzgador a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Es así como se dispone en el punto 2 de la Sentencia STC 119/91, el cual no deja duda sobre la legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, como puede leerse a continuación:

Frente a esta argumentación, basta recordar la reiterada doctrina de este tribunal de que, si bien las partes pueden instar del órgano judicial su planteamiento, la decisión de “suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial” (STC 148/1986, fundamento jurídico 3.º; 23/1988, fundamento jurídico 1.º; 67/1988, fundamento jurídico 7.º, y 206/1990, fundamento jurídico 2.º, entre otras), el cual, por el mero hecho

¹⁰⁹ “En esta fase se prevé la intervención del Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al fiscal general del Estado, al gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una comunidad autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días” (Sospedra: 2011, 201).

¹¹⁰ “Art. 35.1. LOTC: Cuando un juez o tribunal de oficio o a instancia de parte considere que una norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley”.

de no plantearla y aplicar la ley que, pese a la opinión en contra del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de este (ATC 10/1983 y 301/1985). (STC 133/1987).

No obstante, una reforma de la LOTC podría permitir la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad a otras autoridades de control que supervisan la actividad de la administración, tales como son el Defensor del Pueblo u otros miembros que hacen parte de la rama judicial, actuación que reforzaría el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva de todos los miembros del Estado.

Por otra parte, no cabría afirmar que la ampliación de esta facultad supondría un aumento de los casos que deba resolver el Tribunal Constitucional, toda vez que la cuestión de inconstitucionalidad debe cumplir con los requisitos que ha establecido el propio tribunal para que sea admitida. En el caso del sistema italiano, por ejemplo, la legitimación fue atribuida a cualquier autoridad judicial¹¹¹.

El control de constitucionalidad que se realiza por vía indirecta tiene como objeto principal garantizar la aplicación de la ley conforme a la Constitución. El juicio que emite el Tribunal Constitucional es de carácter abstracto porque este no persigue como fin resolver las cuestiones inherentes a las aspiraciones de las partes procesales, sino todo lo contrario, al tribunal solo le interesa garantizar que la ley no vulnere lo contenido en la Norma Fundamental¹¹².

La resolución del proceso judicial siempre se encontrará en manos del juez sustanciador del proceso en la vía ordinaria, tal como el Tribunal se ha pronunciado en relación con la finalidad del recurso de constitucionalidad en el siguiente fragmento de una de sus sentencias: “(...) el interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad –la preservación de la sujeción de las disposiciones de ley a la

¹¹¹ “En el sistema español, por el contrario, no está prevista la legitimación de las partes o del Ministerio Fiscal: solo el órgano judicial puede plantear la cuestión de legitimidad constitucional. En consecuencia, dejando aparte las variaciones que pueden verificarse con relación al concepto de juez (de hecho, en el sistema italiano la legitimación está atribuida a “cualquier autoridad judicial”, mientras que en el español lo es a “cualquier órgano judicial”” (Galeotti y Rossi: 1979, 132).

¹¹² “Que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita” (STC 17/1981).

constitución– impone no detener su curso en atención a rigorismos formales” (STC 155/1987).

Mediante la sentencia en cita se deduce que el Tribunal Constitucional reafirmó el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, concretamente al indicar que esta “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la constitución” (STC 17/1981). Asimismo, en una sentencia posterior, la STC 274/2000, señaló que, si bien el Tribunal Constitucional “ha distinguido entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad como manifestaciones procesales distintas”, las dos tienen “un sustrato común”, toda vez que “ambas tienen por objeto el enjuiciamiento de normas, [solo que] en un caso [se da] mediante su impugnación directa e indirecta en el otro [caso] (STC 385/1993 del 23 de diciembre, FJ 2)” (Figueruelo & Villacorta: 2018, 59).

Se puede ver entonces que la cuestión de inconstitucionalidad debe reunir los requisitos procesales suficientes para así poder establecer con claridad la posible inconstitucionalidad de la norma y, asimismo, deberá reunir los requisitos señalados en los artículos 81 y 82 LOTC. Es preciso aclarar, ahora bien, que la falta de un requisito no es una causa de inadmisión, siempre y cuando se determine el precepto legal que genera duda acerca de su constitucionalidad.

También es pertinente recordar aquí los tres requisitos con los que la doctrina considera debe cumplir la cuestión de inconstitucionalidad para que proceda su presentación ante el Tribunal Constitucional. El primer requerimiento con el que debe cumplir el organismo jurisdiccional que plantea la cuestión de inconstitucionalidad es tener la facultad de dictar sentencia o ejecutar su resolución, lo que se traducen en tener la competencia para aplicar el derecho objetivo al caso concreto.

En segundo lugar, el órgano que propone la cuestión de inconstitucionalidad debe cumplir con el requisito de independencia, tanto de manera orgánica como funcional, para que así la resolución o la sentencia cumpla con el requisito de imparcialidad en relación con la pretensión procesal de las partes. Y, como tercer

requerimiento, la cuestión de inconstitucionalidad deberá plantearse con base en el interés objetivo del órgano jurisdiccional, ello, dicho de otro modo, significa que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en defensa de la Constitución, sin que exista interés subjetivo de parte del juzgador (Corzo: 1998, 178).

Por otro lado, mediante Auto 264/83 el Tribunal Constitucional manifestó que no tenía importancia que los alegatos de las partes que motivan la cuestión de inconstitucionalidad fueran escuetos, siempre y cuando sea posible precisar de su contenido el objeto de su interposición. Asimismo, con el fin de evitar retrasos y dilaciones en los procesos, mediante la Sentencia STC 21/85¹¹³ el Tribunal determinó en audiencia previa que tanto las partes como el Ministerio Fiscal tienen derecho a intervenir a fin de contribuir con la aplicación efectiva del control de constitucionalidad, lo cual facilita a los magistrados que hacen parte de este organismo de control, determinar la relación que existe entre la norma objeto de control y los hechos.

Desde la vigencia de la Constitución hasta la fecha la posición del Tribunal ha cambiado con respecto a la obligación de señalar los preceptos constitucionales al presentar la cuestión de inconstitucionalidad. Ello se ve en el texto de la Sentencia STC 188/88 donde el Tribunal Constitucional consideró que la sola identificación de forma mínima de los elementos que generan duda sobre la constitucionalidad de la ley es suficiente para estimar su admisión. De forma posterior, el tribunal indicó mediante la Sentencia STC 106/90¹¹⁴ que era necesario señalar con claridad las motivaciones de

113 “[...] La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la “reacción de sujeción especial” en que se encuentran ciertas categorías de personas solo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y, en este sentido, es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales reconocido en el art. 24.1 de la constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente” (STC 21/85).

¹¹⁴ “Es cierto, que no en todas, sino únicamente en las providencias dictadas en los recursos en los que tienen origen las cuestiones de inconstitucionalidad 1976 y 2176 de 1989, se omitió la cita del precepto constitucional que pudiera ser vulnerado por las disposiciones legales sobre cuya posible constitucionalidad se concedió la audiencia; pero esto en modo alguno puede estimarse imprecisión que impidiese a las partes conocer el sentido de la duda judicial, puesto que a la concesión de la audiencia, precedieron extensos escritos y dictámenes en los que se expusieron, de forma detallada e incluso exhaustiva, los términos de esa posible inconstitucionalidad y, entre aquellos, un escrito solicitando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad con apoyo en alegaciones que ocupan setenta y

la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que aun cuando en su contenido hubiera una falta de precisión se debía identificar cuál es el objeto de la duda planteada. Dicho de otro modo, las motivaciones que susciten la aplicación de la cuestión de inconstitucionalidad no pueden ser mínimas, sino que deben fundamentarse de forma tal que les permita a los magistrados comprender la duda en torno a la constitucionalidad de la norma que es sometida a control.

En la reforma a la Ley Orgánica 6/2007 se modificó el artículo 37 que establece el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad, modificación que se realizó ante la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 28 de junio de 1993 TEDH 1933, 1, con el fin de garantizar el principio de contradicción en los procesos de constitucionalidad permitiéndoles a las partes un acceso directo para que presentaran sus alegatos ante el Tribunal Constitucional.

Otra interesante modificación que produjo la reforma de esta Ley Orgánica 6/2007 se encuentra en el párrafo 3 del artículo 35 donde se establece la suspensión provisional del proceso con el fin de garantizar la seguridad jurídica de las partes que intervienen en él hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, y en caso de que se admita a trámite entonces garantizar la seguridad jurídica de las partes hasta que se dicte la sentencia; no obstante, en el texto de la LO se acota que ello no exime al organismo judicial de su responsabilidad de adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar el derecho de las partes en el proceso.

Al igual que en los demás países que concibieron la Constitución como la máxima norma jurídica, la jurisdicción constitucional se encuentra reservada para un órgano especializado con capacidad para expulsar una ley inconstitucional. Aunque, existe una interrogante que permanece vigente relativa a este hecho. Tanto entre los jueces como entre los más distinguidos tratadistas se tienen criterios escindidos con relación a la aplicación de los principios abstractos que han de considerarse o no para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

tres folios y todo ese material previo a la concesión de la audiencia hace evidente que ese defecto de imprecisión que denuncia el Gobierno canario constituye, como afirman los autos de planteamiento, un simple artificio procesal totalmente infundado” (STC. 106/1990).

Uno de los juristas españoles que, por ejemplo, emitió un voto particular en la Sentencia STC 53/1985¹¹⁵ en contra de la interpretación subjetiva de los valores que se establecen en el artículo 1.1. CE por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional fue Francisco Rubio Llorente, quien afirmó:

[Que] el intérprete de la constitución no puede abstraer de los preceptos de la constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. [Dado que] esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente.

Del lado opuesto, el magistrado emérito del Tribunal Constitucional español Manuel Aragón Reyes reconoció que en algunos casos se podrían utilizar los valores constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de la ley, no obstante, el magistrado español se manifiesta a la vez renuente a utilizar los principios constitucionales como la razón principal para declarar la inconstitucionalidad de una ley que fue elaborada por el Parlamento, el cual fue elegido de forma democrática precisamente para este fin.

Se advierte pues en este contraste de pensamiento entre Rubio Llorente y Aragón Reyes la existencia de esa escisión de posturas y falta de consenso sobre la aplicación directa de los principios constitucionales que establece el artículo 1 CE, considerados como principios-valores, lo que, en definitiva, muestra que existe una corriente del Derecho que afirma que los principios constitucionales podrían por sí solos fundamentar una sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley¹¹⁶.

Y esta discusión sobre las ventajas y las desventajas de interpretar la Constitución de forma rígida o flexible se mantiene vigente hasta la actualidad. Ello

¹¹⁵ En esta sentencia se resolvió el recurso previo de constitucionalidad contra el proyecto de ley de despenalización parcial del aborto.

¹¹⁶ “La misma postura es defendida por Gregorio Peces-Barba, Luciano Parejo, y Antonio E. Pérez Luño” (Ferrerres: 2007, 82).

se debe a que, por un lado, la interpretación de la ley a partir de un modelo de “Constitución de detalle” o rígida limita al órgano encargado de la jurisdicción constitucional, por lo que los principios y los valores de la Constitución no se consideran un parámetro independiente que permita por sí solo determinar la constitucionalidad de la ley (Ferrerres: 2011, 83).

Por otro lado, un modelo de Constitución flexible, basado en el modelo de Constitución de principios abstractos, garantiza el desarrollo doctrinal evolutivo de la propia Constitución debido a que el texto constitucional, a través de la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional con base en el respeto de los valores y los principios que inspiraron la elaboración de la Constitución, es capaz de generar sentencias que reconozcan derechos que surgen conforme los avances sociales, culturales, económicos y tecnológicos que se van dando en la sociedad.

A la luz de todo lo anterior, la Constitución, así como el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional se encuentran en una constante vorágine evolutiva, como es lo natural, pues la Carta Política es un instrumento jurídico que debe garantizar y reflejar los valores y los principios de la sociedad en la que fue concebida.

De acuerdo con Ferrerres (2007, 83) un “modelo de principios abstractos” no debe suponer por sí mismo un riesgo para la seguridad jurídica del Estado, a lo que debe contribuir el Tribunal Constitucional encontrando un equilibrio entre la aplicación de los valores constitucionales y la aplicación literal de la ley elaborada por el legislador, con el fin de evitar caer en una interpretación subjetiva de la ley.

De esa manera se observa que los principios abstractos son aplicables en la medida que se convierten en un instrumento indispensable para resolver posibles inconstitucionalidades de la ley y que por su forma particular requieren de un ejercicio de interpretación constitucional. Por lo tanto, de ninguna forma se pueden distanciar – ni los principios ni su interpretación– de los valores que democráticamente se establecieron en la Constitución.

Por lo anterior, es claro que, a pesar de que los jueces de la jurisdicción ordinaria no se encuentran obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en

todos los casos que las partes consideren que su requerimiento es pertinente, todos los jueces son parte de la justicia constitucional debido a que antes de emitir sus autos o sentencias deben revisar la constitucionalidad de las normas que se aplican en el proceso que se encuentra bajo su jurisdicción.

En relación con las leyes preconstitucionales el Tribunal Constitucional se pronunció en la Sentencia 4/81 en la que facultó a los órganos jurisdiccionales ordinarios competentes para inaplicar dichas leyes en caso de considerar que estas habían quedado derogadas por la Constitución, y solo en caso de duda plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. De este modo se mantuvo vigente el principio de alternabilidad, aunque últimamente los órganos judiciales ordinarios, por regla general, se han limitado a inaplicar aquellas leyes preconstitucionales que consideraban derogadas sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión (Corzo: 1998, 343).

En los casos que procede la cuestión de inconstitucionalidad el juez que debe resolver el proceso judicial ejerce de forma exclusiva la legitimación para plantear la cuestión, es decir, las partes o el Ministerio Fiscal pueden solicitar que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, pero es competencia del juez que sustancia la causa decidir si procede o no su planteamiento ante el Tribunal Constitucional.

La cuestión de inconstitucionalidad se implementó en la Constitución de España como una acción jurisdiccional que garantiza la supremacía de la Constitución frente a la ley en casos concretos, lo que quiere decir que no es un recurso jurisdiccional conferido a los organismos judiciales para que lo utilicen con meros fines consultivos, situación que podría desencadenar retrasos en la resolución de los casos que avoca conocimiento el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, todos los organismos judiciales que administran justicia constitucional son intérpretes de la Constitución y deben aplicar la ley conforme a la Norma Fundamental, tal como indica el Tribunal Constitucional en la siguiente cita:

Puesto que la regla establecida al respecto en el artículo 5.3 de la LOPJ “no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la LOTC y ofrece únicamente a los

jueces y tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad” (STC 105/1988, FJ 1).

Finalmente, cabe mencionar que la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad tiene valor de cosa juzgada, por lo tanto, produce efectos generales a partir de la fecha de su publicación en el BOE.

3.3. Declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales

En el artículo 78 LOTC se dispone que la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales debe ser aplicada previo a la ratificación del respectivo tratado, siendo la acción requerida ante el Tribunal Constitucional por el gobierno o por cualquiera de las Cámaras de las Cortes Generales que son los únicos que se encuentran legitimados para ello. Esta declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales le permite al Tribunal Constitucional garantizar que no se produzcan contradicciones de carácter constitucional entre la ley y dichos tratados.

Como es de conocimiento general, el control de constitucionalidad se aplica sobre las normas que se encuentran vigentes con posterioridad a su publicación en el BOE. Sin embargo, aquí se ha dicho que la acción debe ser aplicada en un momento previo a la ratificación, lo que indica que la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales fue una nueva implementación que se estableció en el contenido de la LOTC al incorporar la cláusula de apertura a nuevas competencias de la jurisdicción constitucional¹¹⁷.

¹¹⁷ “Art. 161. 1. CE. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: d) de las demás materias que le atribuyan la constitución o las leyes orgánicas”.

3.4. Recurso previo de inconstitucionalidad

El recurso previo de inconstitucionalidad se implementó en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, del 3 de octubre, que fue reformada posteriormente mediante la expedición de la Ley Orgánica 4/1985 del 7 de junio, modificaciones con las cuales la aplicación del control previo de constitucionalidad se limitó a los tratados internacionales. Tiempo después, en el año 2015, la LOTC fue modificada una vez más, esta vez con ocasión a la adición de un nuevo título y un nuevo artículo (título VI bis y art. 79) con el cual se restablece el control previo sobre los proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma.

En principio, cabía plantear el recurso previo de inconstitucionalidad una vez que el Parlamento aprobaba una ley o de forma previa a la ratificación de los tratados internacionales. No obstante, el uso inapropiado de este recurso por parte de los grupos políticos del Parlamento generó retrasos en la sustanciación de los demás casos que debía resolver el Tribunal Constitucional, pues estos grupos utilizaron el recurso previo de inconstitucionalidad en varias ocasiones como un instrumento político que permitía dilatar la vigencia de la ley aprobada por el Parlamento, es decir, se utilizaba con un propósito contrario a los fines reales para los que había sido implementado: garantizar la supremacía de la Constitución (Carrillo: 2018, 640).

Fue debido a esta situación por la que el Tribunal Constitucional dictó mediante la Sentencia STC 66/1985¹¹⁸ su decisión de ratificar la constitucionalidad de suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad. Y entre sus motivaciones hizo referencia a

¹¹⁸ “2. El segundo motivo con el que se pretende argumentar la inconstitucionalidad del proyecto de ley es el de que, siendo “la existencia de un recurso previo con efectos suspensivos contra proyectos o proposiciones de leyes orgánicas una exigencia implícita de la necesaria garantía de constitucionalidad de las materias propias de las leyes orgánicas” su supresión es una “violación indirecta de la constitución”. La “exigencia implícita” de la que todo el argumento pende sería, a su vez, una implicación necesaria del mayor valor que la constitución atribuye a los derechos fundamentales. El punto de partida del razonamiento, el “mayor valor” de los derechos fundamentales resulta, sin duda, correcto, pero no así la deducción que a partir de él se construye. El lugar privilegiado que en la economía general de nuestra constitución ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran, está fuera de toda duda. De ello resulta no solo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad, tantas veces proclamada por este tribunal, de interpretar la ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido” (STC 66/1985).

la libertad del legislador para crear e incluso reformar la propia estructura del Tribunal Constitucional, así como de las leyes que se encontraran vigentes.

El 22 de septiembre de 2015, mediante la LO 12/2015, se reformó la LOTC y se reintrodujo el recurso previo de inconstitucionalidad para las reformas o los proyectos de estatutos de las comunidades autónomas que, en adelante, se encontrarían legitimados para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad e incluso plantear el recurso de inconstitucionalidad contra los Estatutos de Autonomía (art. 69.3 LOTC).

Ahora bien, aunque este recurso previo de inconstitucionalidad garantiza la constitucionalidad de los proyectos o las reformas de los estatutos de las comunidades autónomas, al igual que en la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales persiste cierta contradicción al aplicar el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas con fuerza de ley que aún no se encuentran vigentes. Y, por otro lado, resulta innegable la connotación política que tiene el recurso previo de inconstitucionalidad al resolver la constitucionalidad de la propuesta de reforma a los estatutos de las comunidades autónomas.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad incide de forma directa en la elaboración de los programas de gobierno de los Consejos Ejecutivos de las comunidades autónomas, sin embargo, no se debe confundir el objeto estrictamente jurisdiccional del recurso previo de inconstitucionalidad.

Y es que la aplicación del nuevo recurso previo de inconstitucionalidad procede una vez que las Cortes Generales aprueban los Estatutos de Autonomía o sus modificaciones, es decir, antes de su aprobación final mediante referéndum; dado que los Estatutos de Autonomía, al igual que las demás leyes, se encuentran sujetos a la Constitución (art. 147 CE), y en ese sentido el Tribunal Constitucional debe aplicar el debido control de constitucionalidad. Corzo (1998, 58) aportó mayor claridad al respecto cuando señalaba:

[...] La primera tiene que ver con el objeto del examen de la constitucionalidad, pues no se trata de una ley, sino de un proyecto de ley, lo cual cambia,

radicalmente, el modo de ver las cosas. Una ley es una norma jurídica que ya encontramos en el mundo del derecho positivo; un proyecto, en cambio, es un texto al cual todavía le quedan algunas etapas legislativas por concluir.

Por lo expuesto, esta modificación se realizó con el objeto de evitar la colisión entre los principios de legitimidad constitucional y democracia, tal como aconteció de forma posterior a la aprobación del Estatuto de Cataluña en el año 2006 y la posterior sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de 14 artículos y la constitucionalidad condicionada de 27 artículos más (Pérez: 2019, 206).

De otra parte, hay que anotar que el procedimiento para plantear el recurso previo de inconstitucionalidad es similar al que establece la LOTC para sustanciar el recurso de inconstitucionalidad, con la marcada diferencia de que el plazo para la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad es de tres días a partir de la publicación del proyecto definitivo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Con esta interposición del recurso el efecto que se produce inmediatamente es la suspensión automática de todos los trámites que se deben seguir antes de que se declare vigente el proyecto de estatuto (Garrote de Marcos: 2016, 35).

El Tribunal Constitucional será el encargado de resolver en sentencia la constitucionalidad del proyecto de reformas o estatutos de la comunidad autónoma, y en caso de estimar que existen inconstitucionalidades deberá indicar el precepto constitucional infringido y los artículos declarados inconstitucionales. Eso significa que la sentencia del Tribunal tiene en este caso el valor de cosa juzgada y produce un efecto vinculante para todos los órganos del Estado. Una vez se realicen las modificaciones ordenadas por el Tribunal Constitucional la tramitación del proyecto de reforma o de los estatutos continuará su ejecución.

Asimismo, es importante anotar que tanto la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, el control previo de constitucionalidad contra proyectos y propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía, como también el control de constitucionalidad de la ley, son garantías jurisdiccionales de igual importancia, a pesar de que surgieron de dos tipos de control constitucional distintos: el control político y el control jurisdiccional.

Lo importante ahora es garantizar la supremacía de la Constitución, hecho que obliga hoy a repensar los instrumentos jurisdiccionales con los que cuentan los tribunales constitucionales para este fin, así como para evitar que se presenten contradicciones entre la aprobación de tratados internacionales y el Derecho interno. De acuerdo con Corzo (1998, 62) “[...] la contradicción entre los dos modelos de control de constitucionalidad –previo y posterior– no puede sostenerse y, por tanto, nadie debiera llamarse sorprendido cuando en Francia se ha intentado introducir, y estamos seguros que se regresará sobre ello, otro tipo de control posterior de constitucionalidad: la cuestión de inconstitucionalidad”.

Dicho esto, cada vez resulta más evidente que las clasificaciones clásicas de control de constitucionalidad y de los organismos jurisdiccionales son obsoletas frente a la posición eclética que vienen asumiendo los tribunales para garantizar la supremacía de la Constitución, pero, sobre todo, frente al equilibrio que debe existir entre el Derecho y la democracia. En general, el control previo de constitucionalidad evita la colisión de los principios sobre los que se forjó el modelo de Estado constitucional, configurándose así en la garantía de que los órganos del Estado se limiten a ejercer las competencias que establece la Constitución.

Hay que comprender que Derecho y democracia son dos caras de la misma moneda, pues el orden social es constituido por la voluntad soberana. En ese sentido, la actuación de los organismos jurisdiccionales no puede exceder las atribuciones que les confiere la Constitución y, en esa línea, los poderes del Estado deben acatar las sentencias de los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional y ordinaria. En definitiva, la democracia constitucional se basa en el respeto a la independencia de las instituciones del Estado y el cumplimiento de sus disposiciones.

3.5. Recurso de amparo. La autocuestión de inconstitucionalidad

La acción de amparo se implementó por primera vez en el año 1917 en el ordenamiento jurídico mexicano, posteriormente fue adoptada en varios países de América Latina e introducida en la Constitución de España de 1931. En el caso concreto de España, dada la corta vigencia que tuvo la Norma Fundamental de 1931,

la aplicación de la acción de amparo en la práctica fue nula (Galeotti & Rossi: 1979, 137).

El recurso de amparo se concibió como una acción que garantizaba el interés subjetivo de las partes que buscan la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, “porque el elemento subjetivo es consustancial e insustituible en todo recurso de amparo, el cual, como proceso, se encuentra en el otro extremo de la “abstracta y abstrusa” justicia de normas sobre normas” (Cruz Villalón: 2006, 469). De modo que el recurso constituye un auténtico instrumento de defensa de los derechos y las libertades que hoy reconocen los artículos del 14 al 29 y el 30.2 CE.

Se encuentran legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 162.1. b CE), es decir, el recurso de amparo responde a “una lógica con base en la objetivación de la pretensión de la demanda” (Serra: 2014, 379). Sin embargo, antes de plantear la acción de amparo las partes procesales, o la persona que comparezca dentro del proceso invocando interés legítimo, deberán agotar todos los recursos en la vía ordinaria antes de acudir al Tribunal Constitucional.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal puede acudir ante el Tribunal Constitucional solo en defensa de los derechos de los ciudadanos, pero nunca en defensa de la legalidad constitucional¹¹⁹. Así se establece la acción de amparo en el artículo 53.2 CE, como un recurso excepcional. Es preciso recordar que “el constituyente concibió el recurso de amparo como una garantía adicional y última de los derechos fundamentales que puede activarse solo cuando todas las demás no han funcionado adecuadamente” (Garrote de Marcos: 2016, 75).

El recurso de amparo tiene como objeto principal la tutela efectiva de los derechos fundamentales¹²⁰ ante las vulneraciones que se producen por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o actuaciones de los poderes públicos del Estado o de las comunidades autónomas; por lo que es un recurso que procede contra decisiones

¹¹⁹ Art. 124 de la CE y art. 46 de la LOTC.

¹²⁰ Art. 24 de la CE

parlamentarias, decisiones gubernativas y administrativas, y contra decisiones judiciales.

De cierta forma, el recurso de amparo facilita la “necesaria vinculación de la jurisdicción ordinaria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Aragón Reyes: 2013, 429). Además, esta acción procede de forma inmediata en el supuesto caso de que un organismo judicial aplique una ley declarada inconstitucional, es decir, cuando el órgano jurisdiccional se separa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; aunque, por regla general estas situaciones no se presentan debido a que los órganos judiciales no aplican leyes declaradas inconstitucionales.

En la Constitución española se concibe al recurso de amparo como una acción especial y subsidiaria, por lo tanto, no es una segunda instancia jurisdiccional, sino todo lo contrario, es un recurso extraordinario que a solicitud de las partes se plantea en los casos en los que las Cortes ordinarias no han tutelado de forma debida los derechos fundamentales. No obstante, en los primeros años de vigencia de la actual carta política española el recurso de amparo se utilizó como un instrumento de revisión de las sentencias de los jueces ordinarios (Serra: 2014, 379).

Se trata de un recurso extraordinario, especial y subsidiario que ha permitido al tribunal fijar una rica doctrina sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Su éxito –que se refleja en los más de 11 000 demandas que tuvieron entrada en el TC en 2006–, paradójicamente, estuvo a punto de llevar al colapso al tribunal (Pérez: 2019, 205).

Con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se dio mediante la Ley Orgánica 6/2007 del 25 de mayo, la cual entró en vigor el 26 de mayo de 2007, se modificaron los requisitos previstos en el artículo 161.1 b) CE para la admisión del recurso con relación a los supuestos de “violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta constitución, en los supuestos y formas que la ley establezca”. La reforma de la LOTC del 2007 les confirió mayores atribuciones a los tribunales ordinarios para garantizar la protección de los derechos fundamentales mediante la vía del incidente de nulidad de actuaciones, lo que, consecuentemente, hizo que la jurisdicción ordinaria recobrara un mayor

protagonismo en la garantía de los derechos fundamentales, dado que la mayoría de los casos agotaban su trámite en esta vía.

De ese modo, el Tribunal Constitucional redujo su carga procesal de forma notable a partir del año en que la reforma entró en vigor y, a tal efecto, el recurso de amparo empezó a ser considerado una acción de carácter subsidiario o residual (SSTC 153/2012)¹²¹. Con estas acciones y cambios se evitó el colapso del tribunal debido al exceso de la carga procesal¹²² que ya era evidente a inicios del siglo XXI, pues ya el Tribunal Constitucional había señalado en la Sentencia STC 105/2001 la obligación de agotar todos los recursos en la vía judicial ordinaria antes de plantear el recurso de amparo, lo que incluye la obligación de las partes de presentar el incidente de nulidad antes de acudir al recurso del amparo constitucional.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional se refirió a la obligación expresa de justificar la especial trascendencia constitucional, pues en caso contrario declarará la inadmisión del recurso de amparo. Este requisito se estableció más tarde en las modificaciones de la LOTC¹²³ para admitir el recurso de amparo como se sigue:

Debemos comenzar señalando que conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, el recurso de amparo no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple –además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC– la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 *in fine* LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial

¹²¹ “[...] El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales” (STC 153/2012).

¹²² “Y ese problema (dejando al margen otros menores, que la reforma por vez primera generalizada, de la LOTC pretende también resolver) tiene una doble dimensión: acumulación de asuntos y consiguiente retraso en resolver. Las sentencias de amparo, salvo supuestos excepcionales que por su naturaleza (recursos electorales) o su especial objeto y trascendencia exigen una pronta respuesta, vienen dictándose entre los tres y cinco años después de haberse presentado la demanda. Un retraso así, que en abstracto quizás no cabría considerarlo excesivo, sí lo es teniendo en cuenta la función que en nuestro sistema constitucional el amparo venía desempeñando. Pero lo más grave es el retraso en los asuntos de Pleno, donde las sentencias tardan en producirse, por lo general, entre los cinco y nueve años (en algunos casos la demora ha llegado a los diez)” (Aragón Reyes: 2013, 406).

¹²³ “Art. 49.1. LOTC. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

trascendencia constitucional del recurso (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 1). En el mismo sentido, en la STC 155/2009, de 25 de junio, FT 2, dictada por el Pleno de este tribunal, se insistió en que el recurrente “ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (STC 69/2011).

La reforma de la LOTC que se llevó a cabo en el año 2007 facultó al Tribunal Constitucional a inadmitir el recurso de amparo en los casos que este considere que no son relevantes a nivel constitucional, o por estimar que se trata de cuestiones procesales que son de carácter subjetivo y que no contribuyen al desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

El hecho de que el accionante deba justificar la especial trascendencia del caso en la demanda de amparo produce efectos similares al *certiorari* que aplica la Corte Suprema de los Estados Unidos, en consecuencia, los magistrados del Tribunal Constitucional admiten el recurso de amparo de modo discrecional y evalúan la importancia del caso enfocados en la defensa de los derechos fundamentales y el impacto que su resolución podría generar en la sociedad.

Entre las reformas a las que dio lugar la Ley Orgánica de 2007 constan las modificaciones a los artículos 4, 10 y 40.2 de la LOTC. La doctrina que emite el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales vincula a todos los poderes públicos, de tal forma, todas las resoluciones que emite el Tribunal producen un efecto vinculante, es decir, no se agotan en las sentencias y los autos que ponen fin a la cuestión de inconstitucionalidad y a los recursos de inconstitucionalidad.

Sin embargo, muchos años atrás el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado a través de sendas sentencias acerca de la obligación de los poderes públicos de subordinarse a todos los autos y sentencias que se emitan en los procesos constitucionales. De modo que “esta modificación no es innovadora, puesto que solo viene a incluir en la LOTC lo que ya había reconocido, desde 1985 en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ordenar que todos los jueces y tribunales hayan de

aplicar, necesariamente, la doctrina del tribunal contenida en las resoluciones dictadas por este en “todo tipo de procesos”” (Aragón Reyes: 2013, 408).

Una de las modificaciones más importantes que se introdujo fue la reforma del artículo 44.1.b LOTC, la cual establece que el recurso de amparo cabe de forma inmediata y directa en los casos en los que se presume la violación de un derecho fundamental derivado de una acción u omisión por parte del órgano judicial, independientemente de los hechos en los que se funda el proceso. Por consiguiente, en esta situación no es necesario que el hecho que da origen al recurso de amparo sea de trascendental relevancia constitucional, dado que la violación del derecho fundamental se produce a partir de un auto o sentencia que emite un organismo judicial (Galeotti y Rossi: 1979, 135).

En cuanto a la reforma del artículo 50 de la LOTC, esta establece que las providencias de inadmisión no requieren estar motivadas, solo es necesario precisar el requisito incumplido, y en ese mismo sentido lo señala la tercera disposición transitoria de la LOTC. Aunado a lo anterior, en el texto del mismo artículo 50 LOTC se determinan cuáles son los requisitos que se deben cumplir para declarar la admisión del recurso de amparo, pues antes de la reforma era necesario que el mismo Tribunal Constitucional estableciera las causas que motivaron declarar la inadmisión del recurso.

Este recurso podrá ser otorgado o denegado en sentencia por el Tribunal Constitucional y, en caso de ser otorgado, la sentencia que conceda el recurso de amparo contendrá al menos uno de los siguientes elementos: la declaración de nulidad del acto o la resolución impugnada, el reconocimiento del derecho o de la libertad vulnerado, y la disposición de medidas que restablezcan el derecho fundamental vulnerado o garanticen su protección (art. 55 LOTC).

La incorporación de las reformas para admitir el recurso de amparo evita el uso indiscriminado de esta garantía, situación que permite mejorar la celeridad con la que el Tribunal Constitucional resuelve los procesos constitucionales en general.

Por otro lado, en los artículos 55.2 y 75. quinquies 6 LOTC se concibió a la autocuestión de inconstitucionalidad. Este es un procedimiento que aplica el propio Tribunal Constitucional al sustanciar un recurso de amparo cuando a juicio de la sala o de la sección la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. La principal característica de la autocuestión de inconstitucionalidad es que surte efectos suspensivos sobre el recurso de amparo.

De igual forma, procede plantear la autocuestión de inconstitucionalidad en aquellos casos relativos a conflictos que surgen en un marco de defensa de la autonomía local y en caso de que el Tribunal Constitucional presuma la inconstitucionalidad de la ley o del estatuto (Rivadeneira: 2014, 106). De esta forma, el Tribunal Constitucional consolidó su posición como un órgano responsable del control de constitucionalidad de la ley y la resolución de los conflictos territoriales, abandonando la posición que asumió al principio y durante varios años como un “tribunal de amparo”.

En definitiva, la autocuestión de inconstitucionalidad garantiza la defensa de la Constitución, incluso en los procesos de amparo, pues en los casos procedentes el Tribunal Constitucional debe resolver lo atinente al derecho objetivo a través de la autocuestión. No obstante, el recurso de amparo, como es lo propio, privilegia la protección de los derechos fundamentales de las partes ante la aparente violación de un derecho fundamental.

3.6. Conflictos constitucionales

Los conflictos constitucionales se producen cuando existen desacuerdos entre los órganos del Estado, las comunidades autónomas o entre sí, para ejercer las competencias que les confiere la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias¹²⁴. En el título IV de la LOTC se establecen los tipos de conflictos de competencias que pueden darse y el procedimiento que se debe seguir para su sustanciación.

¹²⁴ Art. 161.1 .c). de la CE.

Con el fin de garantizar el orden constitucional, el artículo 153 CE les confiere a los órganos del Estado el control de las competencias de las comunidades autónomas. De tal modo, el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad sobre las disposiciones normativas con fuerza de ley que emitan los distintos órganos administrativos de las comunidades autónomas.

Por otro lado, el Gobierno Central, previo dictamen del Consejo de Estado, controla el ejercicio de las funciones delegadas; la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo controla las normas reglamentarias que emite la comunidad autónoma para su administración; y el Tribunal de Cuentas ejerce el control sobre las disposiciones que están orientadas a la administración económica y presupuestaria. Así, la Norma Fundamental española establece un sistema de control sobre las competencias de las comunidades autónomas que permite garantizar la unidad territorial, como también la independencia administrativa y financiera.

Ello es importante, dado que en España el territorio se administra de forma descentralizada, por lo que, además, concebir una acción para resolver los conflictos constitucionales en vía jurisdiccional evita que las decisiones al nivel de la administración de competencias conferidas por la Constitución y la ley se resuelvan de forma arbitraria por parte del Gobierno Central. Dicho de otro modo, la Constitución garantiza el respeto por el principio constitucional de autonomía, al evitar la politización de los conflictos de competencias en favor de hallar la solución a las controversias competenciales a través de su judicialización (García de Enterría: 2014, 91).

Cabe mencionar que estos conflictos, entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí, pueden ser de diferentes tipos: de carácter positivo o negativo. Estos se interponen contra las resoluciones y los actos de los órganos del Estado o de los órganos de las comunidades autónomas, por lo que es importante explicarlos a continuación.

3.6.1. Conflictos positivos de competencia

El conflicto positivo de competencia procede contra actos de una comunidad autónoma o del Estado, y se suscitan cuando a juicio de uno de los requirentes un acto o una resolución contraviene las competencias que la Constitución le confirió a través de leyes orgánicas o los Estatutos Autonómicos. Estos se encuentran legitimados para plantear ante el Tribunal Constitucional el conflicto positivo de competencias, ya sea por parte del gobierno o de las comunidades autónomas, a través del órgano ejecutivo.

Previo a plantear el conflicto positivo de competencia el gobierno podrá requerir ante el órgano ejecutivo de la comunidad autónoma que cumpla con las atribuciones dispuestas por la Constitución o la ley, o que acuda de forma directa ante el Tribunal Constitucional en un plazo de 2 meses (art. 62 LOTC).

La impugnación ante el tribunal de las disposiciones y las resoluciones de las comunidades autónomas produce efectos suspensivos sobre la norma o el estatuto en cuestión mientras se ratifica o levanta la medida, decisión que es de competencia del Tribunal Constitucional que en un plazo no superior a los 5 meses deberá decidir si ratifica la norma o levanta la medida (art. 161.2 CE).

Si, por el contrario, el conflicto de competencias es propuesto por una comunidad autónoma, el requerimiento previo que consta en el artículo 63 LOTC se convierte en un requisito obligatorio que debe cumplimentarse antes de presentar la acción ante el Tribunal Constitucional. Esta disposición normativa busca propiciar el diálogo entre el Estado y las comunidades autónomas para evitar la presentación formal de la demanda de conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional.

A pesar de lo señalado en estos párrafos, desde que al Tribunal Constitucional se le atribuyó la potestad de sustanciar los conflictos de competencias solo se ha presentado un caso que fue resuelto mediante sentencia. Ello se debe a que, por lo general, los requerimientos que el gobierno central traslada a la comunidad autónoma para que esta cumpla con las competencias que le atribuye la ley o el Estatuto son resueltas en la fase previa a la presentación de la acción. Teniendo en cuenta este

escenario el Tribunal Constitucional, en Sentencia 45/1986, estableció las diferencias entre un *conflicto de atribuciones*, y un *conflicto de competencias*:

El conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso [...] que tiene por principal objeto la vindicación de competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional” (Fundamento Jurídico 1). “A diferencia de los conflictos interterritoriales, en los que este tribunal ha admitido supuestos de lesión por simple menoscabo –no por invasión– de competencias ajenas (Sentencia 11/1984 del 2 de febrero), en los conflictos entre órganos constitucionales el legislador no ha admitido otro supuesto que el de la estricta usurpación de atribuciones.

3.6.2. Conflictos negativos de competencia

Los conflictos negativos de competencia se suscitan cuando el gobierno central o la comunidad autónoma declina mediante resolución el ejercicio de una de sus competencias en favor de otro órgano de administración. Es un conflicto que puede ser planteado por el gobierno frente al órgano ejecutivo de la comunidad autónoma y las personas físicas o jurídicas, pero solo una vez que se haya agotado el trámite ante las entidades correspondientes (art. 68 LOTC).

En el artículo 69.1 LOTC se establece como requisito para admitir el conflicto de competencias la existencia de una doble interpretación del precepto constitucional que delimita la competencia del Estado y de la comunidad autónoma de la siguiente forma: “Entiendiere que la negativa de las Administraciones implicadas se basa precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los Estatutos de Autonomía o de leyes orgánicas u ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las comunidades autónomas” (Sospedra: 2011, 383). Lo citado quiere decir que el Tribunal Constitucional admite a trámite el conflicto de competencias en los casos que exista una interpretación ambigua de un principio constitucional por parte del Estado o de la comunidad autónoma.

El gobierno central o las personas físicas o jurídicas proceden a plantear el conflicto negativo al considerar que el órgano ejecutivo de la comunidad autónoma se niega a ejercer sus atribuciones, negativa del órgano autonómico que puede ser expresa o tácita. Una vez se plantea el conflicto negativo el Consejo Ejecutivo de la Comunidad Autónoma dispone de un plazo de 1 mes para asumir la competencia transferida por el gobierno.

En los casos en los que el gobierno central plantee ante el Tribunal Constitucional el conflicto negativo deberá indicar los preceptos constitucionales o las normas jurídicas que establecen la obligación de la comunidad autónoma de asumir la competencia. Por su parte, la comunidad autónoma dispondrá de un plazo de 1 mes a partir de la notificación del conflicto negativo de competencia para formular sus alegaciones. Y el Tribunal Constitucional en el plazo de 1 mes emitirá la respectiva sentencia declarando como procedente el requerimiento, o bien su improcedencia. En caso de declarar procedente el conflicto negativo el Tribunal establecerá un plazo para que la comunidad autónoma asuma la atribución competencial correspondiente (art. 72 LOTC).

3.6.3. Conflictos entre órganos constitucionales

Los conflictos que surgen entre los órganos constitucionales enfrentan a los órganos del Estado entre sí¹²⁵, y se presentan cuando uno de los órganos del Estado considera que las competencias conferidas por la Constitución o las leyes orgánicas fueron asumidas por otro órgano (art. 73 LOTC), teniendo el primero un plazo de 1 mes a partir del conocimiento del acto controvertido para poder plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional.

Asimismo, el órgano que considere afectado el ejercicio de sus competencias dispone del plazo de 1 mes para solicitar a su par la revocación de la resolución o la acción que provocó la aparente intromisión, y si en el plazo de un mes no se da la

¹²⁵ Son órganos constitucionales: el gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial.

rectificación del acto cuestionado el órgano requirente podrá plantear ante el Tribunal Constitucional el conflicto de competencias.

La acción debe especificar los preceptos que se consideran vulnerados y el órgano requerido formulará las alegaciones pertinentes. Luego, en sentencia, el Tribunal Constitucional determinará a qué órgano le corresponde la competencia objeto de conflicto, y, según el caso, se declararán nulas las actuaciones improcedentes del órgano a las que de manera errónea se les atribuyeron competencias (art. 75 LOTC).

3.6.4. Conflictos en defensa de la autonomía local

La Ley Orgánica 7/1999 le atribuyó al Tribunal Constitucional la competencia para conocer los conflictos en defensa de la autonomía local, potestad que no se contempla de forma expresa en la Constitución, pero que se confirió a la luz del artículo 161.1 d) CE. Por otro lado, el artículo 75 ter. 1 LOTC señala que se encuentran legitimados para interponer conflicto en defensa de la autonomía local los siguientes actores:

- a) El municipio o la provincia que sea destinatario único de la ley.
- b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y que representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.
- c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

El conflicto en defensa de la autonomía local procede contra la ley y contra las normas de las comunidades autónomas que lesionen la autonomía local garantizada por el texto constitucional. Partiendo de esta idea cabe anotar lo dicho por Sospedra (2011, 398) en relación con la naturaleza jurídica de los conflictos que surgen en defensa de la autonomía local:

[Respecto a lo cual] debe subrayarse que el proceso sobre conflictos en defensa de la autonomía local se aparta de la naturaleza jurídica de los procesos previstos en el artículo 59 de la LOTC, puesto que no comparte su naturaleza conflictual, ya que el Tribunal Constitucional cumple una función de control de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley estatal o autonómica fundada en un motivo de impugnación específico como es el de lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

En caso de que el Tribunal Constitucional declare en sentencia la vulneración de la autonomía local deberá resolver de manera separada la inconstitucionalidad de la ley a través de la autocuestión de inconstitucionalidad, tal como establece el artículo 75 quinquies 6 LOTC como sigue:

La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes.

La Ley Orgánica 1/2010 incorporó un proceso constitucional que permite resolver los conflictos constitucionales en defensa de la autonomía local de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra las normas del Estado con rango de ley. En este tipo de conflictos se encuentran legitimados para actuar las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Con respecto al trámite por seguir, este es el mismo que establece la LOTC para los conflictos positivos de competencias que son interpuestos por una comunidad autónoma.

Mediante sentencia el Tribunal Constitucional deberá señalar el titular de la competencia en controversia, determinar si existió vulneración de la autonomía local y, de ser necesarias, las medidas para subsanar la lesión de la autonomía (art. 75 quinquies. 5 LOTC).

CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA

1. Generalidades

La evolución del control constitucional en los países de la región Andina inició a finales de 1979 y se extiende hasta principios del siglo XXI. Al igual que en España, los países de Suramérica, a través de la redacción de nuevas cartas fundamentales, buscaron mejorar a nivel formal y material las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

La redacción de nuevas Constituciones en Colombia, Ecuador y Bolivia significó importantes avances hacia la consolidación del Estado de Derecho en los países de la región. No obstante, durante la década de los 90, debido a la fragilidad institucional que imperaba en los países de la región Andina y a la falta de consensos que permitan generar gobernabilidad, se produjo el segundo auge de procesos constituyentes¹²⁶.

La imperante necesidad de consolidar regímenes democráticos de gobierno, afianzar la institucionalidad del Estado y proteger los derechos fundamentales en los países de la región Andina promovió la implementación de órganos especializados en aplicar el control de constitucionalidad de la ley. Dicho esto, los procesos constituyentes que tuvieron lugar en Colombia, Bolivia y Ecuador durante la década de los 90 permitieron la construcción de democracias constitucionales garantistas de derechos, así como la introducción de elementos de los modelos de control constitucional americano y europeo en la jurisdicción constitucional.

¹²⁶ “Desde 1978 América Latina ha vivido un verdadero frenesí constituyente: en las últimas tres décadas casi todos los países del área han reformado de manera importante o reescrito sus Constituciones [...]. La región Andina ha sido protagonista de primera línea en esta fase de cambio constitucional: Colombia en 1991; Perú en 1993; Venezuela en 1999; Ecuador en dos ocasiones (1998 y 2008); y Bolivia en 2009” (Bejarano & Segura: 2013, 21).

Finalmente, a inicios del siglo XXI, durante una tercera etapa constituyente, Ecuador y Bolivia proclamaron de forma respectiva en sus constituciones preceptos propios de los pueblos y nacionalidades andinas, hecho que representó la reivindicación de los derechos sociales de los grupos poblacionales invisibilizados por las cartas constitucionales anteriores (Bejarano & Segura: 2013, 25), así como el reconocimiento de derechos que se inspiraron en una visión propia del Derecho andino, a través de la concepción de una nueva perspectiva de la identidad nacional y la proclamación del pluralismo cultural en todas sus formas (Gaviria et al.: 2012, 61). Dicho de otro modo, surgió un modelo de Estado constitucional que se construyó a partir del reconocimiento de las diferencias y la diversidad cultural.

En esta misma línea, a partir de los nuevos textos constitucionales, en la región Andina se promovió la construcción de sociedades plurales¹²⁷, elemento esencial del nuevo constitucionalismo emergente. Así, los tribunales constitucionales cumplen un papel fundamental para preservar el equilibrio entre los poderes del Estado y la defensa de los derechos constitucionales a través del control de la ley y su interpretación conforme a la Constitución.

A pesar de que existen diferencias dogmáticas y orgánicas entre las constituciones de los países de la región Andina, también hay elementos en común que permiten elaborar un estudio comparativo acerca de la jurisdicción constitucional. Colombia, Ecuador y Bolivia implementaron un organismo especializado, responsable de la jurisdicción constitucional, con atribuciones suficientes para delinear los márgenes de relación entre los poderes del Estado y la sujeción a la Constitución y la ley.

Asimismo, las cortes constitucionales en los países andinos cumplen un papel importante en la materialización de los derechos sociales, dadas las situaciones de desigualdad que predominan en la región. No obstante, su posición de *veto players*

¹²⁷ “En ese sentido, mediante el concepto de pluralismo jurídico se abarca una serie amplia y disímil de fenómenos sociales de control y regulación social, entre los que se destacan aquellos que se dan al interior de las comunidades tradicionales, en las nuevas comunidades excluidas o marginadas, e incluso, como resultado de los procesos de globalización del capital que se han desarrollado en el mundo entero en los últimos 30 años” (Gaviria et al.: 2012, 199).

(Sotomayor: 2019, 7) se convierte en un tema a discutir, en cuanto que esta se refiere a la legitimidad democrática y a los métodos de selección de sus miembros. Por tanto, es indispensable una jurisdicción constitucional independiente, a fin de legitimar las decisiones que resuelven casos relacionados con la materialización de los derechos sociales, dado el impacto de estas sentencias en las políticas de los Estados y las decisiones de los gobiernos. De ahí la importancia del equilibrio entre democracia y Derecho, y la sujeción de los poderes del Estado a los fallos que dicte la Corte Constitucional.

Las cortes constitucionales de la región Andina, al igual que los tribunales constitucionales europeos o la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, poseen amplias atribuciones para garantizar que las actuaciones de los poderes del Estado no excedan las atribuciones que la Constitución les confirió. En definitiva, los tribunales constitucionales ejecutan el control tanto de las actuaciones de los poderes del Estado como de la constitucionalidad de la ley y las normas con fuerza de ley. En el presente capítulo se abordan las competencias de los tribunales constitucionales andinos para efectuar el control de la ley y el cumplimiento de las sentencias en materia constitucional.

2. Jurisdicción constitucional en Colombia

En 1991, debido a la crítica situación política y social, Colombia vislumbró en la proclamación de una nueva Carta Fundamental el camino hacia la paz social. Los constituyentes colombianos consideraron que la democracia constitucional era el modelo de Estado ideal para garantizar la separación de poderes, al conferir a un órgano especializado la guarda de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales¹²⁸.

La Constitución Política de Colombia establece límites rígidos sobre las competencias de la Corte Constitucional, una muestra de ello se encuentra en que la

¹²⁸ “La Constitución colombiana de 1991 se dictó a instancias de la opinión de los más diversos sectores en Colombia que venían pidiendo, insistentemente, una reforma constitucional. [...] Sin embargo no cesó la solicitud de que se reformara la Constitución, a tal punto que se produjo un movimiento conocido en Colombia como el Movimiento de la Séptima Papeleta” (Gaviria et al.: 2012, 29).

Constitución no determina cuál es su máximo intérprete; por el contrario, distribuye las facultades interpretativas entre los distintos órganos del poder Judicial.

De tal modo, la Constitución concibió a la Corte Constitucional como un organismo que forma parte de la rama judicial¹²⁹. El control de constitucionalidad no es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, pero sí lo es la facultad de expulsar las leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la Constitución atribuyó a los jueces de la jurisdicción ordinaria la potestad para efectuar el control concreto de constitucionalidad de la ley, y al Consejo de Estado la atribución de conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (Pulido Ortiz: 2018a, 136).

A la luz de lo anterior, la jurisdicción constitucional colombiana surgió a partir de la necesidad de implementar un organismo que garantizara los derechos fundamentales de los colombianos frente a las actuaciones del Estado, y la aplicación de leyes de conformidad con la Constitución. “La función jurisdiccional de la Corte Constitucional recae directamente en una materia política. Debido a esto, ‘la jurisdicción constitucional es una jurisdicción que recae sobre una materia política, que bien puede llevar a una juridificación o constitucionalización de la política’” (Nieto Deaza: 2008, 28).

2.1. Antecedentes históricos

Quizá Colombia representa la excepción a muchos de los acontecimientos que ensombrecieron la historia constitucional y democrática de los pueblos andinos, pues, a pesar de la violencia extrema que sufrió la sociedad colombiana durante las décadas de enfrentamientos y conflicto interno que ha vivido el país, la democracia no se ha visto interrumpida durante más de 65 años. Los dos únicos antecedentes que se encuentran en esa línea son el gobierno del general Rafael Reyes Prieto que estuvo en el cargo presidencial por más de cuatro años, desde 1904 hasta 1909; y la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla en los años de 1953 a 1957, quien por primera vez

¹²⁹ La rama judicial está conformada por cuatro jurisdicciones: la ordinaria, la contencioso-administrativa, la disciplinaria y la constitucional (art. 234 CC y ss.).

intentó reformar sin éxito la jurisdicción constitucional radicada en el Tribunal Supremo de Justicia (Cajas Sierra: 2016, 275).

Desde la fundación de la República de Colombia la forma de gobierno que se adoptó ha sido el presidencialismo, correspondiéndole al Congreso de la República el control político de la Constitución. La Carta Política nacional de 1886 tuvo una larga vigencia, a pesar de haber sido sometida a varias reformas constitucionales que fueron reemplazadas en 1991 por la Constitución actual. Es preciso destacar que en la Constitución de 1991 los derechos fueron reconocidos como la base del sistema jurídico colombiano, sin embargo, al igual que las demás constituciones de la época esta se encontraba desprovista de garantías propias para hacer exigibles tales derechos.

La importancia de haber definido que los derechos fundamentales contemplados en la carta son normas jurídicas de aplicación inmediata se advierte al observar la Constitución de 1886. En ella, el título III consagraba los derechos civiles y las garantías sociales de las personas. Sin embargo, en esa época imperaba el concepto de que los derechos constitucionales solamente regían en la medida en que lo regulara la ley, de tal manera que, por ejemplo, no se concebía que los jueces pudieran aplicar directamente la constitución. Por esta razón, se consideró necesario que la misma constitución ordenara, tal como lo hizo en su artículo 52, que las disposiciones del título III fueran incluidas en el Código Civil, como título preliminar (Jaramillo: 2007, 73).

Entre las reformas constitucionales más importantes que se le hicieron a la Carta Política nacional de Colombia se encuentra la realizada en el año 1910, vigencia en la que se estableció por primera vez la potestad del Tribunal Constitucional para aplicar el control sobre las leyes inconstitucionales, mediante acción popular (Jaramillo: 2007, 71). Sin embargo, la jurisdicción constitucional era limitada y, si bien los magistrados del Tribunal Constitucional contaban con la potestad de declarar inaplicable una norma por ser inconstitucional, no podían expulsarla del ordenamiento jurídico. Dicho esto, en Colombia, al igual que en los demás países de la región, no existía la intención de transferir la competencia del control constitucional a un órgano jurisdiccional especializado.

Merece igualmente que se destaque en el caso de Colombia que, a pesar del complejo conflicto armado interno en el que se ha visto inmerso el pueblo colombiano desde 1940, el Estado de Colombia mantiene el orden constitucional más estable de toda la región, a la vez esa estabilidad constitucional se configura en el elemento que contribuye a la sólida construcción de la institucionalidad estatal. Sin embargo, el territorio colombiano no es ajeno a los problemas que afectan la calidad de la democracia en la región, en él también aquejan a la sociedad las desigualdades sociales y la pobreza que se recrudecen debido a la falta de recursos financieros y administrativos. En consecuencia, la materialización de los derechos sociales resulta una tarea extremadamente compleja para los gobiernos.

A lo largo de la historia, los grandes cambios que se han dado a nivel social y constitucional tuvieron lugar en momentos de crisis, situaciones que obligan a establecer una agenda de trabajo basada en consensos con el fin de reinstalar la paz social dentro del Estado. Esta es una situación que se repite de forma reiterada a lo largo de la historia moderna: ya se había presentado en la Revolución inglesa de 1688, la Revolución americana de 1776, la Revolución francesa de 1789 y las guerras independentistas que se gestaron en los territorios de América del Sur entre los años 1822 y 1824.

A finales de los años 80, los colombianos exigían cambios a nivel constitucional, lo que derivó en un proceso de reformas constitucionales que de forma inesperada desembocó en la redacción de un nuevo texto constitucional en el año 1991. La vigente Constitución de 1991 tuvo su origen en la protesta social que fue presidida por el movimiento de estudiantes universitarios junto con diferentes sectores sociales. Colombia se encontraba en un momento de su historia en el que la crisis económica y los altos y crecientes niveles de desigualdad, violencia, corrupción y narcotráfico se tornaban insostenibles, situación que se agravaba por la acción de los grupos armados que habían corroído la estructura política y social del Estado; todo lo cual hizo surgir el imperativo de elaborar una nueva Constitución por la paz (Gaviria et al.: 2012, 30).

La Constitución vigente es considerada de corte neoliberal debido al amplio margen que brinda para el ejercicio de los derechos individuales, en contraste con las mínimas atribuciones reguladoras del Estado. De esta forma se estableció un nuevo

sistema de justicia constitucional que está a cargo de un tribunal especializado que cuenta con amplias competencias que serán desarrolladas a través de su jurisprudencia¹³⁰. A la luz de la nueva Constitución, la Corte Constitucional de Colombia se convertirá a la larga en el faro que guíe el desarrollo de la justicia constitucional en la región. El éxito del Tribunal Constitucional colombiano radica en su robusta institucionalidad, así como en la independencia de la que goza frente a los demás poderes del Estado.

En Colombia, desde hace décadas, el Poder Judicial ha demostrado un grado considerable de independencia frente a los demás poderes, característica que se ha reafirmado durante la vigencia de la Constitución de 1991. La mejor prueba de ello la han dado las corporaciones judiciales encargadas de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la Corte Suprema de Justicia, hasta 1991, y la Corte Constitucional, desde 1991 en adelante (Jaramillo: 2007, 81).

El Tribunal Constitucional de Colombia dicta sentencias obligatorias y vinculantes para todos los miembros del Estado, además, garantiza la aplicación de varios principios constitucionales que no se encontraban escritos de forma literal en la Constitución, pero que se hallaban implícitos en su contenido¹³¹. De manera específica la materialización de los derechos económicos y sociales fue posible en Colombia a partir de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, para lo cual tuvo que emplear las diferentes categorías de interpretación del Derecho, así la Corte Constitucional colombiana afianzó su papel de guardiana de la Constitución ante las repetidas omisiones legislativas que se presentaban como una barrera infranqueable para el desarrollo del Derecho constitucional.

En la actualidad, la Corte Constitucional tiene la potestad de aplicar el control concentrado sobre la ley y las normas que tengan fuerza de ley, no obstante, los demás

¹³⁰ Durante los años 90 la Corte Constitucional de Colombia dictó varias sentencias emblemáticas que sirvieron para el desarrollo de políticas de Estado tendientes a garantizar los derechos sociales. Entre estas sentencias destaca la sentencia que despenalizó el consumo de la dosis mínima de droga en Colombia, la que despenaliza el homicidio piadoso consentido (eutanasia), o varias sentencias en torno a la doctrina del mínimo vital (Gaviria et al.: 2012, 33-34).

¹³¹ “Art. 240 CC: ...se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución”.

jueces también tienen entre sus competencias colaborar en el control constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad¹³² y de la acción de amparo.

Aunado a ello, los jueces de instancia poseen entre sus atribuciones la sustanciación del recurso de excepción de constitucionalidad de tal forma que pueden declarar la inaplicación de una norma para un caso en concreto¹³³. Se observa en ello que en Colombia existe una dualidad de sistemas (concentrado y difuso) que están vinculados entre sí y de manera obligatoria, a través del precedente vinculante que dicta en sus sentencias el Tribunal Constitucional.

Del caso de Colombia se puede concluir que el desarrollo de la justicia constitucional en el país ha sido posible a partir del control que realiza la Corte Constitucional ante la laxitud del Congreso Nacional en su labor legislativa, sumada a la carencia de políticas públicas que garanticen los derechos consagrados en la Constitución. Es así como las grandes transformaciones jurídicas, y en muchos casos también las sociales, se han producido a partir de las sentencias del máximo tribunal en materia constitucional.

2.2. Corte Constitucional de Colombia

La Constitución atribuyó a la Corte Constitucional la calidad de guardián de la Constitución¹³⁴; de este modo, la Corte es responsable de garantizar la aplicación de forma íntegra del contenido de la Constitución y la constitucionalidad de las actuaciones del poder público y la ciudadanía en general. De igual forma, a través de las garantías jurisdiccionales y la aplicación del control de constitucionalidad, se garantiza la protección de los derechos fundamentales. “Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación

¹³² “La cuestión de constitucionalidad consiste en dar la posibilidad a que el juez que tiene ante sí una ley de dudosa constitucionalidad bien sea a petición de parte o de oficio, pueda elevar al Tribunal Constitucional una pregunta, [esto es, una] “cuestión” sobre la validez de la norma legal que debe utilizar para dictar sentencia. En la “cuestión” el control de constitucionalidad se realiza con motivo y en el seno de un litigio o proceso ordinario...” (Gaviria et al.: 2012, 47).

¹³³ “Esta situación contrasta con lo ocurrido luego de entrar en vigencia la Constitución de 1991, cuando la posibilidad de acudir a la justicia para exigir el cumplimiento de los derechos constitucionales ha conducido a que el derecho de petición sea uno de los más reclamados ante los jueces por vía de la acción de tutela” (Jaramillo: 2007, 73).

¹³⁴ Art. 240 CC: “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza” (Gaviria et al.: 2012, 105).

De esta manera, la Corte Constitucional, durante los primeros años en su función, tuvo que afrontar el desafío de establecer las bases de la jurisdicción constitucional, situación que permitió fortalecer su papel como guardián del orden constituido. Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia, a través de las primeras sentencias, desarrolló varios derechos fundamentales que no se encontraban escritos de forma expresa en la Constitución: eutanasia, aborto, consumo de drogas, vivienda, religión, indígenas, y derechos económicos y sociales (Molina Betancur: 2007, 216).

Asimismo, por medio de sus desarrollos jurisprudenciales reconoció la teoría del bloque de constitucionalidad como un instrumento de defensa de los derechos humanos¹³⁵. Así, el respeto a la institucionalidad garantiza el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte Constitucional y es la base sobre la que se afianza el prestigio de la Corte y su legitimidad frente al poder constituido.

La Corte Constitucional se encuentra conformada por nueve magistrados (art. 44, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)¹³⁶, quienes ejercen funciones por un periodo de ocho años sin opción a reelección conforme lo dispuesto en la Constitución, y el Senado es el responsable de elegir por periodos individuales a los nuevos magistrados de la Corte Constitucional de entre las ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Asimismo, la ley prohíbe la elección de miembros que un año antes hubieran ejercido cargos de ministro del despacho, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado (art. 239 CC).

¹³⁵ La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-225-95, conceptualizó al bloque de constitucionalidad en los siguientes términos "aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.

¹³⁶ La Constitución establece que la Corte Constitucional se conformará por un número impar de Magistrados, dicho esto, la cantidad de miembros de la Corte Constitucional podría aumentar conforme a las disposiciones normativas y cambios en la estructura institucional para sustanciar los procesos de carácter constitucional.

La Corte Constitucional se organiza en tres secciones: la sala plena, cuatro salas de selección y nueve salas de revisión. El pleno de la Corte se encuentra integrado por los nueve magistrados, sesiona en pleno para dictar sentencia sobre los procesos de constitucionalidad y acciones de tutela, con el fin de unificar la jurisprudencia, resolver las excusas de las autoridades que deben comparecer ante comisiones permanentes del Congreso y los incidentes de impedimento y recusación de los magistrados y conjueces. Asimismo, el pleno designa a los magistrados que integran las salas de selección y revisión y para elegir cada año un presidente, un vicepresidente y un secretario del órgano constitucional (art. 5, Reglamento Interno de la Corte Constitucional).

Por otro lado, cada sala de selección se conforma con dos magistrados, responsables de seleccionar de entre las sentencias de tutela los procesos que serán objeto de control. Dicho esto, las acciones de tutela se distribuyen entre todos los magistrados, que deben presentar un proyecto de sentencia ante las salas de revisión. Dichas salas se conforman por tres magistrados: cada uno preside una sala de revisión y es miembro de otra, a fin de confirmar, reformar o revocar los fallos de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, en los casos en que la sala no estime la revisión de una acción de tutela, cualquier magistrado, el procurador general, el defensor del pueblo o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede presentar un recurso de súplica para que se incluya la acción de tutela que fue excluida por la Sala de Selección. Una vez resueltas la revisión de las acciones de tutela, se notificará al juez de instancia para que, en caso de ser procedente, cumpla con la ejecución de lo resuelto por la Corte (art. 55 RICC y ss.).

La Constitución concibió la Corte Constitucional como un organismo que forma parte del poder Judicial, en consecuencia, la tutela de los derechos constitucionales se volvió una responsabilidad directa tanto de la jurisdicción constitucional como de la ordinaria. “El haber colocado a la Corte Constitucional en la Constitución de 1991, como una corporación igual a las demás cortes, le impide actuar como Tribunal de cierre de la justicia constitucional, de tal manera que aquellas se sometan a sus decisiones [...]” (Echeverri: 2016, 42). Al configurar la Corte Constitucional como parte del poder Judicial, hubo una disminución de la desconfianza

institucional que ocasionalmente surge cuando se efectúan cambios en el modelo de Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia durante los primeros años de funcionamiento dictó sentencias que permitieron la protección de los derechos sociales de los colombianos; no obstante, las resoluciones de la Corte Constitucional se encuentran circunscritas a los límites que establece la Constitución para el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Dicho de otro modo, las decisiones de naturaleza política corresponden a las instituciones que la Constitución atribuyó competencias para cumplir con la administración del Estado¹³⁷.

La Constitución confirió a la Corte Constitucional la atribución exclusiva para ejercer el control de constitucionalidad de la ley, sobre las reformas constitucionales, convocatorias a referendo y consultas populares, convocatorias de Asamblea Constituyente, demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos o decretos presentadas por los ciudadanos, y tratados internacionales; para conocer las objeciones de los poderes del Estado contra los proyectos de ley y leyes estatutarias, contra los decretos extraordinarios dictados por el Presidente de la República, los decretos del plan de desarrollo, los decretos declaratorios de Estado de excepción; y para revisar la constitucionalidad de las sentencias de tutela (art. 241 CC).

De otra parte, las sentencias que dicta la Corte Constitucional tienen efecto de cosa juzgada, por tanto, las normas jurídicas que se declaren inexequibles no podrán ser aplicadas (art. 243 CC). Asimismo, la Corte Constitucional, a través de fallos jurisprudenciales, ha ampliado las atribuciones que la propia Constitución le confirió mediante un proceso de *vis expansiva*, es decir, para asumir competencias y modificarlas de la forma como se ejerce el control de constitucionalidad.

¹³⁷ “Es por ello que las decisiones de la prestigiosa institución constitucional en materia de orden público, seguridad democrática, mínimo vital, desplazados y salud, revisten la más crucial importancia en el debate jurídico-político actual sobre la defensa del Estado social de derecho en Colombia. El control que ejerce la Corte Constitucional colombiana sobre la constitucionalidad de las normas de inferior o igual jerarquía es en principio un control judicial; sin embargo, en ciertas ocasiones su control ha sido considerado más político que jurídico, lo que afecta de manera importante el equilibrio institucional del país” (Molina Betancur: 2007, 216).

Dos ejemplos de esta *vis expansiva* se encuentran en las sentencias que deciden la constitucionalidad del reglamento del Consejo Nacional Electoral y del Decreto Ley que reglamentaba el sistema acusatorio: en ambos casos se trataba de categorías que si bien formalmente debían ser controladas de una forma, por su contenido material fueron objeto de un procedimiento de control diferente. (Gaviria et al.: 2012, 54)

De igual manera, las sentencias de la Corte Constitucional surten efecto temporal hacia futuro o *ex nunc*. No obstante, la Constitución faculta a la Corte Constitucional a dictar sentencias con efecto retroactivo o *ex tunc* de forma excepcional, incluso con efecto diferido. Es facultad de la Corte Constitucional establecer el efecto temporal de sus sentencias, tal como se estableció en Sentencia C-113-93, que resolvía el análisis de constitucionalidad del Estatuto de la Administración de Justicia; la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo que establecía de forma específica los casos en que la Corte podía dictar sentencias con efecto retroactivo¹³⁸.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional de Colombia fue la primera de la región Andina en dictar sentencias de carácter interpretativo, modulativo, aditivo o sustitutivo para adecuar la ley objeto de control al contenido de la Constitución.

A pesar de lo anterior, la protección de los derechos constitucionales confronta en varias ocasiones a la Corte Constitucional con los poderes del Estado. El éxito de la Corte se encuentra en su capacidad de dictar sentencias de forma autónoma e independiente de los poderes del Estado. Así, la institucionalidad que demostró durante los primeros años en funciones, la labor garantista en defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales convirtieron a la Corte Constitucional en una de las instituciones del Estado con mayor prestigio en Colombia y la región.

¹³⁸ “La corte declaró la inconstitucionalidad de este artículo, pues consideró que la ley no podía regular los efectos de los fallos de la Corte, pues esa atribución era propia de la Constitución o, en su defecto, del Tribunal Constitucional; por ende, anuló ese contenido normativo, pero, al mismo tiempo, estableció un contenido sustituto, señalando que correspondía a la propia Corte establecer el efecto temporal de sus fallos” (Echeverri: 2016, 38).

En definitiva, las sentencias de la Corte Constitucional se volvieron referentes paradigmáticos que impulsaron el desarrollo de la jurisdicción constitucional, al convertirse en “pionera de la revolución social” (Molina Betancur: 2007, 216) entre los países de la región Andina.

2.3. Consejo de Estado

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, la Corte Constitucional no es el único órgano responsable de aplicar el control de constitucionalidad. Es consabido que la Corte ejerce de forma estricta sus atribuciones conforme al artículo 241 CC; dicho de otro modo, la facultad de aplicar el control de constitucionalidad con efectos generales se encuentra dividida. Por tanto, corresponde a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la ley con efectos generales, y al Consejo de Estado resolver las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos¹³⁹.

A la luz de lo anterior, resulta evidente que la competencia para interpretar la Constitución se encuentra dividida entre los organismos que conforman la rama judicial. A diferencia del control constitucional que realiza el Tribunal Constitucional de España, Italia y Alemania, la Corte Constitucional de Colombia no ejerce el monopolio del control constitucional, tal como sucede en el modelo europeo clásico (Echeverri: 2016, 41).

Cualquier ciudadano puede plantear ante el Consejo de Estado la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos que dicte el gobierno nacional, así como también contra los actos administrativos de carácter general que emitan los demás organismos del Estado¹⁴⁰. “De ahí que las ordenanzas dictadas por las asambleas departamentales y los acuerdos expedidos por los concejos municipales, a través de la acción de

¹³⁹ Art. 237.2. CC: corresponde al Consejo de Estado “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

¹⁴⁰ Art. 135. Código de Procedimiento Administrativo: “Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno nacional”.

nulidad, no solamente sean objeto de control de legalidad sino también de constitucionalidad” (Cifuentes Muñoz: 2002, 303). En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano promueve la participación de los ciudadanos en las acciones de control de constitucionalidad tanto de la ley como de los actos administrativos.

Por otro lado, la Constitución confiere al Consejo de Estado la atribución de administrar justicia constitucional en la jurisdicción contencioso-administrativa; en otras palabras, encarga la defensa de la Constitución frente a las actuaciones de los organismos del Estado. “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional [...]” (art. 37.9, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Lo cierto es que el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Pulido Ortiz: 2018a, 137).

En conclusión, la Constitución, al concebir un órgano de jurisdicción constitucional como parte del poder Judicial, impulsó la descentralización del control de constitucionalidad, pues dividió, entre la jurisdicción constitucional, ordinaria y administrativa, el deber de aplicar el control de constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los organismos del Estado, situación que permitió la defensa de los derechos de los colombianos en todos los niveles, tanto administrativos como jurisdiccionales.

2.4. Control constitucional de la ley

La Constitución de Colombia implementó un modelo de control mixto de constitucionalidad, confirió a los jueces ordinarios la facultad de declarar la inaplicación de ley en el caso *sub judice*, y reservó para la Corte Constitucional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos generales. En este sentido, la jurisdicción constitucional colombiana se concibió a la luz de los preceptos del garantismo constitucional europeo, sin dejar de lado ciertos elementos que son propios del control difuso americano. Dicho de otra forma, “involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción” (Cifuentes Muñoz: 2002, 283).

No obstante, no existe en la Constitución un artículo en específico que atribuya a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución, dado que existen otros órganos jurisdiccionales con la potestad de aplicar el control de constitucionalidad; y tampoco se establece de forma literal la obligación de las instituciones públicas de acatar las sentencias de la Corte Constitucional con efecto vinculante. En esta misma línea, la Constitución colombiana no incorporó el principio *stare decisis* del sistema norteamericano, que obliga a los jueces ordinarios a sujetarse a las decisiones de la máxima Corte en materia constitucional¹⁴¹.

En los siguientes epígrafes se analizan los instrumentos jurídicos de los que dispone el sistema de justicia para declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de la ley, dado que la Constitución colombiana dividió las competencias para aplicar el control de constitucionalidad de la ley entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

2.4.1. Acción pública de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional, por regla general, analiza la constitucionalidad de la ley en el sentido formal y material. El recurso de inconstitucionalidad procede contra proyectos o leyes aprobadas por el Congreso; por tanto, la Constitución atribuye a la Corte Constitucional la competencia para ejecutar el control previo y posterior de la ley.

Por otro lado, cada sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos ante la Corte Constitucional afianza la constitucionalidad de las leyes del poder Legislativo y, de forma concomitante, legitima la eficacia de la jurisdicción constitucional. Dicho de otro modo, la legitimidad de los fallos que dicta la Corte Constitucional se basa en el fiel cumplimiento de las atribuciones constitucionales.

¹⁴¹ “No existe ningún principio o mandato en la Constitución colombiana al estilo de los contenidos en la Constitución alemana y española, de acuerdo con los cuales las decisiones de sus Tribunales Constitucionales ‘obligan a todas las autoridades –incluidos los jueces y a los particulares–’. Tampoco existe una institución como el *stare decisis* del sistema norteamericano, que obliga a todos los tribunales y jueces de los Estados Unidos a someterse a las decisiones de la Corte Suprema” (Echeverri: 2016, 42).

La legitimación activa para presentar la acción de inconstitucionalidad es de carácter popular, al permitir el acceso a la jurisdicción constitucional a todos los ciudadanos colombianos¹⁴². Asimismo, el defensor del pueblo puede presentar la acción de inconstitucionalidad en calidad de promotor y defensor de los derechos humanos de los colombianos.

En consecuencia, la acción pública de inconstitucionalidad procede en cualquier instante contra las leyes vigentes, tanto por razones de validez sustancial como en los casos en que se presume la existencia de los vicios de procedimiento en su elaboración. “La interposición de la acción tiene una justificación intrínseca como episodio de la vida democrática y está, por lo tanto, desligada de cualquier proceso específico en curso o de la eventual aplicación de la ley a un caso concreto” (Cifuentes Muñoz: 2002, 284).

De igual forma, los actos legislativos, la convocatoria a referéndum, la consulta popular o el acto de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente podrán ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad en el plazo de un año y antes del pronunciamiento popular en las urnas, a fin de evitar la colisión entre el principio democrático y el Derecho.

Por otra parte, por primera vez en Colombia, y en uno de los países de la región Andina, la Corte Constitucional estableció la procedencia del recurso de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas. En sentencia la Corte estableció que la falta de legislación vulnera los derechos fundamentales que se proclaman en la Constitución; no obstante, a la luz del principio de independencia de los poderes del Estado, no todas las omisiones del legislador son susceptibles de control constitucional¹⁴³, por tanto, la acción pública de inconstitucionalidad procede cuando

¹⁴² “En Colombia se optó por la configuración pública de la acción de inconstitucionalidad. El derecho de acción es un derecho de naturaleza eminentemente política en los términos del artículo 40 de la Constitución que señala que ‘todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y ejercicio y control del poder político’; fácilmente se concluye que la legitimación activa para iniciar juicios de esta naturaleza les corresponde a las personas naturales que gozan de ciudadanía” (Gaviria et al.: 2012, 38).

¹⁴³ “De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la carta proviene, no del derecho positivo preexistente –fruto de la acción legislativa ordinaria o especial– como

es una obligación constitucional específica y concreta del poder Legislativo. Dicho de otra forma, cuando se trata de la obligación de hacer.

El recurso de inconstitucionalidad se debe presentar por escrito¹⁴⁴, y en su contenido se deben establecer de forma específica y motivada tanto la norma jurídica inconstitucional como las normas de la Constitución que se vulneran. En los casos en que el recurso de inconstitucionalidad no cumpla con los requisitos que establece la ley, el accionante dispone de tres días para completar la acción (art. 6, Ley 2067 de 1991). Cuando la Corte Constitucional ha dictado sentencia sobre la constitucionalidad de la ley respecto a la misma causa y objeto, el auto de inadmisibilidad es definitivo. En los demás casos en que la Corte Constitucional declare la inadmisibilidad de la acción, el accionante podrá presentar recurso de súplica ante el pleno de la Corte.

Una vez admitido el recurso, dentro del mismo auto se establecerán las normas sujetas a control de constitucionalidad. Cualquier otro ciudadano puede impugnar o defender la constitucionalidad de la ley; y, de considerarlo pertinente, el juez ordenará la práctica de pruebas en el término de 10 días. Por tanto, se deberá notificar con el contenido del recurso al procurador general de la nación (art. 7, Ley 2067 de 1991).

En ese sentido, la Corte Constitucional conocerá en pleno el proyecto de sentencia del juez sustanciador. En caso de que el proyecto no se apruebe, se designará un nuevo juez ponente para que elabore un nuevo proyecto de sentencia conforme a la posición de la mayoría del pleno; no obstante, a fin de garantizar la autonomía de los magistrados de la Corte Constitucional, los jueces que no se encuentren conformes con la decisión del pleno pueden redactar un voto salvado que deberá contener las razones de la posición contraria a la mayoría. Igualmente, en caso de votar a favor del fallo de la Corte, pero no compartir las motivaciones que lo fundamentan, los magistrados tienen la facultad de presentar un voto concurrente que contendrá los fundamentos

es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer. No obstante, lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional” (Sentencia TC-185 de 2002).

¹⁴⁴ Decreto Ley 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

propios que sostienen su voto a favor de la sentencia que dicta el pleno (art. 9 y ss., Ley 2067 de 1991).

Finalmente, la Corte Constitucional en pleno deberá dictar sentencia en el término de 60 días. La declaración de inexecutable de la ley impide su aplicación mientras la norma constitucional que sirvió de base para resolver la acción pública de inconstitucionalidad se encuentre vigente. Dicho de otra forma, la Corte Constitucional de Colombia es competente para declarar la inaplicación de la ley, pero no su expulsión del sistema normativo¹⁴⁵.

2.4.2. La excepción de inconstitucionalidad

El artículo 4 de la Constitución atribuye a los jueces de la jurisdicción ordinaria la competencia para aplicar el control concreto de constitucionalidad: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Todos los jueces o funcionarios en ejercicio de facultades jurisdiccionales, a través de la excepción de inconstitucionalidad, pueden inaplicar la ley al considerar que esta vulnera derechos constitucionales de las partes procesales.

La Constitución de Colombia no contempla en su forma propia la cuestión de inconstitucionalidad como un instrumento para aplicar el control sobre las leyes en procesos judiciales, por tanto, en el sistema judicial colombiano el control concreto de constitucionalidad no se encuentra sujeto a revisión por parte de la Corte Constitucional. En palabras de Cifuentes, “el valor normativo de la Constitución, fuente del control constitucional difuso, que es directo y no requiere de una ulterior regulación legal sustantiva o procedimental para que sea efectivo” (2002, 301). Por lo señalado en líneas anteriores, la forma de aplicar la excepción de inconstitucionalidad podría suponer un riesgo para los principios de legalidad y seguridad jurídica, dado

¹⁴⁵ Art. 243 CC: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

que jueces ordinarios pueden resolver casos análogos aplicando distintos criterios interpretativos.

La excepción de inconstitucionalidad permite a los administradores de justicia emitir juicios de constitucionalidad en los procesos que se encuentran bajo su conocimiento. Esta excepción de inconstitucionalidad procede a petición de parte u oficio contra la aplicación de leyes que servirán de base para resolver procesos judiciales, siempre que no exista sentencia de la Corte Constitucional que resuelva la constitucionalidad de la norma en cuestión. Así, las sentencias que dictan los jueces ordinarios al resolver la excepción de inconstitucionalidad vinculan de forma exclusiva a las partes procesales.

A la luz de estas consideraciones, la excepción de inconstitucionalidad es un procedimiento discordante con la concepción integral del sistema de justicia que se implementó en la Constitución. Por tanto, resulta necesario atribuir a la Corte Constitucional, a través de una reforma, la potestad de revisar las sentencias que determinan la inconstitucionalidad de la ley por vía de excepción, como es lo propio en los sistemas de justicia constitucional. Esta posición es compartida por algunos juristas colombianos (Echeverri: 2016, 41).

2.4.3. Acción de tutela

La acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona que considere que sus derechos constitucionales se encuentran en riesgo o que fueron vulnerados: “constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales” (Cifuentes Muñoz: 2002, 293); no obstante, no cabe su interposición en defensa de derechos de terceros, salvo para las excepciones que establezca la ley.

Esta acción, a través de los procesos de selección y revisión, permitió a la Corte Constitucional dictar precedentes jurisprudenciales que se convirtieron en auténticas normas jurídicas que protegen los derechos de los colombianos. A través de esta vía, la Corte desarrolló los conceptos del mínimo vital, el derecho a la muerte digna, el derecho a la vivienda, y el derecho a la salud de las personas que padecen

enfermedades catastróficas¹⁴⁶. En definitiva, la acción de tutela fortaleció el vínculo social e institucional entre los colombianos y la Corte Constitucional; y, a tal efecto, la Corte legitimó sus actuaciones al situarse como una de las instituciones estatales con mayor confianza entre los colombianos.

Por ese motivo, la acción de tutela se debe plantear ante los jueces ordinarios de primera instancia, y puede proceder en cualquier instante contra actuaciones de autoridades públicas o privadas que amenacen o vulneren los derechos constitucionales¹⁴⁷, “por tratarse de derechos fundamentales tampoco prescribe o caduca, se mantiene vigente mientras dure la amenaza o la vulneración del derecho fundamental” (Molina Betancur: 2007, 228).

En ese orden de ideas, la acción de tutela garantiza la protección de los derechos fundamentales tanto ante los poderes del Estado como contra particulares¹⁴⁸, “la acción de tutela se erige en la garantía judicial a la que se puede acudir a fin de prevenir que las supremacías privadas no se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas” (Cifuentes Muñoz: 2002, 296).

En conclusión, por vía tutelar no es posible declarar la inconstitucionalidad de la ley; por lo que el control de constitucionalidad en Colombia se circunscribe a la acción pública de inconstitucionalidad. “[...] El acto normativo que regula inadecuadamente las situaciones inconstitucionales permanece vigente poniendo en

¹⁴⁶ “En las sentencias de tutela, la Corte Constitucional puede crear normas particulares y concretas en el *decisum* de las sentencias de tutela. Pero también ejerce un poder normativo general y abstracto cuando, en sentencias de tutela, expide reglamentaciones jurisprudenciales y cuando declara los efectos *inter pares*” (Pulido Ortiz: 2018b, 324).

¹⁴⁷ Art. 86 CC: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 1993.

peligro la situación de otras personas en iguales o muy similares circunstancias. Como efecto de esta falla en el control constitucional, se genera entonces en Colombia el incremento casi incontrolable de recursos individuales (acciones de tutela) que se instauran por la misma causa originada en los vicios del ordenamiento jurídico” (Bernal-Cano: 2011, 275).

Por otra parte, a través de la revisión tutelar, la Corte Constitucional dicta reglamentos de carácter general y abstractos, conocidos como reglamentaciones jurisprudenciales. Un ejemplo de la facultad normativa que ejerce la Corte Constitucional al revisar las acciones tutelares es la Sentencia T-970 de 2014, que resuelve la tutela del derecho a morir con dignidad.

Dentro del proceso en mención, la Corte Constitucional dictó normas generales que establecen el procedimiento de muerte asistida a las personas que sufran de una enfermedad que produzca dolores intensos; para tal efecto, el solicitante debe expresar el consentimiento libre, informado e inequívoco. Asimismo, la Corte ordenó a los órganos legislativos y administrativos que elaboren las normas jurídicas que garanticen el cumplimiento de la sentencia. “Es decir que, en este tipo de sentencias, existen, además del dispositivo o *decisum* de la sentencia, reglas de contenido general y abstracto (la reglamentación jurisprudencial)” (Pulido Ortiz: 2018b, 321).

2.4.4. Revisión de tutela (Corte Constitucional)

Todos los procesos de acción de tutela se remiten de forma mensual a la Corte Constitucional (art. 241.9 CC). Con el objeto de garantizar la debida actuación de los jueces ordinarios, se seleccionan procesos que permitan a la Corte dictar precedentes vinculantes, o generar cambios en la línea jurisprudencial. “La estructura de la jurisdicción constitucional en Colombia plantea una organización piramidal. En la cúspide de la estructura está la Corte Constitucional. Esto quiere decir que los precedentes de la Corte Constitucional ejercen autoridad vertical respecto de la totalidad de la jurisdicción en Colombia” (Pulido Ortiz, 2018a, 144).

Las salas de selección de la Corte Constitucional se encargan de admitir a trámite los procesos que serán objeto de revisión, y los procesos seleccionados se

asignan de forma aleatoria entre las nueve salas de revisión. “Dentro de las ventajas de este modelo, se encuentra el hecho de que la integración de las salas de revisión y decisión varía mensualmente de manera rotativa y por sorteos, permitiendo su fluidez permanente” (Escobar: 2011, 66). Dado que la revisión de tutela es un instrumento que garantiza los derechos constitucionales, cualquier magistrado o el defensor del pueblo puede insistir en la revisión de un caso tutelar (art. 33, Ley 2591 de 1991).

Asimismo, la Corte Constitucional, al realizar los procesos de selección y revisión, aplica los principios básicos del *certiorari*, una atribución discrecional que la Constitución confirió al órgano jurisdiccional. Ante esta situación, el Congreso propuso que el 5 % de las decisiones que se remitan a la Corte de forma mensual debían ser objeto de revisión. Resultará evidente que esta propuesta de ley vulneraba el principio de autonomía de la Corte Constitucional (Cifuentes Muñoz: 2002, 299).

A este respecto, con el fin de garantizar la independencia de sus actuaciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional estableció mediante jurisprudencia que la revisión de los procesos de tutela “se trata de una atribución libre y discrecional de la corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano” (Corte Constitucional, Sentencia C-37 de 1996).

Por otra parte, en el mismo fallo, la Corte Constitucional ratificó que las sentencias de revisión de tutela sirven de criterio auxiliar de los jueces al dictar sentencias. Una vez que se publica en el registro oficial, la decisión de la Corte Constitucional se remite al juez de instancia para que cumpla en lo que corresponda.

2.4.5. Control previo de constitucionalidad

La Corte Constitucional aplicará el control previo sobre los proyectos de ley que objete el Presidente de la República, las leyes estatutarias aprobadas por el Congreso y los tratados internacionales. Dicho de otro modo, el control previo de

constitucionalidad garantiza la elaboración de leyes al tenor del contenido de la Constitución¹⁴⁹.

Ahora bien, el Presidente de la República puede objetar un proyecto de ley al considerar que su aprobación contraviene a la Constitución. En los casos en que el Congreso insista en la aprobación del proyecto de ley será remitido a la Corte Constitucional a través del presidente del Congreso. El expediente deberá contener los fundamentos de la objeción presidencial y de las Cámaras que consideran constitucional el proyecto de ley.

En todos los casos, a fin de garantizar la defensa de los intereses del Estado, el procurador general de la nación se encuentra en la obligación de rendir concepto. El procedimiento para resolver el recurso de constitucionalidad de forma previa o posterior es igual, la diferencia se encuentra en los términos que establece la Constitución en el artículo 167.

De otra parte, la Constitución de Colombia establece el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de leyes estatutarias aprobadas por el Congreso. Las leyes estatutarias, a diferencia de las ordinarias, deben reunir mayores requisitos para su aprobación¹⁵⁰, además de que norman un derecho en particular.

Por otra parte, para que un tratado internacional entre en vigor este deberá ser objeto del control de constitucionalidad. El control previo a la ratificación de los tratados internacionales garantiza la supremacía de la Constitución frente a los instrumentos internacionales suscritos por el Presidente; dicho de otro modo, este tipo de procedimiento afianza la armonía entre el orden jurídico nacional y los tratados internacionales que ratifique el Estado colombiano; así, la seguridad jurídica se

¹⁴⁹ “El control que ejerce la Corte Constitucional en única instancia sobre ciertas normas, en ocasiones solo en la forma, en otras sobre el fondo, no es exclusivo, pertenece al llamado modelo constitucional de control difuso que se combina con modalidades de control previo, posterior y automático. Este último muy polémico porque se ejerce sobre ciertos decretos del ejecutivo, sobre ciertos proyectos de ley y sobre tratados internacionales, lo que le da a la Corte cierto poder institucional equivalente al legislativo para enfrentar las instituciones gobernantes [...]” (Molina Betancur: 2007, 222).

¹⁵⁰ Art. 153 CC: “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

fortalece. Por tanto, el Presidente de la República deberá enviar a la Corte Constitucional el tratado internacional y la ley que aprueba su vigencia en los seis días siguientes. El procedimiento es análogo a la aprobación de leyes estatutarias (Cifuentes Muñoz: 2002, 289).

3. Jurisdicción constitucional en Ecuador

En Ecuador, desde el 20 de octubre de 2008, fecha en la que entró en vigor la nueva Constitución, por primera vez en la historia se confirió a un órgano especializado la calidad de máximo intérprete de la Constitución y la competencia para realizar el control de constitucionalidad sobre la ley¹⁵¹. Con la institucionalización de la jurisdicción constitucional en Ecuador, inició un proceso de transformación del sistema jurídico.

Según la vigente Norma Fundamental, se atribuye a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución; sin embargo, este no es el único organismo responsable de garantizar la defensa de la Constitución. Dicho esto, la jurisdicción constitucional ecuatoriana implementó una serie de instrumentos jurídicos que garantizan la eficaz tutela de los derechos constitucionales. De tal forma, las garantías jurisdiccionales afianzan la construcción del nuevo Estado de derechos, concepción innovadora que busca la materialización de las libertades de las personas a través de la institucionalización de organismos como la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional puede y debe, basada en la interpretación jurídica de la propia Constitución y al respeto a la libertad de configuración legislativa, marcar constantemente los parámetros normativos que el legislador debe observar para que sus leyes no violen los derechos constitucionales, y por el contrario los concreten, desarrollen y regulen, conforme lo establecen el artículo 11, numeral 8, 18 y 11, numeral 1 de la Constitución. Este tipo de jurisprudencia constitucional es más bien escasa en el Ecuador” (Grijalva: 2012, 229).

¹⁵¹ “En Ecuador la fuerza normativa de la Constitución es cuestionable. La Constitución ha tenido vigencia formal desde inicios de la república, pero eficacia precaria hasta el presente. La noción de soberanía del legislador, en particular, se expresa en Ecuador en una actividad legislativa que con frecuencia viola los derechos y procedimientos constitucionales” (Grijalva: 2012, 228).

Del mismo modo, la justicia constitucional ecuatoriana reconoce el valor de la plurinacionalidad y la coexistencia de pueblos, comunidades y nacionalidades en el territorio nacional. Por tanto, en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) se implementó una jurisdicción especial en la que se resuelven procesos de carácter constitucional en observancia de las costumbres propias del territorio, donde se asientan los pueblos ancestrales: “la potestad de administrar justicia es una atribución que puede ser ejercida no solo por el Estado, por intermedio de sus órganos y funciones, sino también por otras personas y sujetos de derechos como los mediadores, árbitros y autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas” (Montaña, Porras & Lozada: 2011, 144). La legislación especial indígena forma parte de las acciones afirmativas que incorpora la Constitución a fin de reducir la desigualdad social.

3.1. Antecedentes históricos

Desde el 26 de septiembre de 1830 que fue promulgada la primera Constitución del Estado del Ecuador en la ciudad de Riobamba, el control político-constitucional fue ejercido sobre las decisiones del Presidente por el Legislativo. En ese entonces los fundadores de la República se encontraban concentrados en consolidar la unidad territorial de las provincias recientemente separadas de la Gran Colombia, además de la premura por legitimar en el poder a los generales que participaron en las guerras libertarias y a la naciente aristocracia localizada en los departamentos de Quito, Cuenca y Guayaquil. Lo cierto es que el Estado ecuatoriano necesitaba fortalecer la incipiente institucionalidad existente, una difícil labor al existir un limitado conocimiento y experiencia en la ejecución de trámites administrativos, lo cual dificultaba a la vez el intercambio comercial entre las provincias del Estado ecuatoriano (Ayala: 1996, 41-42).

Múltiples fueron los problemas que afrontó el Ecuador al inicio de su vida republicana, sin contar las deudas casi impagables que dejaron las guerras independentistas contra la Corona española (Ayala: 1996, 159). Es así como la vida republicana del Ecuador, al igual que en los demás países de la región Andina, se desarrolló de una forma bastante accidentada.

Las reformas constitucionales se convirtieron una constante en los inicios de la República, dado que los gobiernos de turno asumían un papel antagónico al concepto de democracia y las acciones implementadas tenían como propósito reformar la Constitución para que se ajustase a sus decisiones y no al contrario, como es lo propio en todo orden democrático legítimo.

La Carta Fundamental de 1830 estableció el control político de la Constitución a cargo del Legislativo. En el texto constitucional en cuestión no se mencionaba ningún tipo de mecanismo de control constitucional que permitiera garantizar los derechos de los ciudadanos, al igual que se hiciera en las siguientes constituciones del siglo XIX donde tampoco se dictaron normas que tuvieran como finalidad el control de la ley (Gaviria et al.: 2012, 19).

La única referencia del tenue desarrollo del control constitucional de la época se halla en la Constitución de 1869 donde se estableció el control prelegislativo, el cual se aplicaba por solicitud del Presidente de la República sobre los proyectos de ley y al considerar inconstitucional su aprobación. En caso de que el Congreso se ratificara en el contenido del proyecto, entonces le correspondía a la Corte Suprema de Justicia declarar la constitucionalidad del proyecto de ley en última instancia. En las siguientes constituciones se eliminará por completo esta atribución conferida a la Corte Suprema de Justicia para resolver la objeción de inconstitucionalidad planteada por el Presidente.

Fue en la Constitución de 1929 en la que se introdujo una especie de control político constitucional mixto. A través de esta nueva reforma a la carta política la objeción de inconstitucionalidad de un proyecto de ley podía ser planteada al Congreso por el Presidente o el Consejo de Estado. Y en caso de que el Congreso se ratificara en el contenido del proyecto, entonces se disponía que este debía ser enviado a la Corte Suprema para que resolviera acerca de su constitucionalidad (art. 67 CRE de 1929). Sin embargo, la interpretación de la Constitución seguía siendo una atribución exclusiva del Congreso Nacional¹⁵². Desde entonces:

¹⁵² “Art. 163 CRE de 1929: “Solo el Congreso tiene facultad de interpretar la constitución de un modo generalmente obligatorio y de resolver las dudas relativas a la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos o declaraciones”.

El constitucionalismo histórico ecuatoriano vuelve a quedarse mudo respecto al control constitucional durante los siguientes 60 años. Paradójicamente, es la Constitución de 1929 la que recupera para el Ecuador esa especie de modelo mixto de control constitucional creado por García Moreno, donde a pesar de una clara supremacía del legislador a la hora de realizar el control también participa la Corte Suprema de Justicia. Específicamente el artículo 67 de esa carta fundamental establece que cuando el presidente de la República o el Consejo de Estado consideren inconstitucional un proyecto de ley lo objetarán y devolverán al Congreso para que lo reconsidere. (Gaviria et al.: 2012, 20).

Durante la corta vigencia de apenas un año de la Constitución de 1945 se creó por primera vez en el Estado del Ecuador un Tribunal de Garantías Constitucionales, en sustitución del Consejo de Estado; no obstante, el nuevo Tribunal cumplía funciones que no eran propias de un órgano que ejerce la jurisdicción constitucional inspirado en el modelo kelseniano (Salgado: 1997, 157).

Las competencias del Tribunal se limitaban a la suspensión temporal de leyes inconstitucionales hasta que el Congreso, en calidad de intérprete natural de la Constitución, emitiera el respectivo dictamen de constitucionalidad. Por otro lado, el Tribunal tenía entre sus atribuciones presentar observaciones ante el congreso sobre cualquier otro tipo de normas de carácter jurídico (arts. 160.2 y 4 CRE). Posterior a la Constitución de 1946 el Tribunal de Garantías Constitucionales fue reemplazado nuevamente y por última vez por el Consejo de Estado.

A partir de la Constitución de 1967 se comienza a forjar la idea de implementar un órgano encargado de la justicia constitucional, sin embargo, esta idea no se logró consolidar y los siguientes tribunales constitucionales no tendrán la potestad para determinar la inconstitucionalidad de la ley. Los organismos que ejercían la jurisdicción constitucional se limitaban a la presentación de observaciones de posibles inconstitucionalidades encontradas en la ley, bajo condiciones similares a la Constitución de 1945.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional era considerado un órgano dependiente, o más bien auxiliar del poder Legislativo, concepción que era totalmente opuesta a su naturaleza originaria. Entre las principales características que debería poseer un Tribunal Constitucional se encuentra la independencia frente a los demás poderes del Estado, pero, sobre todo, detentar la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Ninguna de estas características las reuniría los tribunales de garantías constitucionales que se establecieron en las constituciones del siglo XX.

Durante los años 70 no existió ningún tipo de avance con respecto al control constitucional, pues tras la imposición de la dictadura militar, el 16 de febrero de 1972, y el derrocamiento del entonces Presidente Velasco Ibarra, la jurisdicción constitucional fue relegada a un segundo plano. Al terminar el período de dictadura militar, el 27 de marzo de 1979, se aprueba un nuevo marco constitucional que marcará el camino hacia el retorno de la democracia.

Con relación al control constitucional, en esta nueva Constitución el Tribunal de Garantías Constitucionales siguió ejerciendo sus funciones de forma dependiente del poder Legislativo. La Ley Orgánica de Garantías Constitucionales se había convertido en una limitación para el desarrollo de la jurisdicción constitucional al encontrarse vigente desde el año 1968¹⁵³, con todo, a pesar de esta situación, por primera vez en una carta fundamental ecuatoriana se estableció el principio de supremacía constitucional y, por tanto, todas las normas debían guardar estricta armonía con el contenido de la Constitución, tal como se dispuso en el artículo 137 CPE:

La constitución es la ley suprema de Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la constitución o alteraren sus prescripciones.

¹⁵³ “La Ley Orgánica que utiliza el Tribunal data de 1968 y fue elaborada para la anterior carta política de 1967, por lo que no puede aplicarse totalmente a la actual constitución, menos aún después de las reformas de 1983 y de 1992” (Salgado: 1997, 159).

En la Constitución de 1979 se estableció el control abstracto y concreto de constitucionalidad, el cual fue aplicado por las salas de la Corte Suprema. El control abstracto podía ser efectuado sobre leyes, decretos y las sentencias dictadas por la Corte Suprema. El control de constitucionalidad efectuado era puesto en conocimiento del Congreso Nacional para que este emitiera una resolución definitiva en calidad de intérprete natural de la Constitución y la ley. Además, la Corte Suprema podía declarar la inaplicación de una ley en los casos que estuviese sustanciando (art. 138 CRE de 1979).

A partir de las reformas constitucionales que se aplicaron a la Carta Política en los años 1983 y 1992, período de tiempo dentro del cual se puede identificar una segunda etapa de desarrollo, la jurisdicción constitucional experimentará un gran auge. Específicamente en la reforma del año 1983 se le vuelve a confiar al Tribunal de Garantías Constitucionales el control de la ley, sin embargo, sus sentencias se mantendrán sujetas a lo que resuelva el Congreso Nacional de forma definitiva (Salgado: 1997, 163).

Tras las posteriores reformas realizadas a la Constitución en el año 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales era el órgano responsable de aplicar el control abstracto de constitucionalidad, no obstante, continuó cumpliendo las funciones propias de un órgano de primera instancia. De esta forma, sus sentencias eran revisadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que surtieran efecto de forma general y con carácter definitivo, dado que las decisiones del Tribunal de Garantías Constitucionales tenían solo efectos temporales (Salgado: 1997, 167).

La aplicación del control concreto de constitucionalidad era una atribución de la Corte Suprema de Justicia. Al aplicar este tipo de control las sentencias dictadas carecían de efecto retroactivo y, por lo tanto, no afectaban los casos resueltos con anterioridad. Durante este proceso de reformas constitucionales se implementó una suerte de control dual de constitucionalidad, por lo que el Tribunal de Garantías Constitucionales cumplía funciones relegadas a un segundo plano.

Ya en la Constitución de 1998 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como un organismo que formaba parte del poder Judicial, fue dotado con la atribución

de realizar el control de constitucionalidad sobre la ley (art. 276 CPE de 1998), sin embargo, no se le confirió la guarda del orden constituido o la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Por otra parte, en el marco de esta nueva reforma a la Constitución se les confirió a los jueces de instancia la aplicación del control difuso de constitucionalidad¹⁵⁴.

Como resulta evidente, las competencias del Tribunal Constitucional, en comparación con lo dispuesto en las constituciones anteriores, fueron amplificadas y entre sus atribuciones se encontraba la potestad de resolver demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes, decretos y reglamentos. Sin embargo, el Congreso Nacional seguía siendo el encargado de interpretar la Constitución o la ley de forma obligatoria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 130.4 y 130.5¹⁵⁵. Por otra parte, los nueve vocales del Tribunal Constitucional eran designados por el Congreso Nacional por un período de 4 años.

Con la actual Constitución de la República del Ecuador, redactada en el 2008, se inauguró de forma plena el control constitucional en el país, al establecer a la Corte Constitucional como un órgano especializado e independiente de los demás órganos del Estado y como máximo intérprete de la Constitución y la ley¹⁵⁶. Por lo anterior, el control difuso que se encontraba vigente en la Constitución del año 1998 desaparece y, en su lugar, se implementó un sistema de control concentrado de constitucionalidad. Dicho de otro modo, la Corte Constitucional es el único órgano con competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas con efecto general o concreto.

Lo cierto es que en la Constitución del Ecuador impera un sistema de justicia constitucional garantista de derechos, de modo que todos los jueces deben garantizar el cumplimiento de la Norma Fundamental y los instrumentos internacionales. Sin

¹⁵⁴ Art. 274 CPE de 1998: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”.

¹⁵⁵ Art. 130 CPE de 1998: “4. Reformar la constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.

5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

¹⁵⁶ Art. 429 CRE de 2008: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.

embargo, la atribución para declarar la inconstitucionalidad de normas se encuentra radicada en la Corte Constitucional.

A punto de cumplir 200 años de vida republicana en el Ecuador se han redactado un total de 21 constituciones, hecho que refleja la permanente inestabilidad política y democrática en la que se desarrolló el Estado ecuatoriano. Lo que se vio a lo largo del siglo XX fueron continuos golpes de Estado perpetrados por mandos militares que resquebrajaron el orden democrático, y a la vez imposibilitaron consolidar la institucionalidad de los organismos estatales.

3.2. Desafíos de la justicia constitucional ecuatoriana

Alcanzar la consolidación de la jurisdicción constitucional es el principal desafío que afronta el constitucionalismo ecuatoriano. A lo largo de la historia democrática, en Ecuador se han registrado una serie de actuaciones que vulneran el orden constituido. “A pesar de los discursos grandilocuentes el pueblo ecuatoriano, particularmente su clase dirigente, no descubre todavía el valor de la institucionalización” (Gaviria et al.: 2012, 14).

En consecuencia de lo anotado en líneas anteriores, los poderes del Estado, en su afán de evadir el control de las competencias y la revisión de la constitucionalidad de sus actuaciones, reforman leyes, incumplen con las decisiones de los órganos de control, suprimen competencias mediante reformas de ley, y destituyen a los magistrados de la Corte Constitucional o a los representantes de los órganos del Estado que ejercen competencias de control.

Una muestra de la fragilidad institucional que impera en Ecuador se evidenció en la Sesión Ordinaria N° 23 del pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T). El órgano en cuestión mediante la Resolución PLE-CPCCS-T-O-089-23-08-2018 cesó en funciones de forma anticipada a los jueces de la Corte Constitucional. Esta decisión fue ratificada el 31 de agosto de 2018 en la Sesión Extraordinaria N° 24, en la que además se resolvió el inicio del proceso de selección para los nuevos jueces de la Corte¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Resolución del pleno CPCCS-T PLE-CPCCS-T-O-089-23-08-2018, de 23 de agosto de 2018.

Así, ni en la Constitución de la República del Ecuador ni en la legislación vigente existe un procedimiento que autorice a los órganos de control del Estado la destitución del pleno de la Corte Constitucional, aun cuando se invoque la voluntad popular. Esta situación lacera los principios básicos del orden constitucional, la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa de los magistrados defenestrados¹⁵⁸. Por lo expuesto, los poderes del Estado deben limitar sus actuaciones a las competencias que la Constitución les confirió, lo contrario representa el socavamiento del Estado de Derecho.

3.3. Principios de la justicia constitucional

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 impuso un nuevo paradigma constitucional. En este sentido, el artículo 1 de la Constitución proclama al Ecuador como un Estado de “derechos y justicia”, situación que no responde a una simple composición semántica, sino que es una concepción que reconfigura la comprensión del Estado al proclamar que todos los derechos son plenamente justiciables y de igual jerarquía, así como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

[...] El nuevo paradigma constitucional pospositivista que con dificultad se intenta abrir paso en el Ecuador, no es un mero trasplante acrítico de los postulados del neoconstitucionalismo europeo y norteamericano, sino que es un intento de juridificar en el plano del derecho positivo los elementos propios de la realidad y necesidades locales en un diálogo crítico con las tendencias más progresistas de la teoría jurídica transnacional (Montaña et al.: 2013, 24).

Dicho esto, la Constitución implantó un sistema de garantías jurisdiccionales que permitiera la defensa de la Constitución, así como el control de la ley. Lo cierto es que, a la luz del modelo constitucional ecuatoriano, la justicia constitucional se concibe como un instrumento que contribuye desde la jurisdicción constitucional a la materialización de los derechos del buen vivir; dicho de otro modo, a la tutela y protección integral de la Constitución.

¹⁵⁸ Finamente, el 28 de enero de 2019, el pleno del CPCCS-T, en su Sesión Extraordinaria N° 38, mediante Resolución PLE-CPCCS-T-O-244-28-01-2019, validó el proceso de selección de los nuevos miembros de la Corte Constitucional del Ecuador.

El artículo 11.3 CRE establece que todos los derechos son justiciables y de igual jerarquía. Por tanto, los derechos económicos, sociales, culturales y los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afroecuatorianas son plenamente exigibles ante el Estado. La “desformalización del catálogo de derechos” (Montaña et al.: 2013, 43) permite su tutela efectiva a través de técnicas de interpretación y ponderación.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la ley, debe garantizar incluso derechos que no se encuentran reconocidos de forma literal en la Constitución, pero que forman parte del bloque de constitucionalidad a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador¹⁵⁹.

El principio de aplicación directa de la Constitución es un mandato de optimización (Montaña et al.: 2012, 201) que confiere la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la Constitución a todos los poderes del Estado. No obstante, este principio cobra mayor importancia en la labor jurisdiccional de la Corte Constitucional y de los jueces que conforman la jurisdicción ordinaria. En este sentido, ante la ausencia de ley o en los casos en que la norma jurídica no tutele de forma debida un derecho, los jueces, a través de sus autos y sentencias, deben garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales; por tanto, la falta de ley no debería constituir un obstáculo para la materialización de la Constitución.

La LOGJCC establece los principios que rigen a la jurisdicción constitucional ecuatoriana, preceptos que incorporan de forma tradicional los países donde impera la democracia constitucional. Así, su aplicación favorable a los derechos, la obligatoriedad del precedente constitucional, el acceso a la justicia, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional y la presunción de constitucionalidad de la ley constituye un elemento base de la jurisdicción constitucional en el Ecuador. “[...] Vale decir en el marco de estos procesos constitucionales, que la Corte deberá desplegar su calidad de intérprete jurídico final

¹⁵⁹ Art. 417 CRE: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

de la Constitución. Este importante cambio en cuanto al rol de la jurisprudencia constitucional exige una mayor y mejor comunicación entre Corte Constitucional y la justicia ordinaria” (Grijalva: 2012, 234).

Finalmente, cabe destacar la implementación de la legitimación popular para la presentación de garantías jurisdiccionales. La ampliación de los actores que se encuentran legitimados para solicitar el control de constitucionalidad de la ley garantiza la participación de los ciudadanos en la defensa de la Constitución. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional del Ecuador presenta un carácter abierto.

3.4. Estructura de la jurisdicción constitucional en el Ecuador

La jurisdicción constitucional ecuatoriana se encuentra compuesta por un conjunto de órganos judiciales responsables de garantizar y defender los derechos constitucionales. El artículo 428 CRE confiere a los jueces ordinarios, en calidad de jueces de garantías constitucionales, la facultad de plantear en casos concretos una especie de control preventivo de constitucionalidad a través de la consulta de constitucionalidad de la ley. En consecuencia, todos los jueces son garantes de la Constitución.

La estructura de la jurisdicción constitucional garantiza la sujeción del Estado y sus miembros a la Constitución (Montaña, Porras: 2012, 145). De tal modo, la Constitución y la LOGJCC confirieron a los jueces de la jurisdicción ordinaria competencias para resolver los procesos de acción de protección, medidas cautelares, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública y la acción de incumplimiento. Por otra parte, las cortes provinciales resuelven los recursos de apelaciones que se presentan contra los autos de sentencias emitidos por los jueces de primer nivel y las acciones de habeas corpus que involucran a personas con fuero provincial.

En ese sentido, la Corte Nacional de Justicia es el órgano jurisdiccional de mayor rango dentro del poder Judicial y conoce los recursos de apelación de las acciones de habeas corpus resueltas por los jueces de las cortes provinciales, además de sustanciar los procesos judiciales que involucren a representantes del Estado que

gocen de fuero nacional. En suma, la Constitución confirió a todos los jueces competencias jurisdiccionales en defensa de la Constitución y, a la vez, concentró en la Corte Constitucional la competencia exclusiva para expulsar del ordenamiento jurídico a las leyes contrarias a la Constitución¹⁶⁰.

3.5. Corte Constitucional del Ecuador

La Asamblea Constituyente del Ecuador atribuyó a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Dicho esto, es el único organismo del Estado que aplica el control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas y los actos administrativos¹⁶¹.

La Corte Constitucional al realizar un control que puede ser abstracto o concreto se convierte en el guardián del orden constituido, ya que al aplicar el control sobre la ley y las actuaciones de los poderes públicos interviene de forma activa en la consolidación del Estado de Derecho.

Por su parte, los magistrados de la Corte Constitucional serán designados por una comisión integrada por dos representantes de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social (art. 434 CRE); y, a fin de garantizar la independencia de la jurisdicción constitucional, los miembros de la Corte Constitucional no podrán ser removidos por el órgano que los designó.

En consecuencia, la Corte Constitucional es un órgano independiente, posee autonomía administrativa y financiera¹⁶², y está conformada por nueve magistrados que ejercen funciones durante un periodo de nueve años, sin opción de participar en

¹⁶⁰ “La versión ecuatoriana del control judicial de constitucionalidad ha derivado en la conformación de un sistema mixto que se encuentra a medio camino entre el sistema difuso y el concentrado, el cual entrega a los jueces ordinarios un control incidental de la constitucionalidad de la aplicación de la ley” (Gaviria et al.: 2012, 16).

¹⁶¹ Art. 429 CRE: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.

¹⁶² “La Corte Constitucional, actor que tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto las injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios. Frente a la noción de independencia judicial (noción negativa) que destaca la ausencia de injerencias indebidas sean políticas, mediante corrupción u otro tipo de presiones, la concepción crítica busca integrar esta noción negativa a otra positiva que destaca también el poder propio y específico del juez constitucional” (Grijalva: 2012, 199).

los procesos de selección de forma inmediata (art. 432 CRE). El presidente de la Corte Constitucional será el encargado de representar legal, judicial y extrajudicialmente a la Corte; convocará y presidirá las reuniones que se lleven a efecto, ya sea para la aprobación del proyecto de presupuesto de la Corte o para la designación de funcionarios y empleados a través de concursos públicos.

El pleno de la Corte Constitucional será presidido por el presidente de la Corte y se tomarán decisiones con al menos cinco votos por parte de los jueces para aceptar o denegar los casos puestos en su conocimiento mediante sentencia. Además, el pleno de la Corte designará de forma rotativa y temporal a los magistrados de las salas y ejercerá la función disciplinaria de los jueces conforme lo determine la ley.

Por otro lado, la Corte Constitucional de manera interna se organiza en tres salas: de admisión, de selección y de revisión. Cada una se conforma por tres jueces, designados mediante un sorteo por un periodo de 30 días (art. 197 LOGJCC). Culminado el periodo de funcionamiento, se reorganizarán las salas conforme al mismo procedimiento que establece la codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC).

En ese sentido, las salas de admisión determinan si es procedente el planteamiento de procesos jurisdiccionales ante la Corte. Previa presentación del proyecto de providencia a cargo del juez ponente, la sala emitirá un auto de admisión o inadmisión. En los casos en que estime pertinente, la sala de admisión enviará a completar o aclarar la demanda en el término de cinco días (art. 83 LOGJCC). Los autos no son susceptibles de apelación (Montaña et al.: 2012, 129).

Así las cosas, la sala de selección se conforma de forma aleatoria, similar a las salas de selección de la Corte Constitucional colombiana (Escobar: 2011, 66). Esta se encarga de escoger de forma discrecional las sentencias que serán objeto de revisión, no obstante, se deben observar los parámetros que establece el artículo 25.4 LOGJCC¹⁶³. La selección de las sentencias se realizará de forma aleatoria entre las

¹⁶³ “La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección: a) Gravedad del asunto. b) Novedad del caso e inexistencia de

dictadas por los jueces de instancia en materia de garantías jurisdiccionales¹⁶⁴ y las resoluciones de medidas cautelares; aun así, no cabe la interposición de recurso alguno contra las decisiones de la sala de selección.

Una vez que la sala de revisión recibe los procesos seleccionados, esta designa mediante sorteo al juez ponente, responsable de elaborar el proyecto de sentencia que será puesto en conocimiento de la sala en un término de 15 días. Luego, en el término de cinco días, la sala de revisión remite el expediente con el proyecto de sentencia a la secretaría general. Finalmente, el pleno de la Corte Constitucional emite sentencia en el término de 20 días posteriores a la recepción del expediente. Una vez adoptada la decisión, el expediente será remitido al juez competente de primera instancia para que notifique la sentencia a las partes y la ejecute dentro del término razonable que se establecerá en la propia sentencia (art. 28 RSPCCC).

Con respecto al artículo 436 CRE, este confiere a la Corte Constitucional las siguientes atribuciones: interpretar la Constitución con efecto general y vinculante para los poderes del Estado, realizar el control abstracto de constitucionalidad de la ley y las normas con fuerza de ley, aplicar el control integral de constitucionalidad sobre las normas conexas, declarar la inconstitucionalidad por omisión, controlar el cumplimiento de normas generales y las disposiciones de los organismos internacionales de derechos humanos, resolver los conflictos de competencias entre los órganos constitucionales, emitir un dictamen de constitucionalidad de los decretos de Estado de excepción, y controlar la constitucionalidad de las consultas populares y de otros actos políticos, como la disolución de la Asamblea o la destitución del Presidente o el Vicepresidente de la república.

Por otra parte, se requiere un dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional para el inicio del juicio político en contra del Presidente o el Vicepresidente de la república, un dictamen favorable para la destitución del Presidente o el Vicepresidente de la república, y un dictamen favorable en caso de que

precedente judicial. c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional. d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia”.

¹⁶⁴ Las salas de revisión avocarán conocimiento de las sentencias en casos de acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública, así como resoluciones de medidas cautelares.

el Presidente decreta la disolución del poder Legislativo por arrogación de funciones. Mientras se convoque a elecciones y se elijan los miembros del poder Legislativo, el Presidente requerirá el dictamen favorable de la Corte Constitucional para emitir decretos de urgencia en materia económica.

A fin de garantizar la seguridad jurídica, la Corte Constitucional, por regla general, interviene a petición de parte, salvo con ciertas excepciones que la propia Constitución y la LOGJCC, facultan a la Corte para actuar de oficio (Grijalva: 2012, 225). En definitiva, la Corte Constitucional ecuatoriana es un auténtico tribunal de justicia, pues las sentencias que dicta obligan a los poderes del Estado a su cumplimiento.

3.6. Control de constitucionalidad de la ley

La Corte Constitucional realiza el control previo y posterior de la ley a través de la acción pública de inconstitucionalidad y la consulta de constitucionalidad. Una vez que la ley se publica en el registro oficial, es posible demandar su inconstitucionalidad por vicios materiales o formales; y, en el caso de las reformas constitucionales, solo por vicios de procedimientos y cuestiones formales. Por otra parte, la Corte a través de la acción extraordinaria de protección realiza el control de las acciones de tutela que sustancian los jueces de la jurisdicción ordinaria.

En lo que concierne a la CRE, esta implementó un conjunto de garantías jurisdiccionales a fin de garantizar los derechos de las personas. Del mismo modo, se atribuyó a la Corte Constitucional la competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley; no obstante, ello corresponde a todos los jueces. “Se requieren [...] la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación” (Ávila: 2012, 210).

3.6.1. Acción pública de inconstitucionalidad

La acción pública de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 86 CRE, y en concordancia con el artículo 98 LOGJCC, es un proceso de naturaleza abstracta¹⁶⁵ que incorpora varios elementos del control de constitucionalidad abstracto colombiano (Escobar: 2011, 63). Esta procede contra leyes, decretos de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; contra los actos administrativos de carácter general, enmiendas, reformas constitucionales y resoluciones legislativas que aprueban los tratados internacionales (art. 75. LOGJCC). Dicho esto, es una forma de control posterior a la promulgación de la ley.

Con respecto a la acción pública de inconstitucionalidad, se trata de un procedimiento que garantiza el acceso a la jurisdicción constitucional a todas las personas; de esta forma, los ecuatorianos se encuentran legitimados para solicitar el control de constitucionalidad de forma individual o colectiva, tal como establece el artículo 77 LOGJCC (Montaña et al.: 2012, 125). En suma, concebir la acción pública de inconstitucionalidad como un recurso que se ejerce de forma popular permite la democratización de la jurisdicción constitucional, ya que la tutela de los derechos que proclama la CRE es un deber de todos los ecuatorianos.

En el caso de que los ciudadanos aprueben mediante referéndum la reforma o la enmienda de la Constitución, la demanda de inconstitucionalidad procederá contra vicios formales o de procedimiento. Las cuestiones de fondo serán analizadas por la Corte Constitucional antes del sufragio popular. La persona interesada en interponer la acción de inconstitucionalidad dispondrá de un plazo de 30 días posteriores a la promulgación de la reforma constitucional (art. 106 LOGJCC).

Por otro lado, el artículo 79 LOGJCC establece los requisitos que deberá contener la demanda de inconstitucionalidad. En caso de admitir la acción, la Corte

¹⁶⁵ El art. 74 LOGJCC señala la finalidad del control abstracto: “El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.

Constitucional deberá resolver en el mismo auto la solicitud de suspensión provisional de la norma demandada, en caso de que se presente en conjunto esta solicitud de medida cautelar.

Por su parte, el juez responsable de sustanciar la acción de inconstitucionalidad elaborará el proyecto de sentencia, según lo previsto en el artículo 85 LOGJCC; los demás magistrados de la Corte Constitucional pueden aportar criterios en torno al proceso constitucional. Concluido el término, el juez ponente dispone de un plazo de 15 días para presentar a la Secretaría General el proyecto de resolución. Los magistrados tienen cinco días para presentar observaciones al proyecto de sentencia. Finalmente, la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad es emitida por el pleno de la Corte Constitucional, y se aprobará por mayoría absoluta de sus integrantes (art. 88 y ss. LOGJCC).

Ahora bien, la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad produce efecto de cosa juzgada, de carácter *ex nunc* (hacia el futuro), a fin de garantizar la seguridad jurídica (Montaña et al.: 2012, 132). No obstante, el artículo 95 LOGJCC establece que la sentencia de forma excepcional puede modular sus efectos en el tiempo con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución o evitar que la declaración de inconstitucionalidad produzca vacíos normativos o vulnere derechos.

3.6.2. Acción de inconstitucionalidad contra omisiones legislativas

La acción pública de inconstitucionalidad no solo procede contra actos normativos de los poderes del Estado: el artículo 436.10 CRE permite plantear la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones normativas en los casos en que los órganos del Estado inobserven mandatos constitucionales que contengan la obligación de hacer. Ante esta situación “[...] se trata de una modalidad de control constitucional abstracto a cargo de la Corte Constitucional, con la cual se busca efectivizar las disposiciones constitucionales que [...] no son cumplidos dentro del tiempo establecido en la propia Constitución o en lo que se considere un plazo razonable” (Montaña et al.: 2012, 134). Se podría afirmar que el precepto en el que se fundamenta esta acción es la obligación del Estado frente a cuestiones que “no puede no decidir” en materia de derechos.

Por otro lado, el artículo 52 LOGJCC limitó la interposición de la acción de inconstitucionalidad por omisión al incumplimiento de obligaciones constitucionales que se deben ejecutar en un plazo determinado. Dicho de otro modo, no cabe su planteamiento en casos que se deriven del incumplimiento de la parte dogmática de la Norma Fundamental, hecho que deslegitima la voluntad del constituyente en el momento en que se concibe la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas, ya que ante la falta de actuación del Estado, la Corte Constitucional posee la atribución de dictar auténticas normas jurídicas de forma temporal (Grijalva: 2012, 232).

3.6.3. Consulta de constitucionalidad

La consulta de constitucionalidad, conforme lo dispuesto por el artículo 428 CRE, permite a la Corte Constitucional aplicar el control de constitucionalidad de la ley en casos concretos; dicho esto, “el control concreto de constitucionalidad que dejó de ser un control difuso para convertirse en un control concentrado ejercido por la Corte Constitucional, mediante el mecanismo de la consulta o cuestión de inconstitucionalidad” (Gaviria et al.: 2012, 210). Este tipo de control garantiza los derechos de las partes durante la sustanciación de los procesos judiciales, dado que es una obligación de todos los jueces aplicar leyes que gocen de validez formal y sustancial. Dicho de otro modo, las normas jurídicas aplicables no pueden ser contrarias a la Constitución¹⁶⁶.

La consulta de constitucionalidad procede de oficio o a petición de parte; no obstante, la titularidad de la acción es exclusiva de los jueces de las diferentes instancias judiciales. A la luz del principio *pro legislatore*, los jueces deben aplicar leyes cuya interpretación se ajuste a la Constitución; en este sentido, la acción de consulta debe encontrarse debidamente motivada, es decir, el juez sustanciador de la

¹⁶⁶ Asimismo, para garantizar que las normas jurídicas sean constitucionalmente válidas, es decir, que guarden coherencia tanto la legislación interna como los tratados internacionales, la LOGJCC implementó el control concreto de constitucionalidad en este sentido: Art. 141. “El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”.

causa debe justificar de forma fehaciente las dudas acerca de la constitucionalidad de la ley (Grijalva: 2012, 194).

La consulta de constitucionalidad es una acción jurisdiccional similar a la cuestión de inconstitucionalidad que contempla la Constitución de España; así, el juez que sustancia la causa no solo debe singularizar la norma que presume inconstitucional, sino que deberá identificar el precepto constitucional que sirve de base para solicitar el control de constitucionalidad. Asimismo, debe argumentar con claridad las motivaciones jurídicas que hacen presumir la inconstitucionalidad de la ley y su relevancia constitucional¹⁶⁷.

Dicho esto, cuando el juez considere que la norma jurídica que servirá de base para resolver la causa que se encuentra bajo su competencia es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tiene la obligación de suspender el proceso judicial y plantear la consulta de constitucionalidad debidamente motivada (art. 76.7. CRE) ante la Corte Constitucional. Suspender un proceso judicial sin justificación suficiente produciría la vulneración del principio de celeridad procesal y, por tanto, limitaría el acceso a la justicia de forma efectiva y eficaz.

Por lo anotado en líneas anteriores, la Corte Constitucional, en la Sentencia 001-13-SCN-CC, estableció los criterios que los jueces deben seguir para plantear la consulta de constitucionalidad de las normas jurídicas. Al respecto, la Corte Constitucional dispone de un plazo de 45 días para resolver la constitucionalidad de la norma objeto de control.

En los casos en que la Corte Constitucional no se pronuncie dentro del plazo de 45 días sobre la consulta de constitucionalidad, el proceso será devuelto a la instancia judicial respectiva para que prosiga la sustanciación de la causa, situación no

¹⁶⁷ “[...] No basta la mera enunciación de preceptos constitucionales que eventualmente podrían ser afectados, pues aquello no evidencia la labor de administrar justicia en términos constitucionales de los juzgadores, que deben realizar la labor hermenéutica integral y sistemática, lo que podría devenir en la vía de escape para no cumplir con su obligación constitucional [...]” (Montaña et al.: 2013, 312).

deseable, toda vez que el juez de la jurisdicción ordinaria deberá resolver un proceso judicial con una norma jurídica de la que sospecha su inconstitucionalidad (Montaña et al.: 2013, 315). No obstante, ante esta situación, la Constitución y la LOGJCC reservan para las partes procesales la posibilidad de presentar las acciones constitucionales que consideren pertinentes. En definitiva, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley prevalece en los casos que la Corte Constitucional no se pronuncie sobre la consulta de constitucionalidad.

La sentencia que resuelve la consulta de constitucionalidad puede producir efectos de carácter general o entre las partes, esto es, según el fallo que desarrolle la Corte. En este sentido, el control concentrado de constitucionalidad permite garantizar la uniformidad de los fallos en materia constitucional, y su principal característica es ser vinculante y/o erga omnes; de esa forma, rige para todos los casos análogos. La Corte Constitucional estableció en sentencia la aplicación del control concentrado de constitucionalidad, pues es el único ente capaz de declarar inconstitucionalidades de forma o fondo dentro de las normas jurídicas existentes y de crear jurisprudencia vinculante en los casos que avoque conocimiento¹⁶⁸.

En definitiva, la jurisdicción constitucional ecuatoriana incorporó un sistema de control constitucional en el que incluye la participación de los jueces ordinarios. De tal forma, previo a plantear la consulta de constitucionalidad, los administradores de justicia deberán interpretar la ley a luz de la Norma Fundamental y, en consecuencia, se convierten en auténticos jueces de la Constitución.

3.6.4. Acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional que atribuye a la Corte Constitucional la competencia para analizar la constitucionalidad

¹⁶⁸ “En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad” Sentencia 001-13-SCN-CC.

de las sentencias¹⁶⁹, autos o resoluciones administrativas que, a juicio del titular de la acción, vulneran derechos. Por otro lado, se debe diferenciar la acción de protección de la acción extraordinaria de protección. La primera es una acción de conocimiento que procede contra la violación de derechos que se producen a partir de la actuación de cualquier autoridad pública o privada.

En cambio, la acción extraordinaria de protección procede contra decisiones judiciales en firme¹⁷⁰, en los casos que el objeto de la acción incide de forma directa en la decisión judicial. Así, el accionante deberá singularizar con claridad la violación del derecho constitucional a partir de las actuaciones judiciales. Una vez que se hayan agotado todos los recursos en la vía ordinaria, las partes procesales pueden plantear la acción extraordinaria de protección en el plazo de 20 días a partir de la notificación de la sentencia.

Quienes no fueron partes procesales, pero se encuentran vinculados al proceso, disponen del mismo plazo a partir de la fecha que avoquen conocimiento (art. 60 LOGJCC); y la sala de admisión de la Corte Constitucional deberá resolver la admisibilidad de la acción en el plazo de 10 días (art. 62 LOGJCC). Por otro lado, la acción extraordinaria de protección no es procedente contra las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

El objeto de la acción extraordinaria de protección es determinar la vulneración de derechos constitucionales durante la sustanciación del proceso judicial. Es importante destacar que la acción extraordinaria de protección no fue concebida con el fin de analizar asuntos de mera legalidad o errónea aplicación de leyes infraconstitucionales: “[...] la acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a las acciones

¹⁶⁹ La acción extraordinaria de protección procede contra las decisiones de las autoridades indígenas (art. 65 LOGJCC) al ser resoluciones jurisdiccionales (art. 171 LOGJCC).

¹⁷⁰Art. 437 CRE: “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.

y omisiones tanto de los particulares como de todo servidor público, incluyendo a los jueces” (Montaña, Porras: 2012, 136).

Por regla general, la acción extraordinaria de protección garantiza que en los procesos judiciales no se haya vulnerado el debido proceso, hecho que no excluye la protección de cualquier otro derecho constitucional. Por lo expuesto, se trata de una vía de acceso a la jurisdicción constitucional que garantiza exclusivamente la protección y la reparación de los derechos.

Aunado a esto, se destaca que, al igual que la acción de amparo que contempla la Constitución de España, se requiere que el caso represente un asunto de “relevancia y trascendencia nacional”. A la luz de estas consideraciones, la aplicación del *certiorari* se encuentra presente en la jurisdicción constitucional del Ecuador. Los jueces, para admitir la acción extraordinaria de protección, analizan las sentencias y establecen la gravedad del riesgo que podría ocasionar la vulneración de un derecho para la justicia constitucional.

En ese sentido, la acción extraordinaria no constituye una nueva instancia, sino que es una garantía subsidiaria. Dicho esto, la Corte Constitucional no posee la atribución para analizar pruebas, o interpretar los fallos de los órganos judiciales, dado que supondría un riesgo para la seguridad jurídica y la independencia judicial al poner en duda las decisiones de los jueces de la justicia ordinaria (Grijalva: 2012, 236). En definitiva, la acción extraordinaria de protección se circunscribe al análisis de constitucionalidad, puesto que los asuntos de legalidad se recurren a través de las vías previstas por la Constitución y la ley dentro de la jurisdicción ordinaria.

Al resolver la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional analiza tanto la constitucionalidad de las leyes que sirvieron de base para dictar sentencia como la de las normas que se vinculan al proceso, a pesar de no haber sido invocadas en el contenido de la demanda. En definitiva, la acción extraordinaria de protección fortalece el vínculo jurídico que existe entre la jurisdicción constitucional y ordinaria, ya que permite a la Corte Constitucional dictar jurisprudencia vinculante. Dicho de otro modo, son criterios jurídicos que los jueces de instancia deben observar de manera obligatoria al dictar sentencia.

3.6.5. La relación entre el recurso de casación y la acción extraordinaria de protección

No se debe confundir la acción extraordinaria de protección con el recurso de casación. Este último permite a la Corte Nacional de Justicia dictar jurisprudencia vinculante y unificar criterios en torno a la interpretación de la ley. Dicho esto, las acciones constitucionales se implementaron para efectuar una interpretación constitucional de la ley (Grijalva: 2012, 279).

El recurso de casación procede en los casos que existe una errónea interpretación de la ley con el fin de resolver asuntos de legalidad. De modo que la Corte Constitucional no es competente para realizar interpretaciones infraconstitucionales de mera legalidad; ya que su análisis se limita estrictamente a la constitucionalidad de la ley frente a la vulneración de derechos constitucionales.

Para terminar, la interposición de la acción extraordinaria de protección no se debe utilizar como un instrumento de dilación que interfiera con el cumplimiento de las sentencias que dictan los jueces de la jurisdicción ordinaria. El art. 64 LOGJCC establece la apertura de procesos sancionadores contra los abogados que interpongan acciones constitucionales sin fundamentos.

3.6.6. Control previo de constitucionalidad

La Constitución, con el fin de evitar la promulgación de leyes o normas con fuerza de ley contrarias a la Constitución, atribuyó a la Corte Constitucional el control *a priori* de la ley. La solicitud del control previo de los proyectos de ley es una potestad exclusiva del Presidente de la República. Por esa razón, el veto del Ejecutivo procede en los casos en que se considera inconstitucional el proyecto de ley tratado por el poder Legislativo.

Por otra parte, el artículo 438 CRE ordena a la Corte Constitucional emitir dictamen previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales previos a su aprobación por el poder Legislativo; y sobre los proyectos de convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los Gobiernos autónomos descentralizados.

En el caso de la convocatoria a consultas populares, la Corte Constitucional analizará de forma previa la constitucionalidad de las preguntas que se plantean en referéndum¹⁷¹. Llevar a cabo una consulta popular sin que se realice un control previo de constitucionalidad podría ocasionar la colisión entre el principio de la seguridad jurídica y la manifestación de la voluntad soberana, hecho que produce efectos negativos para el orden constitucional.

Así, a diferencia del control de constitucionalidad colombiano, en Ecuador no existe un sistema de control previo de constitucionalidad de proyectos de ley, salvo el veto presidencial. No obstante, la Constitución atribuyó a la Corte Constitucional competencias para controlar de forma previa algunas actuaciones de los organismos del Estado¹⁷². El examen posterior de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

3.6.7. Acción de interpretación

La concepción de la acción de interpretación de la Constitución como una vía autónoma para acceder a la jurisdicción constitucional (art. 436.1 CRE), es un aporte singular del constitucionalismo ecuatoriano a la teoría del derecho procesal (Gaviria et al.: 2012, 211). Si bien es cierto que la Corte Constitucional, al sustanciar los procesos constitucionales, debe interpretar la ley a la luz de la Constitución, la acción de interpretación permite a la Corte interpretar los artículos de la propia Constitución.

El artículo 155 LOGJCC confiere la legitimación activa para solicitar la interpretación constitucional al Presidente de la República y la Asamblea Nacional; la función de Transparencia y Control social; la función Electoral; y a la función Judicial

¹⁷¹ Este control previo se debe realizar sobre la convocatoria, los considerandos que introducen la pregunta y sobre las preguntas específicas de acuerdo con los artículos 102, 103, 104 y 105

¹⁷² “[...] Se contempla el ‘control previo de la constitucionalidad de las preguntas propuestas para consultas populares’ de carácter nacional o a nivel de los Gobiernos autónomos descentralizados (art. 104, inciso final), así como ‘la calificación por parte de la Corte Constitucional del procedimiento pertinente para la reforma constitucional’ (art. 443). También se requiere del dictamen previo de ‘admisibilidad’ por parte de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional pueda proceder al ‘enjuiciamiento político del presidente’ de la república por las causales del artículo 129, así como para su ‘destitución por arrogarse funciones que no le corresponden’ según el artículo 130. Correlativamente, corresponde también a la Corte verificar la ‘constitucionalidad del decreto presidencial de disolución de la Asamblea’” (Grijalva: 2012, 190).

por intermedio de su órgano rector. Por otra parte, los ciudadanos también pueden solicitar la interpretación de la Constitución siempre y cuando cuenten con el respaldo del 0,25 % del registro electoral nacional.

El objeto de esta acción autónoma de interpretación se encuentra en aplicar de forma íntegra el contenido del texto constitucional en situaciones donde no exista certeza del sentido que el constituyente otorgó a la norma constitucional. Dicho esto, la acción de interpretación permite a la Corte Constitucional atribuir un significado al texto normativo constitucional, es decir, busca garantizar la supremacía de la Constitución y la eficacia jurídica de los derechos.

No obstante, la LOGJCC limita el objeto de la interpretación constitucional a la parte orgánica de la Constitución. Situación que restringe la voluntad del constituyente, dado que devuelve la acción interpretativa de los derechos y garantías al poder Legislativo. El fin de la acción de interpretación, al ser concebida como una acción autónoma consistía en fortalecer el papel de la Corte Constitucional en situaciones donde no existían claridad o acuerdos respecto a la interpretación de la Constitución (Gaviria et al.: 2012, 219).

El procedimiento para sustanciar la acción de interpretación es el mismo que se establece para efectuar el control abstracto de constitucionalidad (art. 157 LOGJCC). En suma, la aprobación del dictamen interpretativo requiere el voto favorable de 7 de los 9 magistrados de la Corte Constitucional. Dado que el Derecho se encuentra en constante evolución, las reglas interpretativas que emite la Corte Constitucional pueden ser cambiadas en cualquier momento, ello solo requeriría la aprobación de un nuevo dictamen de interpretación.

4. Jurisdicción constitucional en Bolivia

La Constitución que entró en vigor en el año 2009 proclamó a Bolivia como un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario [...]”, hecho que trajo consigo la reivindicación de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y, en consecuencia, el reconocimiento de que los principios y valores de los pueblos andinos forman parte del contenido dogmático de la Constitución.

La Constitución de Bolivia consagra el principio de “vivir bien” o *suma qamaña*, similar al derecho del buen vivir que se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador. El derecho a “vivir bien” es una forma de reinterpretar desde una perspectiva Andina al Estado de bienestar que se desarrolló en la Europa del siglo XIX. Dicho esto, la Constitución de Bolivia, al igual que la Constitución ecuatoriana, introdujo una visión vanguardista del garantismo constitucional clásico, dado que “vivir bien” es un precepto que se encuentra un paso adelante del tradicional concepto de Estado de bienestar, al menos en el plano formal.

En consecuencia, el precepto de “vivir bien” responde a una visión integral del derecho de los bolivianos a vivir en un entorno de paz y bienestar, en armonía con la naturaleza. En este sentido, se promueve la hibridación de los valores de la cosmovisión andina con los principios constitucionales y democráticos sobre los que se fundan las sociedades occidentales. Por esa razón, la Constitución de Bolivia implementó un modelo de Estado garantista de derechos, con base en la democracia constitucional; de esa forma se atribuyó al Tribunal Constitucional Plurinacional la defensa del orden constitucional¹⁷³. En este sentido, corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley y las actuaciones de los poderes del Estado.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia no establece un orden jerárquico entre los derechos constitucionales¹⁷⁴, es decir, todos los derechos tienen el mismo valor e importancia para el desarrollo del vivir bien; no obstante, un derecho siempre prevalecerá sobre otro según los elementos fácticos que se analicen en un proceso jurisdiccional. En caso de duda o difícil interpretación, corresponderá a la Corte Constitucional interpretar la ley conforme a la Constitución.

¹⁷³ “[...] Desde 1851 la Constitución boliviana sentó ya este principio de supremacía, reafirmado en la Constitución de 2004 (art. 228) y en la actual promulgada el 7 de febrero del presente año (art. 410), tal principio no tendría efectividad en la práctica si no fuera por la presencia y la acción de un órgano jurisdiccional que defiende esa supremacía. Y esto ha ocurrido desde que la genialidad de Hans Kelsen creó en 1920 el Tribunal Constitucional en Austria, posteriormente imitado en Europa y América, para cumplir tan trascendental objetivo” (Baldivieso Guzmán: 2010, 15).

¹⁷⁴ “En Bolivia existe una clasificación de derechos –fundamentales, de grupos protegidos y derechos en general– sin embargo, la diferencia es meramente semántica puesto que la propia Constitución desconoce cualquier jerarquía y establece los mismos medios de protección para todos ellos” (Baldivieso Jinés: 2017, 24).

Así las cosas, la protección de los derechos es un eje fundamental de las constituciones que fueron redactadas a principios del siglo XXI en la región Andina. En esta línea la Constitución Política de Bolivia implementó acciones en defensa de los derechos individuales y colectivos¹⁷⁵.

En la actualidad, la Constitución de Bolivia organiza al sistema judicial en cuatro jurisdicciones: ordinaria, constitucional, agroambiental, indígena originaria y campesina¹⁷⁶; organización que responde a la nueva concepción del Estado Constitucional de Derecho boliviano: un Estado plural¹⁷⁷ que administra justicia sin dejar de lado los preceptos de la cosmovisión andina.

4.1. Antecedentes históricos

La historia de la justicia constitucional en Bolivia resulta un tanto más accidentada que la de los demás países de la región, porque el orden constituido en el Estado boliviano ha sufrido resquebrajamiento en reiteradas ocasiones, los cuales han sido perpetrados tanto por miembros de las Fuerzas Armadas como también por miembros de la sociedad civil¹⁷⁸. Pese a ello, Bolivia se constituye en uno de los primeros países de la región que intentó garantizar a través del orden constitucional la división de poderes dentro del Estado.

Desde las primeras cartas fundamentales el control de constitucionalidad se encontraba a cargo de la Cámara de Censores del órgano legislativo, y posteriormente estuvo a cargo del Consejo de Estado –en el período de 1825-1878– la aplicación del control político de la Constitución como se cita:

¹⁷⁵ En el Título IV de la Constitución Política de Bolivia, desde el artículo 109 al 136, se encuentran las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa.

¹⁷⁶ “En Bolivia, entre las instancias sujetas a control de la jurisdicción constitucional viene ahora justamente a situarse la jurisdicción indígena originario campesina. Aquí es donde se presenta en efecto la novedad neta [...]” (Clavero Salvador: 2012, 40).

¹⁷⁷ “En el derecho de las sociedades plurales las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas. Basta contemplar la creciente presencia y formalización de principios constitucionales. De ahí que la diferencia entre el modelo tradicional de Estado legislativo y el modelo constitucional radica en la evolución desde un sistema jurídico basado en las reglas hacia un sistema jurídico alternativo basado en los principios” (Talayera: 2012, 26).

¹⁷⁸ “Una prueba de ello es que al año 1980 en Bolivia se produjeron 200 golpes de Estado en apenas 155 años de vida Republicana; lo que dio lugar a que en este período de tiempo 74 presidentes de la República hubiesen conducido al Estado, con un promedio de 2,09 años de duración en el mandato” (Rivera: 2008, 174).

A lo largo de su historia republicana, el Estado boliviano adoptó diferentes modelos de control de constitucionalidad. Al nacer a la vida republicana adoptó el modelo de control político de constitucionalidad y encomendó la labor inicialmente a la Cámara de Censores del órgano legislativo y, posteriormente, al Consejo de Estado. Este modelo tuvo vigencia entre 1825 y 1878. Luego adoptó el modelo [norte]americano o de control judicial difuso de constitucionalidad, y encomendó la labor a todos los jueces y tribunales de justicia. Este modelo tuvo vigencia entre 1868 y 1999. Finalmente, mediante la reforma constitucional de 1994 adoptó el modelo europeo o kelseniano de control de constitucionalidad y encomendó la labor al Tribunal Constitucional (Rivera: 2008, 33).

En la reforma constitucional de 1861 se establecieron los primeros mecanismos de control constitucional, donde los jueces no tenían competencia para realizar el control sobre la ley (Rivera: 2008, 170). Al hacer la reforma el sistema de control boliviano tuvo como referente el modelo de control jurisdiccional difuso norteamericano, aplicado sobre las leyes y las decisiones del poder político. No obstante, aunque en Bolivia se instauró la jurisdicción constitucional, ello no implicaba una garantía para el cumplimiento de los derechos. La acción de los jueces estaba restringida a cumplir la labor de legislador negativo o, como se ha mencionado en apartados anteriores, correctores del sistema normativo que imperaba en la época.

Hasta el año de 1938 los jueces tuvieron entre sus potestades la aplicación del control constitucional¹⁷⁹ y, como se sabe, el control difuso otorga a todos los jueces la facultad de inaplicar la ley que contraviene a la Constitución en un caso concreto que esté bajo su competencia. El control constitucional difuso en Bolivia surgió en medio de una serie de precariedades tales como las limitaciones institucionales y económicas para hacer cumplir la protección de los derechos y las reiteradas interrupciones del orden constitucional.

Cuando el general Banzer asumió el poder mediante un golpe de Estado en el año 1971, el cual llevó a cabo contra el anterior gobierno *de facto*, la Constitución de

¹⁷⁹ En el año 1938 se redactó una nueva constitución. El control de constitucionalidad se convirtió en una competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia (Art. 143.5 CPB).

1967 entonces vigente se aplicó de forma restringida durante todo su período de gobierno en virtud del Decreto Supremo N.º 11947 que fue emitido el 9 de noviembre de 1974. El retorno de la democracia se dio en el año 1982, este vino acompañado de una agenda de trabajo que contenía una serie de reformas constitucionales que se verán reflejadas en la Constitución de 1994.

En efecto, en 1975, al celebrar el sesquicentenario de su independencia y constitución en Estado libre, soberano e independiente, Bolivia era conducida por un gobierno militar *de facto*, presidido por el Gral. Hugo Banzer Suárez, quien accedió a la Presidencia de la República a través de un golpe de Estado en agosto de 1971. Restablecido el régimen democrático representativo, en octubre de 1982, se inició un proceso de reformas estructurales del Estado y en agosto de 1994 se reformó la Constitución, introduciendo importantes modificaciones al sistema constitucional para consolidar el régimen democrático representativo (Rivera: 2008, 175).

Entre las reformas que trajo consigo la Constitución de 1994 se destaca la reestructuración del sistema de justicia, dado que por primera vez se incluiría una corte especializada de jurisdicción constitucional. Además, el modelo de control difuso o norteamericano fue reemplazado por el modelo de control jurisdiccional concentrado, situación que generaría una prolongada disputa con la Corte Suprema de Justicia, al presentar esta una férrea oposición a la institucionalización de un órgano independiente y externo al poder Judicial (Rivera: 2008, 194). Trascurridos 5 años de la aprobación de las reformas que se le hicieron a la Constitución, el 1 de junio de 1999, debido a que el Congreso dilataba la aprobación de la Ley N.º 1833, la Corte Constitucional entró en funciones

A partir del año 1994 se comenzó a formar un nuevo paradigma constitucional en el Estado de Bolivia, el cual se consolidará en los subsiguientes marcos constitucionales. En ese sentido, existe una marcada diferencia con las reformas constitucionales anteriores al convertirse el Tribunal Constitucional en el máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, simultáneamente subsistirá la aplicación del control difuso a manos de los demás órganos jurisdiccionales, tal como se refleja

en el art. 228 CPB¹⁸⁰. En definitiva, no se puede afirmar que en Bolivia imperaba un control concentrado de constitucionalidad puro, dado que al igual que en los demás países de la región Andina y en los países de Europa occidental se aplica un sistema de control mixto.

El control jurisdiccional difuso que aplicó Bolivia se fue perfeccionando a través de una serie de reformas constitucionales: la Constitución de 1994 ratificó la existencia de la pluriculturalidad del Estado boliviano (Rivera: 2008, 187). Y, posteriormente, en la Carta Fundamental que se elaboró en el año 2008 en la Asamblea Constituyente el sistema de justicia constitucional plural se termina de consolidar al crearse un órgano especializado e independiente: el Tribunal Constitucional Pluricultural. Esta innovadora concepción de la jurisdicción constitucional reafirma la participación de todos los ciudadanos, destacando la inclusión de los pueblos y nacionalidades. De ese modo:

Se ha llegado a configurar un sistema plural de control de constitucionalidad, con bases notorias en el sistema jurisdiccional concentrado de control constitucional que estuvo vigente hasta antes de la aprobación del nuevo texto constitucional; empero, esta vez, se agrega un componente plural (por el reconocimiento de la estructura societal) e inclusivo (acorde al principio de igualdad y no discriminación), cuyo objetivo es precisamente asegurar la vigencia del pluralismo como elemento fundante del Estado, y también con la finalidad de garantizar, a través de la interpretación constitucional, el modelo de constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad (Vargas Lima: 2016, 385).

La vigente Constitución de Bolivia marcó un hito histórico para la consolidación de la democracia participativa en la región, participación que fue escasamente incentivada a principios de la década de los 90 del siglo pasado, aunque se resalta que en ella por primera vez se reconoció el principio de fuerza expansiva de

¹⁸⁰ Art. 228 CPB: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

los derechos fundamentales y la inclusión de las costumbres y prácticas ancestrales de las distintas nacionalidades indígenas.

Lo cierto es que la aplicación de la justicia constitucional se empezó a entender desde la percepción de una sociedad plural en la que se hibridaron los valores de los pueblos ancestrales y la cultura occidental. En Bolivia los magistrados del más alto Tribunal de Justicia Constitucional no solo deben conocer la cosmovisión andina, también deben comprenderla, dado que la Constitución integró en su codificación las prácticas ancestrales de sus pueblos y nacionalidades.

4.2.Principios de la justicia constitucional

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, al igual que la organización del Estado, la jurisdicción constitucional boliviana se estructura a la luz de los preceptos “ético-morales de una sociedad plural¹⁸¹”. No obstante, llama la atención que entre los principios fundamentales que proclamó la Constitución de Bolivia no se contempla de forma literal a la república como base de su organización administrativa y territorial. “La Constitución boliviana propone una nueva forma de estructura política, el Estado plurinacional comunitario; este nuevo ideal de comunidad progresista no pierde los componentes propios del Estado liberal republicano [...]” (Baldivieso Jinés: 2017, 20).

La jurisdicción boliviana, al igual que en los demás países de la región, se organiza con base en el principio de supremacía de la Constitución (art. 410), por tanto, a fin de garantizar la fuerza normativa de la Norma Fundamental, se concibió un órgano jurisdiccional que aplica el control de constitucionalidad sobre la ley y las actuaciones de los poderes del Estado, propio de las democracias constitucionales que se implementaron en Europa y Latinoamérica (Baldivieso Guzmán: 2010, 15).

¹⁸¹ Art. 8.1 CPB: “I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) [...]. Las normas primarias se enriquecen con los valores y principios indígena originario, campesinos que se irradian hacia las normas fundamentales y orgánicas, pero también permanecen los bienes superiores propios de la cultura occidental; una interesante simbiosis axiológica que da pie al desarrollo del pluralismo jurídico boliviano” (Baldivieso Jinés: 2017, 20).

La Constitución de Bolivia, al igual que la Constitución de Ecuador, incorporó un amplio catálogo de derechos¹⁸², en contraste con la anterior Constitución boliviana que establecía los derechos fundamentales en 11 incisos del artículo 7. A la luz de estas consideraciones, es posible afirmar que la justicia constitucional boliviana es de carácter garantista, al grado de incorporar en la Constitución normas de carácter reglamentario; esto, con el fin de evitar que se reforme con facilidad la voluntad del constituyente, situación que ha sucedido de forma reiterada a lo largo de la historia republicana de los países andinos (Baldivieso Guzmán: 2010, 21).

Dicho de otra forma, dada la permanente inestabilidad democrática, la idea de los constituyentes bolivianos fue garantizar la voluntad soberana a través de un sistema constitucional rígido, a pesar de no ser lo más recomendado para la redacción de cartas fundamentales. En este sentido, la Constitución de Bolivia implementó nuevas garantías jurisdiccionales, y las denominó “acciones de defensa”¹⁸³ (art. 125 CPB y ss.).

Por otro lado, llama la atención que el artículo 123 de la Constitución permite la retroactividad de la ley de forma excepcional, con la finalidad de iniciar procesos judiciales por actos de corrupción. Esta es una situación atípica, dado que el principio de retroactividad de la ley, por regla general, se aplica de forma favorable a quienes se encuentran con sentencias en firme (Baldivieso Guzmán: 2010, 22).

Ahora bien, la Constitución de Bolivia en el art. 178¹⁸⁴ señala los principios que rigen al sistema judicial, y, en idéntica forma el art. 3 del Código Procesal Constitucional (CPC) de Bolivia establece los principios que observa la jurisdicción constitucional. Esta ley en mención se concibió siguiendo el modelo constitucional europeo, pero también incorpora elementos del control difuso norteamericano, sin

¹⁸² La Constitución de Bolivia establece de forma amplia el catálogo de derechos a partir del artículo 13 hasta el artículo 75.

¹⁸³“En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, las llamadas acciones de defensa se plantean como garantías de derechos y libertades con precedencia a la consideración del TCP por reconocérsele la competencia de entrada a todo el sistema judicial (Primera parte: bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías; Título IV: garantías jurisdiccionales y acciones de defensa; Capítulo II: acciones de defensa)” (Clavero Salvador:2012, 36).

¹⁸⁴ Art. 178. I. CPB: “La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”.

dejar de lado los elementos sobre los que se fundan la construcción de una sociedad plural (Vargas Lima: 2016, 382). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia reafirmó que la seguridad jurídica es un principio de la justicia, por tanto, constituye el eje rector del sistema judicial boliviano¹⁸⁵. No obstante, en la anterior Constitución el principio de seguridad jurídica se consideraba como un derecho fundamental.

En definitiva, la proclamación del pluralismo jurídico en la Constitución permitió la inclusión de los pueblos y nacionalidades al reconocer la diversidad de culturas que conviven dentro del territorio boliviano. El acceso a la jurisdicción constitucional y la democratización de las garantías constitucionales permiten al Tribunal Constitucional Plurinacional tutelar los derechos de los sectores sociales que se encuentran en situaciones desiguales o de vulnerabilidad.

4.3. Estructura de la jurisdicción constitucional en Bolivia

La Carta Fundamental de Bolivia atribuyó a los tribunales ordinarios de justicia y al Tribunal Constitucional Plurinacional la obligación de garantizar en sus respectivos niveles la aplicación de la Constitución. La única diferencia se encuentra en las competencias que la Constitución reservó de forma exclusiva al Tribunal Constitucional. “[...] La labor de control de constitucionalidad respecto de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de la persona, al ser encomendada a los jueces y tribunales ordinarios por la misma Constitución, con motivo de la existencia de un conflicto constitucional *inter partes*, los transforma a estos en jueces y tribunales de garantías constitucionales” (Vargas Lima: 2011, 643). Por lo expuesto, todos los jueces tienen la obligación de dictar sentencias a la luz de la Constitución.

¹⁸⁵ “[...] Si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su artículo 7 inc. a, establecía que toda persona tiene el derecho: ‘A la vida, la salud y la seguridad’, a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del ‘derecho a la seguridad jurídica’ como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.III CPE) [...]” (SC 0096/2010-R de 4 de mayo).

De esta manera, las sentencias o resoluciones que dictan los tribunales de la justicia ordinaria resuelven la legalidad o la constitucionalidad de las sentencias dentro de los límites de su propia jurisdicción. A tal efecto, la Constitución de Bolivia confiere a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer los recursos de nulidad, revisión y casación.

Igualmente, los jueces de la jurisdicción ordinaria son competentes para resolver las acciones de defensa en calidad de jueces de la Constitución, dicho de otro modo, ejercen un “control intermedio de constitucionalidad” (Vargas Lima: 2016, 385).

Una vez resueltas las causas tutelares se deberán remitir al Tribunal Constitucional Plurinacional en un plazo de 24 horas para ser sometidas a una eventual selección y revisión. Por otro lado, en las capitales departamentales, las garantías jurisdiccionales se sustanciarán en primera instancia por los miembros de los tribunales departamentales de justicia, quienes también resuelven los procesos en calidad de tribunales de garantías jurisdiccionales.

Por otro lado, la Constitución radicó en el Tribunal Constitucional Plurinacional la competencia para aplicar el control de constitucionalidad a través del control previo o posterior de la ley. A la luz de estas consideraciones, el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia 2143/2012, ratificó su competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley por medio de la aplicación del control de constitucionalidad¹⁸⁶. En otras palabras, en Bolivia todos los jueces se encuentran adscritos a la jurisdicción constitucional; no obstante, la potestad para resolver la constitucionalidad de la ley se concentra en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

¹⁸⁶ “Luego de la reforma constitucional de 2009, el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus magistradas y magistrados con composición plural y electos por sufragio popular” (Sentencia 2143/2012).

4.4. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

La Constitución de Bolivia desarrolla una visión integral de la justicia al concebir al Tribunal Constitucional Plurinacional como un organismo independiente pero adscrito al poder Judicial. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia garantiza la supremacía de la Constitución a través de la aplicación del control de constitucionalidad de la ley; además, a nivel jurisdiccional es el máximo intérprete y guardián de la Constitución (art. 4 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional).

No obstante, el Tribunal Constitucional Plurinacional no es el único intérprete de la Constitución. La Asamblea Plurinacional de Bolivia, en el marco de sus atribuciones constitucionales, interpreta la ley (art. 158.3 CPB). Asimismo, cada organismo del Estado boliviano, para garantizar la constitucionalidad de sus actuaciones, debe interpretar la Constitución, situación que no afecta la fuerza vinculante de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional, dado que todos los organismos públicos deben acatar sus sentencias.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, al interpretar la Constitución, aplicará de manera preferente la voluntad del constituyente y el contenido de la Norma Fundamental de manera literal. Asimismo, privilegiará la aplicación de la Constitución en el sentido más favorable sobre las demás normas jurídicas (art. 410 CPB).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional se conformará de representantes del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino, y para la designación de los magistrados se utilizarán criterios de plurinacionalidad¹⁸⁷. De la misma manera, la propia Constitución establece que la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional se regularán a través de la ley, a fin de permitir que el legislador pueda realizar reformas o cambios que puedan optimizar la eficacia de la jurisdicción constitucional¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Art. 197 CPB.

¹⁸⁸ Por un lado, la Constitución proclama los principios de la jurisdicción constitucional; por otra parte, esta reservó para el Ministerio de la Ley la estructura y el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Dicho esto, la Ley 27 del 6 de julio de 2010, reformada mediante la Ley 929 de 2017, rige la estructura, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional; y la Ley 254 restablece los procedimientos para sustanciar los procesos de carácter constitucional.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Pluricultural se conforma por nueve magistrados que son elegidos por un periodo de seis años, sin opción de reelección continua. Con el fin de garantizar el componente plural, al menos dos magistrados deberán provenir del sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal (art. 13 LTCP). Con la finalidad de otorgar legitimidad democrática a las altas cortes, los órganos del poder Judicial, incluidos los miembros del Tribunal Constitucional, se eligen mediante votación popular (art. 198 CPB). Bolivia es el único país de la región Andina que aplica este método de elección.

Tal como se ha tenido ocasión de señalar en capítulos anteriores, la legitimidad democrática no representa por sí misma una garantía de que los representantes de los poderes del Estado cumplan a cabalidad las atribuciones que la Constitución les confiere. En el caso de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, esto podría afectar su legitimidad; “por el contrario, en caso de que la elección se dé por voto popular, los criterios informales pueden llegar a tener mucha más influencia, ya que, como se mencionó anteriormente, los candidatos a estos cargos pueden aliarse con los políticos para lograr ser elegidos y poner así en riesgo la imparcialidad de sus decisiones” (Cubides, Salazar & Beltrán: 2021, 96). Dicho esto, resulta más importante la legitimidad que proviene de la independencia institucional para tomar decisiones. Los jueces deben tener amplios conocimientos de la Constitución y la ley, capaces de garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica, por lo que estos elementos también constituyen fuentes de legitimidad.

Ahora bien, el proceso de preselección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra a cargo de la Asamblea Nacional, que deberá convocar al proceso de elecciones seis meses antes de la finalización del mandato de los magistrados; y, mediante reglamentación, establecer las condiciones de elegibilidad y el procedimiento de preselección. El proceso de elección durará al menos 150 días, y las elecciones se celebrarán al menos 30 días antes del término del mandato de los magistrados del Tribunal (art. 16 y ss. LTCP).

El pleno es la máxima instancia de decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, y se encuentra presidido por el presidente. El Tribunal se organiza en cuatro salas de revisión, y cada una se conforma por dos magistrados, a fin de resolver

en revisión las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad y acción popular y de cumplimiento (art. 26 y ss. LTCP). Por otro lado, una de las salas de revisión conocerá de forma adicional y exclusiva las consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas en casos concretos. Los procesos objeto de revisión serán seleccionados a través de la comisión de admisión que se encuentra compuesta por tres magistrados, designados de forma aleatoria.

El Título IV del Código Procesal Constitucional establece de forma amplia las atribuciones que el artículo 202 de la Constitución de Bolivia confiere al Tribunal Constitucional Plurinacional. El máximo órgano de la jurisdicción constitucional ejerce el control de constitucionalidad sobre las leyes, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y las resoluciones no judiciales; resuelve los conflictos de competencia entre los órganos del Estado, entre el gobierno central y los gobiernos autónomos, y los conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. Asimismo, ejerce el control sobre los recursos directos de nulidad que proceden contra todo acto o resolución de autoridad pública o jurisdiccional por usurpar funciones.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional es un órgano de cierre, contra sus resoluciones o sentencias no procede recurso alguno. El artículo 203 de la Constitución consagra a las sentencias del Tribunal como cosa juzgada al disponer que “contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno”. Así, las sentencias o resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional Plurinacional producen efecto vinculante para todos los poderes del Estado.

Las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional observan el principio de congruencia, por lo tanto, se deben limitar a resolver estrictamente lo planteado por el accionante. “[...] Es decir entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni *ultra petitum* (más allá de lo pedido), ni *extra petitum* (cosa distinta de lo pedido), ni con otro apoyo que no sea el de la *causa petendi*, vale decir, aquellos fundamentos en los que el demandante o recurrente basó su solicitud” (Vargas Lima: 2011, 656). En definitiva, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de sus

decisiones valida la constitucionalidad de las leyes y las actuaciones de los órganos del Estado.

4.5. Control de constitucionalidad de la ley

La Constitución boliviana, a fin de garantizar la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, configuró un sistema de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad (Vargas Lima: 2016, 383). Este Tribunal Constitucional Plurinacional garantiza que las leyes y los actos de los gobernantes y autoridades públicas no vulneren el contenido de la Constitución. Por ese motivo, corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional la declaración de la inconstitucionalidad de la ley a través de la acción de inconstitucionalidad; asimismo, el CPC de Bolivia establece el procedimiento a seguir para resolver las acciones de defensa y el control de constitucionalidad de la ley y de los actos de los órganos que ejercen el poder público.

En el Estado constitucional, pues, cada decisión judicial debe “desarrollar y concretar” las exigencias constitucionales. En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como simple ausencia de contradicción entre las normas y las previsiones constitucionales, sino que cada norma (y también cada decisión judicial) deben ser, además, expresión de una “razonable” determinación (concreción) de los principios y derechos que emanan de la Constitución (Talayera: 2012, 26).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplica de oficio la revisión de las sentencias que resuelven las acciones de libertad, y, de igual forma, los procesos de amparo constitucional interpuestos contra actos u omisiones de los servidores públicos o personas individuales o colectivas que amenacen o restrinjan derechos constitucionales (art. 12.7 LTCP).

4.5.1. Acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad es una acción jurisdiccional que faculta al Tribunal Constitucional Plurinacional para realizar el control de constitucionalidad

sobre la ley. El constituyente boliviano consideró subdividir la acción de inconstitucionalidad según su objeto, es decir, procede contra la aplicación de la ley en casos concretos y abstractos; de esta forma, la Constitución y el CPC implementan distintos procedimientos que se aplican según el tipo de ley objeto de control constitucional (Vargas Lima: 2015, 438).

Así, aunque la Constitución de Bolivia unificó la acción de inconstitucionalidad con la cuestión de inconstitucionalidad en una sola figura jurídica, que a la vez se subdivide en dos tipos de procedimiento, es solo una forma de organizar los procesos de jurisdicción constitucional, dado que, en esencia, los elementos clásicos de la cuestión de inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad se mantienen.

➤ **Acción de inconstitucionalidad abstracta**

La acción de inconstitucionalidad abstracta procede contra leyes contrarias a la Constitución, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas, los decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. El objeto de la acción de inconstitucionalidad, en su forma abstracta, busca garantizar la constitucionalidad de la ley (Vargas Lima: 2011, 649); dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional realizará una revisión integral de la ley a la luz del contenido íntegro de la Constitución.

De igual modo, la acción de inconstitucionalidad abstracta podrá ser interpuesta por el Presidente de la República, los senadores, los diputados, los legisladores y las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, así como por el defensor del pueblo (art. 74 CPC). Ello, a diferencia de los procesos de inconstitucionalidad de Ecuador y Colombia, dado que la legitimidad en estos países posee un carácter popular; es decir, todos los ciudadanos se encuentran legitimados para presentar de forma directa la acción de inconstitucionalidad.

El constituyente de Bolivia, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, consideró que el control de constitucionalidad abstracto se aplicará a petición de parte, “pues lo contrario significaría que la jurisdicción constitucional desplace al órgano

legislativo” (Vargas Lima: 2011, 655). En este sentido, se garantiza el respeto de las competencias que la Constitución confiere a los órganos del Estado al evitar la irrupción de un organismo jurisdiccional en atribuciones que no le corresponden.

En consecuencia, una vez que el Tribunal Constitucional Plurinacional estima procedente la acción de inconstitucionalidad, a través de un dictamen de admisión dispondrá trasladar el contenido de la acción al órgano que emitió la norma jurídica objeto de control en un plazo de 15 días. Una vez transcurrido el plazo, previo sorteo de la causa, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá dictar sentencia en el plazo de 45 días (art. 76 del CPC).

El Tribunal Constitucional Plurinacional fundamentará el dictamen que resuelve la acción de inconstitucionalidad sin perjuicio de que el precepto constitucional sea invocado o no por el accionante (art. 77 del CPC). Por tanto, puede declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la norma jurídica objeto de control, así como la inconstitucionalidad de otros textos normativos conexos con la norma legal declarada inconstitucional.

En suma, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma jurídica es de carácter general y produce efectos vinculantes para todos los miembros del Estado. En los casos en que se argumenten el mismo objeto, causa y preceptos constitucionales no podrá ser interpuesta una nueva demanda de inconstitucionalidad. Por último, sobre la norma declarada inconstitucional, no cabe procedimiento alguno.

➤ **Acción de inconstitucionalidad concreta**

La acción de inconstitucionalidad en su forma concreta procede ante la aparente vulneración de un derecho subjetivo al aplicar una ley durante la sustanciación de un proceso judicial. Corresponde la legitimación activa al juez, tribunal o autoridad administrativa que, de oficio o a solicitud de parte, plantea la acción de inconstitucionalidad contra normas que servirán de base para la resolución del proceso judicial o administrativo (art. 79 CPC).

Por tanto, “[...] ningún juez, tribunal u órgano administrativo está autorizado para inaplicar norma jurídica alguna, dado que en caso de duda sobre la

constitucionalidad de una norma del ordenamiento a ser aplicada al caso concreto que ha de resolver, debe promover inmediatamente el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional” (Vargas Lima: 2016, 383). Toda persona individual o colectiva puede solicitar la acción pública de inconstitucionalidad concreta.

En los casos en que la acción de inconstitucionalidad concreta se promueve a petición de parte, el juez deberá notificar dentro de las subsiguientes 24 horas a la contraparte, y dispondrá del plazo de tres días para emitir respuesta. Concluido el plazo, dentro de las siguientes 24 horas el juez deberá resolver de forma fundamentada el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad concreta. A este respecto, merece la pena destacar que toda resolución de solicitud de acción de inconstitucionalidad concreta, aceptada o negada por la autoridad judicial se deberá remitir, en lo atinente a la acción, el expediente certificado al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En los casos que el juez de instancia niegue la acción de inconstitucionalidad, la decisión se remite al Tribunal Constitucional a efectos de revisión por la comisión de admisión. La acción de inconstitucionalidad concreta se podrá presentar una sola vez durante la sustanciación del proceso judicial o administrativo, dentro de cualquier instancia, y no procede contra acciones de defensa (art. 80 y ss. CPC).

Asimismo, la decisión judicial de conceder o negar la solicitud de acción de inconstitucionalidad no causará la interrupción del proceso judicial. Dicho esto, el proceso se seguirá evacuando conforme a los procedimientos que establece la ley, hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncie. La acción concreta se sustanciará a la luz del mismo procedimiento de la acción de inconstitucionalidad abstracta.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la inconstitucionalidad de la ley en los casos que resulte imposible efectuar una interpretación conforme a la Constitución. Dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo con el análisis de constitucionalidad realizado sobre la ley objeto de control y a su potestad jurisdiccional, podrá dictar sentencias modulativas, restrictivas o interpretativas a fin de evitar expulsar la ley del ordenamiento jurídico.

La sentencia que resuelve la acción concreta de inconstitucionalidad produce los mismos efectos que la acción de inconstitucionalidad en su modalidad abstracta (Rivera: 1999, 210).

4.5.2. Control previo

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a través del control previo de constitucionalidad, garantiza tanto la constitucionalidad de los actos legislativos como las actuaciones de los poderes del Estado al aprobar normas jurídicas de conformidad con la Constitución. “Este control se ejerce antes de la aprobación de la respectiva disposición legal, en todos aquellos casos en los que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad” (Vargas Lima: 2016, 390).

La Constitución Política de Bolivia establece cuatro tipos de normas que son objeto de control previo: proyectos de tratados internacionales, consultas de proyectos de ley, consultas de proyectos de estatutos o cartas orgánicas y consultas de preguntas de referéndum. Para efectos prácticos, el presente análisis se enfoca en la consulta de constitucionalidad de los proyectos de ley, los tratados internacionales y las consultas de proyectos de estatutos.

4.5.3. Consulta de constitucionalidad de los proyectos de ley

La Constitución Política de Bolivia confiere al Tribunal Constitucional Plurinacional competencias para aplicar, a petición de parte, el control previo de la ley, siempre que existan dudas sobre la constitucionalidad del proyecto normativo, previo a su aprobación. Ello procede antes de la sanción de la ley, a fin de garantizar que la ley se encuentre conforme a la Constitución (art. 12.8 LTCP).

Así las cosas, se encuentran legitimados para solicitar la consulta sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, según corresponda, y en el marco de sus competencias, el Presidente de la República, el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional y el presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental. Ahora bien, el planteamiento de la consulta de constitucionalidad se

puede aplicar sobre proyectos de ley, y produce la suspensión inmediata del procedimiento de aprobación.

Una vez que la comisión de admisión verifica el cumplimiento de los requisitos para la presentación de la consulta, esta ordenará en el plazo de dos días el sorteo del magistrado relator. En caso de que la consulta no cumpla con los requisitos, la comisión ordenará que se complete la acción en el plazo de cinco días. El Tribunal Constitucional dispondrá del plazo de 30 días a partir del sorteo para emitir el correspondiente dictamen constitucional (art. 114 CPC).

De igual forma, la Constitución confiere a las autoridades originarias campesinas la legitimación activa para plantear la consulta previa de constitucionalidad sobre la aplicación de normas jurídicas de carácter consuetudinario en casos concretos (art. 12.12 LTCP), hecho que constituye “un verdadero canal para la materialización de un diálogo intercultural” (Vargas Lima: 2016, 395). Tal como se puede apreciar, el componente plural de la Constitución de Bolivia facilita la integración del control de constitucionalidad de las costumbres y prácticas de los pueblos originarios y ancestrales.

Finalmente, el poder Legislativo deberá cumplir de forma obligatoria el dictamen que declare la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del proyecto (Vargas Lima: 2011, 677) y, a tal efecto, deberá modificar o eliminar las normas que el Tribunal Constitucional estime contrarias a la Constitución.

4.5.4. Control previo de tratados internacionales

El Presidente de la República, en caso de duda acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley que aprueba el tratado internacional, podrá solicitar el control previo ante el Tribunal Constitucional. De igual forma, una vez que el tratado internacional suscrito por el Presidente haya sido remitido al poder Legislativo, antes de su aprobación y posterior ratificación, el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional se encuentra en la obligación de enviarlo al Tribunal Constitucional Plurinacional dentro de un plazo de 20 días (art. 106 y ss. CPC).

Asimismo, el presidente de la Asamblea legislativa podrá señalar las dudas sobre la constitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado internacional. Dentro del mismo plazo, los presidentes de las cámaras de senadores o de diputados, respectivamente; o por lo menos cinco senadores o 10 diputados pueden presentar al Tribunal Constitucional Plurinacional sus dudas u observaciones acerca de la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado.

La comisión de admisión enviará el contenido de la acción al poder Ejecutivo para que, en un plazo de 15 días, emita su opinión de forma fundamentada sobre la consulta. De igual manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá el dictamen de constitucionalidad en el plazo de 45 días. Por otro lado, el dictamen que declara la inconstitucionalidad de un tratado bilateral suspenderá su ratificación, por tanto, cabría su renegociación entre las partes. En los casos en que el dictamen pueda determinar la inconstitucionalidad de un tratado multilateral, esto no evitará su aprobación, siempre que se formule la reserva sobre los preceptos que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado inconstitucionales (art. 109 CPC).

Por último, cuando la aprobación de los tratados internacionales requiera de la celebración de un referéndum, o bien a solicitud de los ciudadanos o miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, corresponderá al Tribunal Constitucional Plurinacional revisar la constitucionalidad del instrumento objeto de referendo en un plazo de 30 días. En caso de que el Tribunal Constitucional Plurinacional declare la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado, no podrá ser objeto de referendo (art. 110 CPC).

4.5.5. Control de constitucionalidad de proyectos de Estatutos o Cartas Orgánicas de entidades territoriales autónomas

El control previo de constitucionalidad de Estatutos o Cartas Orgánicas permite garantizar la supremacía de la Constitución sobre los regímenes territoriales autónomos, dado que estos se deberán elaborar conforme a las disposiciones que se encuentran en la Constitución. Al respecto, se sabe que el control previo de estatutos es un procedimiento de carácter obligatorio (art. 117 CPC), y la legitimación activa es ejercida por el presidente de la entidad territorial autónoma que propuso el proyecto.

En el caso de las autonomías indígenas originarias campesinas, se encuentran legitimadas las autoridades que se designen según sus normas y procedimientos propios.

Por otra parte, la comisión de admisión determinará el cumplimiento de los requisitos que establece el CPC para el planteamiento de la consulta en un plazo de 10 días; y, en caso de existir observaciones, deberán subsanarse en el plazo de 10 días. El Tribunal Constitucional dispondrá de un plazo de 45 días para elaborar el dictamen de constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de estatuto o carta orgánica (art. 119 CPC).

En los casos en que el Tribunal Constitucional Plurinacional declare la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de Estatuto o Carta Orgánica, de conformidad con la Constitución, se ordenará al órgano administrativo territorial que modifique el proyecto. Por tanto, antes de entrar en vigor, el proyecto deberá ser objeto de control las veces que se estimen necesarias (art. 120 CPC).

CAPÍTULO V

PROPUESTAS PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN ANDINA

1. Introducción

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, en los países de la región Andina se han suscitado constantes interrupciones del orden democrático. En consecuencia, durante el siglo XX se proclamaron una serie de constituciones que estuvieron vigentes por poco tiempo. Con la finalidad de afianzar la democracia constitucional y la garantía de los derechos, a inicios del siglo XXI¹⁸⁹, Ecuador y Bolivia proclamaron constituciones en las que se implementaron sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad. Así, los países de la región Andina, a través de la jurisdicción constitucional, buscan alcanzar el equilibrio entre las “fuerzas espirituales” sobre las que se sustenta el Estado de Derecho: el orden, el poder y la libertad (Hauriou: 1927, XLI). Tales conceptos se afianzaron en la Europa Occidental del siglo XX, pero en la realidad Andina aún se encuentran en estado de asimilación y debida aplicación.

En cuanto a la jurisdicción constitucional, esta garantiza la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del sistema jurídico, dado que permite resolver los conflictos que surgen entre la Norma Suprema y la ley. Esa es la función que debe cumplir de forma “natural” todo Tribunal Constitucional (Aragón Reyes: 2019, 23). Dicho esto, aun cuando las constituciones andinas confieren a los tribunales constitucionales amplias competencias para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes del Estado, su función esencial es controlar la constitucionalidad de la ley.

En el capítulo anterior fue necesario elaborar un análisis independiente de los sistemas de control de constitucionalidad que implementaron los países andinos, hecho que permite identificar en los siguientes epígrafes algunos mecanismos que podrían

¹⁸⁹ La Constitución de Colombia entró en vigor en 1991, y su texto, en cuanto se refiere a la fuerza normativa de la Constitución y a la estructuración de la jurisdicción constitucional, sirvió de inspiración para los demás países de la región.

favorecer la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales y, por otra parte, los elementos propios de la jurisdicción constitucional de cada país andino.

En este punto, resultan evidentes los esfuerzos realizados en los países de la región Andina por implementar sistemas de jurisdicción constitucional eficientes. Cabe recordar las palabras de Hauriou (1927: XLII): “Las formas de las instituciones constitucionales tienen menos importancia que las creencias políticas; la experiencia demuestra que ninguna forma de institución tiene por sí sola la virtud de realizar el justo equilibrio entre el poder, el orden y la libertad”. En definitiva, la jurisdicción constitucional por sí misma resulta insuficiente para alcanzar el desarrollo pleno del Estado de Derecho, pues hace falta la convergencia de elementos políticos, jurisdiccionales y sociales.

2. Identidad constitucional Andina

Los pueblos que se sitúan en la región Andina consiguieron la independencia de la Corona española a principios del siglo XIX, por lo tanto, poseen una misma identidad fundacional. De igual forma, es posible afirmar que comparten una identidad en común a nivel histórico, social y cultural. Los países andinos adoptaron el modelo republicano en sus primeras cartas fundacionales, modelo que proclamó la separación de los poderes del Estado, además de fortalecer la figura del Presidente de la República como representante del Estado y organizador de la administración pública, por lo que este se convirtió en el depositario de la soberanía popular¹⁹⁰. Asimismo, la idea de jurisdicción constitucional que se forjó durante el siglo XX se mantiene vigente en las actuales constituciones de los países de la región Andina, pero se agregaron nuevos elementos que garantizan la participación de los ciudadanos en la defensa de los derechos que reconoce el nuevo orden constitucional¹⁹¹.

¹⁹⁰ Hasta principios del siglo XX, el derecho a elegir al presidente de la república y a los miembros del Congreso Nacional en los países andinos se limitaba a ciertos miembros de la población, quienes debían cumplir varios requisitos para ser considerados ciudadanos con derecho a elegir y ser elegidos (voto censitario).

¹⁹¹ “[...] De modo que los elementos esenciales son la garantía de un proceso participativo, la construcción de la legitimidad desde abajo, la salvaguarda del poder constituyente entendido en su complejidad, como actividad que configura el cuerpo político y su fisonomía” (Iannaccone: 2022, 10).

A principio de la década de 1990 en Colombia, y durante los primeros años del siglo XXI en los casos de Ecuador y Bolivia, tuvieron lugar los primeros esfuerzos por construir una visión propia del Estado de Derecho con base en los valores y costumbres de los pueblos andinos, ahora elevados a la categoría de principios constitucionales. “Las cosmovisiones indígenas no destruyen la individualidad; más bien la incluyen de manera holística en el interior de la colectividad, buscando una situación de equilibrio entre el individuo y lo común. Ello implica comprender que todo está unido, integrado y es complementario” (Piñeiro & Polo: 2021, 13). Dicho de otro modo, el constitucionalismo andino propone la construcción de democracias constitucionales sincronizadas con la realidad y los problemas que afrontan los países de la región.

Así las cosas, la “oleada constituyente” de inicios del presente siglo en la región surgió como resultado de las permanentes movilizaciones de los sectores sociales, suscitadas durante la década de 1990. Entre las principales exigencias de la sociedad civil organizada se encontraba la reivindicación de derechos relacionados con el reconocimiento de la interculturalidad y la satisfacción de los derechos sociales. A este respecto, en Ecuador y Bolivia se instalaron Asambleas Constituyentes, elegidas de forma directa y democrática (Bejarano & Segura: 2013, 21). De este modo, se podría afirmar que las constituciones vigentes fueron redactadas con la finalidad de consolidar la democracia a través de la garantía de los derechos.

Lo cierto es que la región Andina atraviesa una nueva etapa constituyente, marcada por el desarrollo de una teoría propia en torno al garantismo constitucional. En este sentido, las jurisdicciones constitucionales andinas se componen de elementos que es posible clasificar en dos grupos: formales y materiales.

Entre los elementos formales se encuentran la legitimidad que alcanzan los poderes del Estado a través de procesos democráticos y la posterior instalación de Asambleas Constituyentes; la incorporación de nuevos derechos en el texto constitucional, situación que representa una ruptura con el anterior pasado constitucional; la inclusión de sectores sociales históricamente excluidos (pueblos y nacionalidades indígenas, trabajadores, organizaciones sociales, culturales,

ambientales, etc.)¹⁹²; y la conjugación de elementos técnicos conformes a la realidad sociojurídica de los países de la región (Maldonado & Yáñez: 2021, 151 y 152). No obstante, los elementos formales deben alcanzar sustento en el campo normativo, pues lo contrario representaría una debilidad del sistema constitucional vigente en los países de la región Andina.

Por otro lado, entre los elementos materiales que se implementaron en las constituciones de la región se pueden identificar la reivindicación de la soberanía popular a través de la formación de Gobiernos fuertes; la incorporación de amplias cartas de derechos y garantías jurisdiccionales, como la acción de amparo; la inclusión de métodos de interpretación en la jurisdicción constitucional; el reconocimiento de la supremacía de la Constitución con carácter normativo en los ordenamientos jurídicos de cada Estado; y la concepción de un órgano concentrado que efectuara el control de constitucionalidad (*Ibidem*). Con respecto al control de constitucionalidad, los países de la región Andina concibieron los sistemas de jurisdicción constitucional en distintas formas.

A pesar de que existen varias características similares entre las jurisdicciones constitucionales de los países andinos, también existen claras diferencias, situación que hace difícil hablar de una identidad constitucional Andina, aun cuando son muy similares los problemas jurídicos, políticos y sociales que afrontan los países de la región. En la actualidad las constituciones de los países andinos incorporan sistemas mixtos de control constitucional y combinan elementos del control difuso americano y del control concentrado europeo¹⁹³.

¹⁹² “[...] Ya que se pretende ofrecer cambios que solo quedan en papel, utilizando un lenguaje de escasez técnica que se basa en premisas poco reales y que parten de la búsqueda demagógica disfrazada de procesos democráticos que, en fondo, solo intentan la concentración del poder y además en la falta de instrumentos que permitan materializar los principios consagrados en el texto constitucional” (Maldonado & Yáñez: 2021, 152).

¹⁹³ “Conforme señala Brewer-Carías, el sistema ‘difuso’ norteamericano ejerció notoria influencia en Latinoamérica desde mediados del siglo XIX y hasta más de la mitad del XX. Así anota que fue adoptado, de una u otra forma, en Argentina (1860), México (1857), Venezuela (1858), Brasil (1890), República Dominicana (1844), Colombia (1850). Sin embargo, precisa que la tendencia predominante en América Latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un ‘sistema mixto’, agregando posteriormente al control difuso el sistema concentrado radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en Tribunales Constitucionales; funcionando ambos simultáneamente, o adoptando –en el caso de algunos países– desde el principio dicho modelo mixto” (Eguiguren Praeli: 2000, 49).

Lo cierto es que el continente americano fue el laboratorio en el que se concibieron distintos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad y, como resultado, se forjaron sistemas que entrañan distintas variables, hecho que contrasta con el diseño jurisdiccional de los países europeos, donde imperaba la supremacía del Parlamento y la desconfianza hacia el poder Judicial. “Lejos estaba para entonces el mundo europeo de adoptar alguna institución similar, en especial por su culto a la supremacía del Parlamento y de la ley (entendida esta como expresión legítima de la voluntad general) así como por su marcada desconfianza hacia los órganos judiciales” (Eguiguren Praeli: 2000, 44). A la luz de estas consideraciones, los países de la región Andina implementaron sistemas de control constitucional con base en la *fuzzy sets theory*.

En el presente capítulo se abordan las características que comparten las jurisdicciones constitucionales en los países andinos, así como sus diferencias y, todavía más importante, los elementos que podrían optimizar el control de constitucionalidad, a fin de fortalecer la acción jurisdiccional de los más altos tribunales de justicia constitucional.

2.1. Realidad sociojurídica de los países andinos

En la ciudad de Quito, durante el año 2002, se llevó a cabo el Foro del Hambre, organizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Entre las principales metas se encontraba buscar alternativas para la erradicación de la desnutrición infantil hasta el año 2015¹⁹⁴. La gran mayoría de los objetivos planteados se lograron cumplir; no obstante, en la región aún se mantienen altos índices de pobreza extrema, de modo que persiste la desigualdad multidimensional.

¹⁹⁴ “La desnutrición crónica (baja talla para la edad) afectaba a 2,13 millones, vale decir, a uno de cada cinco niños. Esto indica que los países andinos presentan alta incidencia de desnutrición crónica; y si bien dicha incidencia ha disminuido en los últimos años, no ha ocurrido lo mismo con el total de desnutridos, dado el aumento vegetativo de la población infantil en situación vulnerable. Sin duda la subregión andina tiene un problema nutricional que excede al promedio de la región, pues mientras estos cuatro países albergan al 19 % de los menores de 5 años de América Latina concentran el 25 % de los que presentan déficit de talla. A nivel de cada país, la insuficiencia de peso afecta a 12 % de los niños ecuatorianos, 8 % de los peruanos y 7 % de los bolivianos y colombianos, mientras la incidencia de cortedad de talla es 27 % en Bolivia, 26 % en Ecuador, 25 % en Perú y 14 % en Colombia” (CEPAL: 2004, 3).

En un contexto general, Latinoamérica es la segunda región en el mundo donde mayores condiciones de desigualdad se pueden evidenciar. En el caso de los países de la región Andina, los niveles de desigualdad superan el promedio de varios países latinoamericanos. La desigualdad es un problema que data de la época colonial hasta la actualidad: “[...] la distribución de este problema, y sus consecuencias, no es homogénea en la población: las personas más vulnerables a la inseguridad alimentaria, además de ser mayoritariamente pobres, presentan en mayor medida, rasgos indígenas, habitan en zonas rurales de sierra y altiplano, o en la periferia urbana, tienen poco acceso a servicios de agua potable y saneamiento, bajo nivel educativo” (CEPAL: 2004, 3). Dicho esto, el Estado de Derecho en los países de la región Andina se construyó entre grandes asimetrías sociales, situación que se ha sostenido en el tiempo.

Durante los últimos años, a raíz de la pandemia de Covid-19, junto a la inestabilidad geopolítica que azota el orden mundial, los niveles de desigualdad recrudecieron entre los países más pobres del planeta y, en particular, en los países andinos que se encuentran en vías de desarrollo. “[...] Es la marcada desigualdad, a nivel nacional e internacional, no solo en la distribución del ingreso, sino también desde una perspectiva multidimensional, incluidas las dimensiones territoriales, de género y étnico-raciales” (Bárcena: 2022, 6).

La CEPAL señala que el principal problema de los países latinoamericanos se encuentra en las relaciones sobre las que se desarrolla el crecimiento de los Estados. “Es en este contexto y desde esta perspectiva como debe verse la igualdad en cuanto pilar del análisis de los problemas del desarrollo latinoamericano. No se eligió esta variable arbitrariamente, sino a partir de los mejores datos con los que se contaba y de la dolorosa historia de la región” (Bárcena: 2022, 5). Por tanto, la desigualdad se traduce en limitaciones en el ejercicio de los derechos. Sin igualdad, sin la construcción de modelos de Estados que reflejen equidad, no existe libertad. Así las cosas, “la jurisdicción constitucional de la libertad” que desarrolló Cappelletti en sus obras se convierte en una ficción, al menos en la realidad de Latinoamérica y de los países andinos.

En este sentido, la construcción del Estado de Derecho en los países de la región Andina se desarrolló en condiciones en las que imperaba la desigualdad

social¹⁹⁵. Ante esta situación surgió el constitucionalismo garantista como una consecuencia lógica, pues fue la respuesta de una sociedad oprimida que exigía desde los márgenes la reivindicación de sus derechos.

A la luz de todo lo anterior, es posible afirmar que la construcción del Estado de bienestar, objetivo principal del constitucionalismo de posguerra en Europa, no logró su consolidación en los países latinoamericanos. “La mayoría de los Estados latinoamericanos no experimentaron plenamente el estado de bienestar y sus Constituciones fundacionales, cercanas al liberalismo conservador, no fueron el resultado de procesos constituyentes democráticos, sino elitistas” (Iannaccone: 2022, 3). Así surgió en los países de la región Andina una corriente constitucionalista que prioriza la construcción del Estado de Derecho, que privilegia el bienestar integral de las personas. Dicho de otro modo, surgió el “constitucionalismo de los excluidos” (Iannaccone: 2022, 7).

Los procesos constitucionales que tuvieron lugar en los países andinos son la respuesta a una larga historia de desigualdad que predominó durante la formación de los Estados republicanos, hoy democracias constitucionales. Los pueblos latinoamericanos, en especial los países andinos, vislumbraron en la jurisdicción constitucional una esperanza, la posibilidad de reivindicar los derechos fundamentales y garantizar la separación de los poderes del Estado; no obstante, no es conveniente trasladar la resolución de problemas que se deberían solventar en el campo político a órganos que son eminentemente jurisdiccionales.

De ese modo, concebir la jurisdicción constitucional como el instrumento que por sí mismo permite la transformación de las estructuras sociales es un error; aun así, los tribunales constitucionales, a través de la aplicación del control de constitucionalidad, pueden contribuir a la generación de condiciones equilibradas a

¹⁹⁵ “Junto con el Oriente Medio, América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo, donde el 10 % más rico concentra el 54 % del ingreso (frente al 56 % en el Oriente Medio y el 35,8 % en Europa). Existe una relación clave entre la estructura productiva, la calidad del empleo y los salarios. Cuando una economía tiene pocos sectores de alta productividad, que absorben una baja proporción del empleo, y el resto del empleo se sitúa en la subsistencia o el subempleo, entonces la distribución del ingreso tenderá a ser desigual. La CEPAL ha dicho que la estructura productiva de la región es la fábrica de la desigualdad” (Bárcena: 2022, 8).

nivel democrático, las cuales se traducen finalmente en la superación del principal problema que afronta la región: la desigualdad.

2.2. Constitucionalismo andino. Una reinterpretación del Estado constitucional de Derecho

Las primeras constituciones andinas, al igual que la Constitución de Bayona de 1808, se concibieron como cartas en las que prevalecía la organización política del Estado por sobre la garantía de los derechos fundamentales. No obstante, desde los inicios de la época republicana se han producido resquebrajamiento del orden democrático, situación que dificultó la consolidación de la institucionalidad del Estado. De igual forma, las constituciones andinas que se redactaron durante el siglo XX incorporaban un reducido catálogo de derechos de carácter declarativo. Dicho de otro modo, en la región Andina las constituciones carecían de fuerza normativa, al menos en términos aplicativos¹⁹⁶.

Debido a esta situación, durante la década de 1990 se registraron levantamientos populares que exigían la reivindicación de los derechos sociales y un trato justo. Ante la falta de institucionalidad, sumada a la crisis democrática y social en la que se encontraban los países de la región Andina, surgió una corriente ideológica que propuso la reinterpretación del Estado de Derecho, denominada “neoconstitucionalismo”. Es así como inició el proceso de construcción de la teoría del Derecho constitucional andino, cuyo eje principal se encuentra en la búsqueda de la satisfacción de los derechos sociales.

Así, el neoconstitucionalismo propone una nueva concepción del Estado de Derecho, en contraposición al positivismo jurídico, donde el Estado solo es responsable del cumplimiento de los derechos que se encuentran desarrollados a través de la ley (Iannaccone: 2022, 5). Al igual que la teoría positivista, es posible establecer

¹⁹⁶ “[...] Aproximadamente desde 1830 hasta el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la extensión del sufragio universal en un principio a los hombres y posteriormente también a las mujeres. Sin embargo, lo que caracteriza esta fase de manera particular es la afirmación de los derechos sociales. El Estado del bienestar se fija como objetivo crear unas condiciones de vida que garanticen la ausencia de necesidades y el cumplimiento de las expectativas de seguridad social para la generalidad de los ciudadanos” (Iannaccone: 2022, 6).

diferencias entre el neoconstitucionalismo metodológico, ideológico y teórico, sin desconocer la conexión directa entre el Derecho y la moral sobre la que se sustenta¹⁹⁷.

En esta línea, Ecuador y Bolivia proclamaron constituciones extensas con la finalidad de garantizar el mandato constituyente. De esa forma, elevaron a rango constitucional una serie de normas que se podrían haber configurado en otros cuerpos normativos de inferior jerarquía. Es necesario dejar claro que no es suficiente la proclamación de cartas constitucionales garantistas de derechos. Sin la suficiente fuerza normativa y sin la existencia de garantías institucionales, es difícil alcanzar la materialización de los derechos que legítimamente reclaman los sectores sociales minoritarios, históricamente discriminados.

2.3. Objeciones a la teoría constitucional Andina

Las constituciones de Ecuador y Bolivia se concibieron a la luz de la lucha social y de la teoría neoconstitucionalista, ante la oprobiosa situación de desigualdad que dificultaba la construcción del Estado Social de Derecho. No obstante, existen ciertas dudas en torno al modelo constitucional andino y su viabilidad como un sistema sostenible en el tiempo. Por tanto, es necesario profundizar en los cuestionamientos existentes en cuanto a su aplicación práctica.

Si bien es cierto que el neoconstitucionalismo surgió como alternativa al iuspositivismo tradicionalista y a las clásicas estructuras del sistema jurídico¹⁹⁸, ello podría suponer un riesgo para la seguridad jurídica y la democracia si se aplicara fuera de los límites de la Constitución y de los controles de la jurisdicción constitucional: “[...] lo que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la reducción del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios

¹⁹⁷ “El neoconstitucionalismo metodológico, en oposición al positivismo metodológico, sostendría una conexión entre el derecho y la moral, esta última patente en los principios y derechos constitucionales. El neoconstitucionalismo ideológico, aquí sí en cierta similitud con el positivismo ideológico, propugnaría una obligación moral de obediencia a la Constitución. Finalmente, el constitucionalismo teórico, a diferencia del positivismo teórico, promovería un sistema jurídico caracterizado por una Constitución de principios y no solo de reglas, una positivización de un catálogo amplio de derechos fundamentales y algunas peculiaridades en la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal subsuntiva” (Paolo Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *El canon neoconstitucional*, ed. Miguel Carbonell y Leonardo García (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 175-90, en (Roberto Gómez Villavicencio: 2022, 140).

¹⁹⁸ El estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.

constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la Constitución” (Comanducci: 2009, 107). A la luz de estas consideraciones, corresponde a los órganos responsables de la jurisdicción constitucional racionalizar la teoría constitucional Andina a través de sentencias que marquen precedentes vinculantes.

Una solución práctica a esta objeción sería la aplicación de la interpretación constitucional con una visión objetiva de la moral, la “moral constitucional”. En ese sentido, en todo momento los jueces deben fundamentar sus sentencias según lo previsto por la Constitución, a fin de garantizar la seguridad jurídica y reducir la indeterminación del contenido del Derecho.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo afronta las mismas objeciones que la teoría iusnaturalista en cuanto al grado de indeterminación del significado de la Constitución y la subjetividad interpretativa. Dado que las constituciones andinas incluyen un catálogo amplio de derechos, existe el riesgo de que en su contenido se puedan disfrazar preferencias ideológicas de determinados grupos sociales, hecho que podría provocar un descontento entre los demás miembros del Estado. En definitiva, el proceso constitucional andino debe evitar las falsas promesas del Derecho “mejor” o “más justo” (Comanducci: 2009, 109 a 125) y, en su lugar, debe aprobar la construcción de un sistema que refleje los valores comunes enfocados en la materialización del Estado de bienestar, sin dejar de lado la realidad histórico-social de los países de la región, a la luz de la cosmovisión andina (buen vivir).

Las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia establecen con claridad las competencias que cada poder del Estado debe asumir para garantizar la materialización de la Constitución. De tal modo, a pesar de que todos los derechos son tutelables, de igual jerarquía y de aplicación “directa”, se hace referencia a la obligación de cada ciudadano, en especial de cada poder del Estado, de cumplir con las competencias que la Constitución atribuye; y, en caso de incumplimiento, la propia Constitución establecerá las garantías jurisdiccionales correspondientes. Por tanto, la materialización de los derechos sociales, dado que requieren actos de carácter político, no deberían ser reclamadas judicialmente, salvo en caso de que se produzca la

vulneración de derechos derivados de la acción u omisión por parte del Estado, siempre conforme a la Constitución¹⁹⁹.

Pero una cosa es considerar que los principios y valores que caracterizan el Estado social puedan ser vinculantes para el legislador y otra considerar que aquellos valores y principios, que no se reconozcan como derechos fundamentales, sean directamente aplicables sin intermediación legislativa alguna, derivando de tales principios y valores derechos subjetivos de los ciudadanos. Así, cabe rechazar aquellas construcciones doctrinales que agrupadas bajo la etiqueta de neoconstitucionalistas propugnan la aplicabilidad directa de aquellos preceptos constitucionales que simplemente reconocen determinados principios que caracterizan al Estado social (Quadra-Salcedo Janini: 2022, 16).

Dicho esto, el Parlamento tiene la obligación de legislar conforme a los principios y derechos que proclama la Constitución “Por tanto, debe corresponder al legislador determinar cómo y cuándo aquellos preceptos a los que la norma fundamental sí ha reconocido ser directamente aplicables pueden ser restringidos en atención a la promoción de los mandatos que se recogen aquellos valores y principios propios del Estado social y a los que la Constitución, sin embargo, no ha reconocido aplicabilidad inmediata” (Quadra-Salcedo Janini: 2022, 18).

En definitiva, el contenido de la Constitución es exigible ante todos los poderes del Estado, siempre en función de las competencias que confiere la propia Norma Fundamental; de este modo se garantizan la institucionalidad del Estado, la seguridad jurídica y los principios sobre los que descansa la democracia constitucional. Pensar que las Constituciones andinas del siglo XXI por sí mismas son la solución a los problemas de cultura democrática y jurídica resulta en una visión utópica y poco realista del significado de la Constitución.

¹⁹⁹ “Los derechos sociales serían mandatos jurídicos-objetivos dirigidos al legislador y a la administración. Se niega así que los derechos sociales por su misma naturaleza puedan ser reclamados judicialmente” (Quadra-Salcedo Janini: 2022, 21).

2.4. El control constitucional como un instrumento de cambio en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en la región Andina

No es casualidad que la Corte Constitucional de Colombia, durante los primeros años de funcionamiento, haya dictado sendas sentencias en torno a la protección de los derechos sociales. Este hecho evidencia el cambio del modelo de Estado construido a partir del principio de legalidad en Colombia por un modelo que proclama la fuerza normativa de la Constitución y que, a nivel jurisdiccional, se convirtió en un referente para los demás países de la región.

La concepción del Estado social de “derechos y justicia social” que rigen en la Constitución de Ecuador –y, en un sentido similar, en la Constitución de Bolivia²⁰⁰– no es una simple construcción semántica, sino que representa la reinterpretación del orden constitucional con base en los derechos fundamentales. Así, son Constituciones que proclaman de forma definitiva la fuerza normativa de la Constitución.

[...] Mi opinión es que el constitucionalismo hace insostenible la teoría del derecho positivista principalmente en tres aspectos: la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede girar en torno a la hegemonía absoluta de la ley; la teoría de las normas, que ha de dar cuenta de la existencia de nuevas “piezas del derecho”, en particular de los principios; y la teoría de la interpretación (Prieto Sanchís: 2003, 28).

Al respecto, se tiene que los habitantes de los países andinos vislumbraron en la jurisdicción constitucional la oportunidad de controlar de forma efectiva la constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los órganos del Estado. De tal manera, “nuestra llamada ‘era de los derechos’, ‘era de la democracia’ o ‘era del constitucionalismo mundial’ está marcada por el retorno de la política al Derecho. Por una parte, las nuevas constituciones se diseñan como instrumentos para la democracia: no se limitan a establecer una organización de los poderes del Gobierno (el *‘frame of*

²⁰⁰ La Constitución de Bolivia, desde sus primeros artículos, permite vislumbrar la reinterpretación similar al constitucionalismo ecuatoriano, al implementar un sistema proteccionista de los derechos sociales.

government'), sino que fija las reglas básicas para su funcionamiento como democracia [...]” (Comanducci: 2009, 149).

De ese modo, los tribunales constitucionales fueron dotados de amplias facultades para realizar el control de constitucionalidad de la ley, con el fin de garantizar la fuerza normativa de la Constitución. No obstante, estos son ante todo órganos jurisdiccionales, máximos intérpretes de la Constitución, y actúan en el marco de sus atribuciones. Por consiguiente, no se puede pretender que a través de sus sentencias los tribunales replacen a los poderes del Estado en el debido cumplimiento de sus atribuciones.

Dicho de otro modo, los tribunales constitucionales de los países andinos se diseñaron con la finalidad de evitar que las actuaciones del poder público transgredan los mandatos de la propia Constitución, mas no deberían decidir en la construcción de las políticas públicas, salvo que exista la vulneración de la Constitución por actuaciones u omisiones que el constituyente haya preconfigurado en la Norma Fundamental.

No obstante, tal como lo demuestra la historia occidental durante los últimos dos siglos, las cortes constitucionales, en el marco de sus competencias se convirtieron en un potente motor de cambio y de transformación social. Para este fin, precisan dictar sentencias en estricto apego a la Constitución, abstraídas de los factores externos que puedan incidir en las decisiones.

Una ‘Constitución’ es el ordenamiento básico de Estado y sociedad; no es solo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación Estado/sociedad. [...] Tiene, además, como consecuencia que el Tribunal no se puede amarrar a una teoría o ‘escuela’, sino que debe esforzarse por una integración pragmática de elementos teóricos (Häberle: 2001, 170).

A la luz de estas consideraciones, las constituciones andinas del siglo XXI, con el afán de fortalecer el orden constitucional y la defensa de los derechos, ampliaron las

atribuciones de los tribunales constitucionales, decisión que trajo consigo conflictos con los poderes del Estado que ostentan la soberanía popular. Aun así, el control de constitucionalidad que efectúan los tribunales constitucionales pertenece estrictamente al ámbito jurisdiccional.

Por otro lado, al ser las constituciones de Ecuador y Bolivia elaboradas por representantes del pueblo elegidos específicamente para este fin, y refrendadas por los ciudadanos mediante sufragio universal, fue el mismo constituyente y los ciudadanos quienes de forma directa confiaron a los tribunales constitucionales la guarda de la Constitución. Como resultado, las constituciones de Ecuador y Bolivia evidencian en su contenido una alta carga dogmática que se orienta hacia la construcción de sociedades equitativas e incluyentes, libres de todo tipo de discriminación o trato desigual. Garantizar el orden constitucional es una obligación de todos los miembros del Estado, de ahí surge la necesidad de establecer con claridad límites a la jurisdicción constitucional, sin dejar de tener presentes las difíciles situaciones que afrontan las sociedades en los países que se sitúan en la América Andina.

2.5. Elementos compartidos del control constitucional en los países de la región Andina

En este punto, resulta evidente que los sistemas de control constitucional que se implementaron en los países andinos fueron concebidos a partir de la hibridación de elementos del control difuso y del control concentrado europeo²⁰¹. Las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia atribuyen a los tribunales constitucionales la potestad para analizar la legitimidad de las normas a la luz de la Constitución (Prieto Sanchís: 2003, 53 y 55). De tal forma, el principio de legalidad sustancial reemplazó al principio de estricta legalidad en los países de la región.

Sin embargo, mayores similitudes se encuentran entre la jurisdicción constitucional de Ecuador y Bolivia, pues sus constituciones proclaman principios que

²⁰¹ Las Constituciones de Ecuador y Bolivia guardan estrechas similitudes, al igual que los órganos que ejercen el control de constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. Dicho esto, el sistema constitucional de ambos países recogió el descontento de la población ante un sistema que no garantizaba la tutela judicial efectiva debido a la inexistencia de un sistema jurisdiccional que promoviera la defensa de la Constitución.

tienen su origen en las prácticas de los pueblos y nacionalidades indígenas. Dicho esto, la concepción biocéntrica pasó a formar parte del orden constitucional ecuatoriano y boliviano, hecho que marcó una diferencia sustancial frente a la visión clásica del Derecho occidental²⁰².

Ahora bien, en la jurisdicción constitucional colombiana no existen mayores principios con base en la plurinacionalidad y la cosmovisión Andina; no obstante, la Constitución de Colombia fue pionera en reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Por eso, al analizar los elementos de la jurisdicción constitucional, se debe prestar atención al escenario histórico en el que cada Constitución entró en vigor. Por otra parte, Ecuador y Bolivia implementaron de forma respectiva en la Constitución un sistema de justicia indígena acorde a los principios de la cosmovisión andina²⁰³.

A pesar de esto, todos los tribunales constitucionales de la región se conciben a la luz de los principios básicos de la teoría constitucional, de esa manera el control de constitucionalidad se aplica con la finalidad de garantizar la fuerza normativa de la Constitución, determinar la inconstitucionalidad de la ley y controlar las actuaciones de los poderes del Estado.

Por otra parte, las constituciones de Ecuador y Bolivia ampliaron el catálogo de garantías jurisdiccionales. A través de la acción extraordinaria de protección y la acción de amparo boliviana es posible acceder a la revisión de las sentencias de los procesos judiciales.

²⁰² “Los vocablos *sumak* y *sumaq* podrían traducirse como ‘plenitud’, ‘sublime’, ‘excelente’, ‘magnífico’, ‘hermoso’. *Kawsay* y *qamaña*, por su parte, podrían equivaler a ‘vivir’, ‘convivir’, ‘estar siendo’, ‘ser estando’ o, sencillamente, ‘vida’. Esa vida en plenitud no significaría vivir ‘mejor’, dado que esto último conllevaría una graduación jerárquica, algo que nos avocaría a juegos de suma cero, a competencias y a rivalidades” (Huanacuna, 2010 en Piñeiro & Polo: 2021, 2).

²⁰³ Art. 171 CRE: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

Art. 192.3 CPB: “El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

Aunado a lo anterior, la jurisdicción constitucional en Colombia, Ecuador y Bolivia se encuentran encabezada por un Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución. Solo en el caso de Ecuador se concibió a la Corte Constitucional como un organismo por fuera de la estructura del poder Judicial²⁰⁴. No obstante, la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la Corte Constitucional ecuatoriana ejercen atribuciones constitucionales de forma autónoma e independiente.

Por otro lado, las constituciones andinas establecen de forma literal las atribuciones de los organismos jurisdiccionales que ejercen el control de constitucionalidad y, asimismo, determinan los principios que deben regir a los tribunales constitucionales. En el caso de la jurisdicción de Ecuador y Bolivia, las constituciones implementaron la acción de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, básicamente lo que cambia es la denominación bajo la que se introdujo en cada país. De ese modo, se observan similitudes en las primeras sentencias dictadas por ambos órganos jurisdiccionales con las sentencias del Tribunal Constitucional español en cuanto a su función instructiva.

La jurisdicción constitucional en los países de la región Andina confiere un extenso catálogo de atribuciones a los tribunales constitucionales entre las que se destaca el control de constitucionalidad de la ley, de los decretos, reglamentos y el control de las competencias de las instituciones del Estado. En el caso de Colombia, el control de los actos administrativos y de conflicto de competencias se encuentra a cargo del Consejo de Estado, situación que permite a la Corte Constitucional de Colombia concentrar su trabajo en resolver las acciones de inconstitucionalidad y las acciones de amparo constitucional con trámite en las salas de admisión y revisión.

En definitiva, los ciudadanos de la región Andina vieron en la jurisdicción constitucional una alternativa eficaz que permite garantizar los derechos a través del

²⁰⁴ Art. 178 CRE: “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz”.

control de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. Lo cierto es que se trata de una vía hacia la consolidación del Estado social de Derecho y la democracia.

2.6. Diferencias en el control constitucional de los países de la región Andina

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, los tribunales constitucionales de la región Andina adoptaron sistemas de control mixtos; no obstante, de acuerdo con la realidad sociojurídica de cada Estado, surgieron evidentes diferencias respecto a la concepción de la jurisdicción constitucional. Entre estas diferencias se encuentran la organización de la jurisdicción constitucional, la forma de selección de los magistrados, el control previo de constitucionalidad de la ley, la atribución para efectuar el control de constitucionalidad y el otorgamiento de competencias específicas que confiere la Constitución de cada país al órgano de control constitucional²⁰⁵.

Si bien es cierto que los tribunales constitucionales de la región Andina poseen autonomía e independencia frente a los poderes del Estado, llaman la atención los procesos de selección de los magistrados implementados en las constituciones de los países de la región. Colombia adoptó la forma clásica para designar a los magistrados de la Corte Constitucional. El Parlamento selecciona a los magistrados de entre las ternas enviadas por el poder Ejecutivo y Judicial; de ese modo existe una mayor carga de responsabilidad política en cuanto a la designación de los miembros de la Corte (art. 239 CC). Tal situación no debería socavar la independencia de la Corte Constitucional frente al Parlamento, dado que, una vez nombrados los magistrados, se deben a la Constitución y la ley.

En el caso de Ecuador los magistrados de la Corte Constitucional se designan a través de una comisión calificadora, conformada por dos representantes de las funciones del Estado: Legislativo, Ejecutivo y la Función de Transparencia y Control Social. Los magistrados se escogen de entre las candidaturas presentadas por las mismas funciones, previa realización de un concurso público (art. 434 CRE).

²⁰⁵ La Constitución de Ecuador implementó como una acción autónoma la interpretación constitucional (art. 436.1 CRE).

Por su parte, Bolivia adoptó el sufragio universal como mecanismo de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional²⁰⁶, método que se convirtió en una novedad frente a los mecanismos que se implementaron en los demás países de la región.

Así las cosas, los procesos de selección de magistrados en los países andinos evidencian los esfuerzos por garantizar la independencia de las decisiones del Tribunal Constitucional; empero, los complejos sistemas de selección no garantizan la eficacia de la justicia constitucional. Por tanto, se requiere la combinación de garantías institucionales y democráticas que influyen de forma directa en la consolidación de la jurisdicción constitucional.

Otra diferencia importante se encuentra en el control previo de constitucionalidad de la ley. La jurisdicción constitucional de Colombia concede a los poderes Ejecutivo y Legislativo amplias atribuciones para aplicar el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley. De igual forma, se encuentran legitimados en Bolivia para realizar la consulta previa de constitucionalidad los representantes de las funciones del Estado según sus competencias. De manera contraria, en Ecuador corresponde únicamente al Presidente de la República presentar ante la Corte Constitucional objeciones de constitucionalidad sobre los proyectos de ley.

Por otra parte, en Colombia la Corte Constitucional no cuenta con la atribución para efectuar el control concreto de constitucionalidad, dado que la Constitución no le atribuye la facultad de aplicar la cuestión de inconstitucionalidad. En Ecuador y Bolivia, aunque con denominaciones diferentes, los tribunales constitucionales aplican el control concreto de constitucionalidad: en Ecuador, se denomina “consulta de constitucionalidad”; mientras tanto, en Bolivia, “acción de inconstitucionalidad concreta”. Aun así, en todos los casos, corresponderá solo a los tribunales constitucionales expulsar una norma jurídica al declarar mediante sentencia su inconstitucionalidad.

²⁰⁶ Art. 198 CPB: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

En Colombia, las facultades para aplicar el control de constitucionalidad se reparten entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; de esa forma, la Corte Constitucional efectúa el control sobre la ley y los decretos con fuerza de ley, mientras que el Consejo de Estado realiza el control de constitucionalidad de los reglamentos y actos administrativos. Esta situación permite a la Corte Constitucional de Colombia focalizarse en controlar la constitucionalidad de la ley y analizar la constitucionalidad de las decisiones de los jueces de la jurisdicción ordinaria en los casos de amparo. Al contrario, en Ecuador y Bolivia corresponde de forma exclusiva a la Corte Constitucional realizar el control de constitucionalidad de todos los actos normativos y las actuaciones de los poderes del Estado.

Si bien es cierto que la Constitución colombiana incorporó algunas acciones de garantías jurisdiccionales, a través de la vía de amparo no es posible revisar la constitucionalidad de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales. Esta situación contrasta con las Constituciones de Ecuador y Bolivia, dado que los tribunales constitucionales, a través de la acción extraordinaria de protección y la acción de amparo constitucional, realizan el control de constitucionalidad de las sentencias que emiten los órganos jurisdiccionales ordinarios.

A pesar de esto, en todos los Estados andinos existen instrumentos jurídicos dentro de la jurisdicción ordinaria que permiten revisar las sentencias. En cada país andino, la Corte Suprema de Justicia, a través de los procesos de casación o revisión, examina la validez de cuestiones atinentes a la mera legalidad; es decir que este tipo de acciones jurisdiccionales no se utilizan para revisar la constitucionalidad de las actuaciones de los jueces ordinarios.

Finalmente, a diferencia de las jurisdicciones de Colombia y Bolivia, Ecuador incorporó una acción un tanto novedosa en la Constitución, lo que permitió a la Corte Constitucional interpretar el contenido orgánico de la propia Constitución mediante una vía específica. Sin embargo, la interposición de la acción de interpretación constitucional se limita a la parte orgánica de la Constitución, precisamente por las connotaciones que podría traer consigo la interpretación del contenido dogmático de la Norma Fundamental.

3. Mecanismos para garantizar una mayor autonomía de la jurisdicción constitucional. División de las Funciones del Estado

En los países de la región Andina los mecanismos de control jurisdiccional se encuentran en proceso de consolidación, por eso la convergencia de algunos elementos resulta indispensable para favorecer la armonía funcional al efectuar el control de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. Dicho esto, la optimización del control de constitucionalidad depende del fiel cumplimiento del orden constitucional. “Porque la obra de arte no es la Constitución misma, sino el Estado y la integración política que le da vida y la Constitución es nada más que una, la principal tal vez, de las herramientas para conseguirla [...]” (Herrero de Miñón: 2003, 47). De esta forma, existen elementos que inciden a nivel externo e interno en el desempeño de los tribunales constitucionales andinos.

Sin la independencia de los factores externos no es posible alcanzar la consolidación de los órganos que ejercen el control constitucional. Es común en las democracias débiles, como en el caso de los países de la región Andina, que los poderes del Estado busquen incidir en los órganos de control, incluso en las decisiones de los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional. Para optimizar la eficiencia de los tribunales en los países de la región, es necesario adoptar mecanismos constitucionales que eviten la “justiciabilidad de cuestiones políticas”, dado que son asuntos que no pertenecen a la jurisdicción constitucional (Zúñiga Urbina: 2010, 412). De esta forma se garantiza la independencia de la jurisdicción constitucional frente a los poderes del Estado.

En el presente epígrafe se describen los elementos que contribuyen a la construcción de sistemas jurisdiccionales con independencia plena del poder político; no obstante, son elementos que, por sí solos, no resultan efectivos. Para optimizar el control de constitucionalidad hace falta implementar elementos de naturaleza jurídica y política que, sin duda, representan la madurez democrática que ha alcanzado cada país de la región.

Históricamente, la separación de los poderes del Estado garantizó el desarrollo de la democracia en Occidente y en gran parte del mundo. Asimismo, ello permitió el

desarrollo de los sistemas de justicia de forma independiente. La autonomía de la administración de justicia garantizó durante gran parte de la historia moderna el equilibrio entre los poderes del Estado, así como también las relaciones entre el Estado y los ciudadanos a través de leyes concebidas a la luz del Estado de legalidad. No obstante, dados los hechos acaecidos durante la primera mitad del siglo XX, el Estado de legalidad resultó insuficiente; por tanto, los modelos de Estado evolucionaron, hecho que trajo consigo la proclamación del Estado Constitucional de Derecho en la gran mayoría de países occidentales.

Para que los tribunales constitucionales cumplan de forma efectiva sus atribuciones se requiere de la sujeción de los poderes del Estado a las decisiones jurisdiccionales, por tanto, resulta fundamental el compromiso de acatar las disposiciones del tribunal. Dicho compromiso se afianza a través del control político que ejercen entre sí los poderes en cuestión; por tanto, su división permite generar los contrapesos necesarios dentro del orden democrático. De este modo, no se puede concebir el equilibrio entre los poderes del Estado frente al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional sin que exista un vínculo institucional²⁰⁷.

Producto de la evolución sociojurídica, la concepción del Estado de Derecho fue reemplazada por la dogmática del “Estado Constitucional de Derecho” en la mayoría de los países del mundo. La creación de un órgano titular de la jurisdicción constitucional permite garantizar la supremacía de la Constitución frente a la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. En ese sentido, se puede afirmar que el respeto a la institucionalidad es la clave de bóveda que garantiza la consolidación de la democracia constitucional.

En esta línea, el equilibrio funcional entre las atribuciones que desempeña cada poder del Estado se convierte en una especie de autocontrol de constitucionalidad. “La

²⁰⁷ “Hay que desconfiar de las afirmaciones que se ocultan tras de frases como el imperio del derecho, el reinado de la ley, la sumisión del Estado al derecho, el gobierno de las leyes o el gobierno del derecho, etc. Todos son hipérbolos. En ninguna parte gobierna el derecho sin la ayuda del poder, ni en derecho público ni en derecho privado, ni en materia nacional, ni en materia internacional. Siempre y en todas partes, cuando se impone a un poder una regla de derecho es en virtud de otro poder junto la gran utilidad de la separación de poderes es que, gracias a ella, hay siempre algún poder oculto detrás de una regla de derecho para contener a otro poder forzándole a observar la regla. La jactancia de que se está bajo el gobierno de las leyes o bajo el gobierno del derecho, como en los Estados Unidos, significa, en realidad, que se vive bajo el gobierno de los jueces” (Hauriou: 1927, 280 y 281).

efectividad del principio de control es que solo el poder frena al poder. [...] Ahora bien, el control, como señalarán desde McIlwain a Aragón Reyes, es la esencia del constitucionalismo “antiguo y moderno” (Herrero de Miñón: 2003, 63). Fijar límites a las actuaciones de los poderes del Estado se traduce en la garantía institucional de los tribunales constitucionales. Así las cosas, la Constitución confirió al Tribunal Constitucional atribuciones que garantizaran su propia independencia frente a los poderes del Estado. Dicho esto, resulta evidente la simbiosis que se produce entre el principio de la separación de los poderes y la acción efectiva de los tribunales constitucionales.

A la luz de estas consideraciones, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿qué instrumentos utilizan los tribunales constitucionales para garantizar la división de poderes en el Estado? Como todo órgano jurisdiccional, los tribunales constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia poseen atribuciones como la acción de incumplimiento para controlar las actuaciones de los poderes del Estado, así como los conflictos que se podrían presentar en el ejercicio de las competencias constitucionales.

En los países andinos, a través de la acción de incumplimiento, el Tribunal Constitucional podría incluso llegar a declarar la destitución de los servidores públicos que desacaten las sentencias de los órganos jurisdiccionales. Sin la obligación de los poderes del Estado de cumplir con las sentencias que dicten los tribunales constitucionales, resultaría imposible el desarrollo efectivo de la justicia constitucional, puesto que, en cierta medida, los tribunales cumplen con una función correctora sobre la labor del legislador²⁰⁸.

En los países objetos del presente estudio, los tribunales constitucionales disponen de las atribuciones necesarias para garantizar la división de los poderes del Estado, así como la constitucionalidad de las leyes y el cumplimiento de sus sentencias; aun así, la falta de independencia frente a los poderes del Estado persiste

²⁰⁸ “En este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales como en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas y se justifique, así, la justicia constitucional” (Ortiz Mayagoitia: 2007, 228).

en la región, situación que en muchos casos produce la duda respecto a la legitimidad de las decisiones de los organismos jurisdiccionales en cuanto al control de constitucionalidad.

Por otro lado, la desconfianza hacia los tribunales constitucionales se mantiene con respecto al cumplimiento de sus competencias, dado que los magistrados podrían resolver los procesos jurisdiccionales en función de principios subjetivos en reemplazo de la Constitución. Lo cierto es que los tribunales constitucionales andinos solo se conseguirán afianzar al dictar sentencias que se sustenten en la Constitución, al separar el Derecho de la moral subjetiva. En definitiva, es necesario disipar toda duda que pueda rondar sobre los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional (Zúñiga Urbina: 2010, 407).

4. Técnicas de optimización del control constitucional en los países de la región Andina

Tal como se evidenció en el capítulo anterior, los países de la región Andina incorporaron sistemas jurisdiccionales donde se combinaron elementos del modelo clásico americano y europeo, todo ello con la finalidad de implementar controles de constitucionalidad eficientes, optimizados y sincronizados con la realidad de cada país de la región. “[...] Planteado con simpleza, cuando no brutalidad, es la imposición de la ‘lógica de la Constitución’, sobre la lógica político democrática” (Zúñiga Urbina: 2010, 399). De ese modo, el desarrollo progresivo del control de constitucionalidad desde los inicios del periodo republicano, y con mayor énfasis desde finales de la década de 1970, afianzó la indiscutible supremacía de la Constitución sobre los sistemas normativos en los países de la región Andina.

En ese orden de ideas, optimizar los procesos de control de constitucionalidad depende de algunos factores entre los que destacan la mejora de los procesos de selección de los miembros de los tribunales constitucionales, la independencia del Tribunal Constitucional frente a los poderes del Estado, la asignación de atribuciones constitucionales en función de la naturaleza propia de un órgano jurisdiccional y definir con claridad el papel de los tribunales constitucionales a la luz de las técnicas de interpretación constitucional.

Asimismo, se debe tener presente que los magistrados de los tribunales constitucionales encuentran los límites de sus atribuciones entre la esfera del orden jurisdiccional y las decisiones que corresponden a los órganos de representación política del Estado. Evitar la discrecionalidad judicial al aplicar el control de constitucionalidad siempre será necesario para garantizar la prevalencia del orden constitucional²⁰⁹.

Por otro lado, existen cuestiones de orden interno que los tribunales constitucionales deben optimizar, ya que su eficiencia dependerá de los niveles de formación de los magistrados de la Corte. Asimismo, aplicar el control de constitucionalidad de forma eficiente requiere la permeabilización de la cultura jurídica en todos los niveles institucionales.

Un sistema de control constitucional en el que las sentencias que dictan las más altas cortes jurisdiccionales no se acaten o no tengan su cumplimiento dentro de plazos razonables afecta la legitimidad de la Corte y socaba el valor de la Constitución. Por consiguiente, los poderes del Estado deben cumplir con las sentencias de los tribunales constitucionales, aun cuando exista un abierto desacuerdo, pues lo contrario traería consigo una afectación directa a la legitimidad de la Corte Constitucional, así como un daño al orden constitucional democrático, difícil de reparar.

Finalmente, existe un elemento esencial para alcanzar la optimización de los sistemas de control constitucional en los países de la región Andina: la comprensión integral del Estado de Derecho con base en la democracia constitucional. Los miembros de los poderes del Estado y la ciudadanía en general deben interiorizar que el irrespeto al orden constitucional trae consigo una serie de implicaciones nocivas para el Estado de Derecho. La Constitución es la brújula que orienta a los países de primer mundo hacia las vías del desarrollo, en ella se proclaman los valores compartidos y aceptados por la sociedad, sobre los que descansan el ideal constitucional y la estructura social del Estado.

²⁰⁹ “En otras palabras, la restricción al legislador no viene dada por la Constitución, sino por el Tribunal Constitucional; con la particularidad además de que el alto grado de indeterminación semántica de las normas constitucionales hace de la interpretación constitucional una tarea especialmente discrecional” (Prieto Sanchís: 2003, 157).

4.1. Métodos de selección de los magistrados de los tribunales constitucionales

Los países de la región Andina implementaron diferentes sistemas para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. Propio de los Estados de Derecho, los administradores de justicia deben ejercer sus funciones en estricto apego a la Constitución, así aíslan las valoraciones que tienen origen en las apreciaciones propias, situación nada sencilla, pero indispensable para fortalecer la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, los magistrados deben anteponer las decisiones del pleno sobre sus propios criterios ²¹⁰. En algunos casos, dada la formación académica o el ámbito en el que han desarrollado la carrera profesional, cada magistrado tendrá valoraciones individuales, incluso posiciones políticas de carácter ideológico; no obstante, al asumir el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional, deben hacer prevalecer los principios de la Constitución²¹¹. Por tanto, el encargo de administrar la justicia en función de la Norma Fundamental requiere de jueces que, a pesar de tener perspectivas constitucionales propias, ejerzan sus funciones con la rigurosidad de un celibato constitucional, en analogía con la labor sacramental²¹².

No obstante, en los países de la región Andina, a nivel de las altas magistraturas, es común encontrar jueces que abiertamente expresan su posición política, incluso al punto de denostar sobre determinadas posiciones ideológicas. Los

²¹⁰ “[...] La actividad del Tribunal está fundada sobre las distintas personalidades de los jueces que se expresan en la sala de deliberaciones. Al mismo tiempo, es rigurosamente colegial. [...] En Italia los jueces constitucionales a los que se reconoce la más plena subjetividad dentro del colegio no son nada fuera del tribunal. Solo existen como parte del tribunal; fuera no tienen funciones que desempeñar, no pueden manifestar opiniones sobre argumentos que aún solo indirectamente puedan referirse asuntos del tribunal y de su actividad” (Zagrebelsky: 2008, 62).

²¹¹ “[...] Los Tribunales Constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos. La designación de los miembros de los tribunales no obedece a los criterios tradicionales, lo que los distingue de las jurisdicciones ordinarias (a pesar de que en el seno de las jurisdicciones ordinarias pueden darse designaciones que no corresponden a los criterios tradicionales, como por ejemplo en el Consejo de Estado francés, cuando se producen nombramientos de turno exterior)” (Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 29).

²¹² “El ‘esfuerzo de apertura de un Tribunal Constitucional’ debe mantenerse leal a la clásica reserva judicial. Las resoluciones del Tribunal no deben ser comentadas en público por otros magistrados constitucionales” (Häberle: 2012, 27).

jueces de los tribunales constitucionales deben mostrarse “inasequibles a las influencias partidistas” (Häberle: 2012, 521).

Los hechos descritos en líneas anteriores suponen un grave riesgo para la institucionalidad de los poderes del Estado, dado que los jueces deben guiar sus fallos en estricto apego a la Constitución y la ley, así como desvincular sus creencias morales o de canon éticas para la administración de justicia; de lo contrario, se reflejaría el deseo de imponer sus propias escalas de valores antes que los principios y derechos que proclama la Constitución.

[...] Acerca del nombramiento de estos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se puede abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional (Zúñiga Urbina: 2010, 417).

En el caso de Colombia, se priorizó la vinculación de la Corte Constitucional al poder Legislativo, al otorgar al Parlamento, luego de un proceso en el que participan los demás poderes del Estado y la sociedad civil en general, la potestad para designar a los magistrados de la Corte Constitucional. De este modo, se recuerda a los magistrados que el control de constitucionalidad de la ley que efectúan recae la principal labor del legislador, cuya naturaleza es política en esencia. No obstante, la fórmula implementada en la Constitución de Colombia mantiene grandes diferencias con el modelo de control constitucional europeo (Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 125). Lo anterior, en tanto que la Constitución confiere a los jueces de la jurisdicción ordinaria la facultad de aplicar el control difuso a través de la acción de excepción de constitucionalidad (art. 4 CC).

De otra parte, la Constitución ecuatoriana desarrolla un sistema de selección en el que incluye, a través de la formación de una comisión, la participación de todos los poderes del Estado, excepto la función Judicial y Electoral. Asimismo, se establece un procedimiento que afianza la participación ciudadana; y, una vez culminado el

concurso de méritos y oposición, se designan a los miembros de la Corte Constitucional. De esta forma, desde la Constitución, se promueve la participación de todos los miembros del Estado ecuatoriano en el proceso de designación de los jueces de la Corte Constitucional. Los mecanismos de participación ciudadana garantizan, en parte, la transparencia del proceso de selección. Finalmente, los magistrados del Tribunal Constitucional son posesionados por la Asamblea Nacional.

Llama la atención la forma de selección de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Luego de un proceso de preselección llevado a cabo por la Asamblea, los magistrados son escogidos a través de votación popular. La intención del constituyente boliviano al implementar en la Constitución esta forma novedosa de designación es otorgar a los magistrados legitimidad democrática, equiparable a la legitimidad que ostentan los poderes Ejecutivo y Legislativo. Aun así, dadas las funciones que cumple un órgano de control constitucional, antes que legitimidad democrática, se debe privilegiar el desempeño profesional y los conocimientos en el campo del Derecho constitucional a nivel dogmático, normativo y procesal.

La selección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional a través de mecanismos de elección popular no necesariamente garantiza mayores niveles de legitimidad ni la solución a los problemas que ocasionalmente se presentan en torno al ejercicio de las atribuciones que confiere la Constitución a la jurisdicción constitucional, “un posicionamiento incorrecto y poco razonable que tiene como fundamento central el evitar la politización del tribunal constitucional que, dada la modalidad actual de designación, se produce por el ‘cuoteo’ político que se da en el Congreso Nacional”, y con ello “garantizar la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones”(Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 77). A la vista de los hechos prenombrados, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional continúan vinculados a procesos políticos-proselitistas.

Por otra parte, en los procesos electorales que se han llevado a cabo para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se han impuesto los votos blancos y nulos sobre los votos válidos. En las elecciones del año 2011 se registraron 40,72 % de votos válidos, mientras que los votos blancos y nulos sumaron el 59,27 %.

De igual forma, en las elecciones del año 2017 los votos válidos alcanzaron el 32,64 %, mientras que los votos nulos y blancos constituyeron un 65,83 %. Se puede apreciar que los votos válidos disminuyeron en las últimas elecciones realizadas al incrementar el porcentaje de los votos nulos y blancos²¹³. Así, los resultados del proceso electoral evidencian la falta de interés o conocimiento en la población acerca de la importancia que tiene la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por consiguiente, a la vista de los resultados de los procesos electorales para designar a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la legitimidad que estos obtienen no resulta equiparable a la que ostentan los poderes Ejecutivo y Legislativo. Por tanto, es posible afirmar que la fuente primaria de legitimidad de los tribunales constitucionales se concentra en la solidez institucional y la independencia que demuestran al dictar sus sentencias frente a los poderes del Estado. Si bien es cierto que la forma de selección de los miembros de los tribunales constitucionales es importante, mayor aún es la solvencia con la que cada magistrado desempeña las atribuciones otorgadas por la Constitución.

Lo cierto es que en Bolivia los partidos políticos de forma indirecta continúan respaldando a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado que inciden en los votantes para inclinar la intención de voto. Dicho esto, la fórmula que implementó Bolivia para designar al Tribunal Constitucional Plurinacional podría generar un efecto no deseado: la politización del sistema jurisdiccional.

En ese orden de ideas, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales que no fueron diseñados para hacer prevalecer decisiones de índole política, pues el diseño y la ejecución de las políticas públicas son una responsabilidad propia de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, en situaciones excepcionales, y en defensa de la propia Constitución, ante un riesgo grave e inminente que supone una amenaza para el orden constitucional, los tribunales constitucionales podrían resolver casos que se encuentran en los límites del orden jurisdiccional y

²¹³ “Desde el punto de vista de la legitimidad de los elegidos, el resultado fue peor que el de seis años atrás: la suma de votos en blanco (14,93 %) y nulos (50,9 %) rozó los dos tercios de los votos emitidos, algo más que en 2011, cuando totalizaron 59,27 %. Los votos emitidos por uno o más candidatos descendieron de 40,72 % a 34,12 %” (Pasara Luis: 2018, 23).

político. La solidez institucional del Tribunal Constitucional es vital para hacer prevalecer sus decisiones sobre los poderes del Estado; por tanto, el Tribunal Constitucional debe alcanzar el estatus necesario que solo se consigue al demostrar independencia al momento de dictar sentencia.

En definitiva, la jurisdicción constitucional se afianza al seleccionar a los miembros de los tribunales constitucionales de forma independiente. Estos, una vez designados, deben cortar sus vínculos con las fuerzas políticas o con los representantes de los poderes del Estado que los nominaron. Consecuentemente, es posible afirmar que la fórmula idónea para designar al Tribunal Constitucional necesita del involucramiento de todos los poderes del Estado y la sociedad en general.

Incluir la participación de veedurías ciudadanas garantiza la transparencia de los procesos de selección, pero es necesario que se cumplan los procedimientos que establece la Constitución. Construir procesos que combinen distintos mecanismos de selección podría afianzar la independencia de la jurisdicción constitucional.

4.1.1. Métodos alternativos para la selección de magistrados del Tribunal Constitucional

Tal como se mencionó en líneas anteriores, una forma de garantizar la independencia de la jurisdicción constitucional se encuentra en la incorporación de la sociedad civil a los procesos de selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional; sin embargo, no es una garantía suficiente a nivel institucional. A través de las reformas al ordenamiento jurídico, se pueden implementar procedimientos de selección de los magistrados con opción a veto cruzado, al conferir esta potestad a cada ente nominador para que actúe de modo discrecional, dado que la opción a veto no requeriría mayores fundamentaciones.

La objeción discrecional se puede presentar sobre cualquiera de los preseleccionados a integrar la terna final. El poder Ejecutivo podría objetar a uno de los preseleccionados por el poder Legislativo y viceversa; y, de igual forma, los candidatos propuestos por los distintos sectores que intervienen en la preselección. Las razones de la objeción pueden ser la evidente posición política de uno de los

preseleccionados; o la notoria falta de imparcialidad, es decir, una potestad cuya valoración pertenece al orden político y no jurisdiccional. El procedimiento en cuestión se aplicaría con base en el principio de igualdad entre los organismos nominadores.

Ahora bien, la aplicación del veto cruzado obligaría a preseleccionar con mayor rigor a los postulantes y, asimismo, escoger a ciudadanos cuya única obligación es garantizar la prevalencia de la Constitución; de este modo, se evita que los futuros miembros del Tribunal Constitucional dicten sentencias sesgadas a sus propias convicciones políticas, situación que tiende a favorecer al poder del Estado o sector de la sociedad que los nominó.

En definitiva, la elección de los jueces del Tribunal Constitucional continúa siendo un asunto en el que resulta difícil encontrar acuerdos en cuanto al método más efectivo para su designación. A pesar de los múltiples procedimientos que se podrían implementar para garantizar la independencia del control de constitucionalidad, resulta imposible separar el origen político de los magistrados²¹⁴ sin dejar de lado la naturaleza misma de sus atribuciones constitucionales: la aplicación del control jurisdiccional de la ley con base en un instrumento cuyo origen se encuentra en la democracia, la Constitución.

4.1.2. Cláusula especial de inhabilidad

Existe una relación directa entre el fortalecimiento institucional de los órganos jurisdiccionales y el nivel de independencia que demuestran frente a los poderes del Estado. Los mecanismos escogidos por las Constituciones andinas para designar a los magistrados de los tribunales constitucionales garantizan, en cierta medida, la autonomía del órgano jurisdiccional; sin embargo, se podría añadir un régimen de inhabilidades especiales que limite las actividades políticas de los miembros del Tribunal Constitucional durante y después del ejercicio de sus funciones.

²¹⁴ “La elección de los jueces es uno de los campos problemáticos más peliagudos de la jurisdicción constitucional actual. Cuantas más competencias escritas o tácitas asume esta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta” (Häberle: 2001, 177).

En ocasiones los magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Presidente de la República o por cualquier otro poder del Estado para ocupar altos cargos en la administración pública; y, al suscitarse el nombramiento de forma inmediata, se podría comprometer la independencia del órgano jurisdiccional. Por otra parte, las constituciones andinas contienen mínimas limitaciones que prohíben a los magistrados del Tribunal Constitucional participar como candidatos en procesos de elección popular. Estas situaciones ponen en duda la objetividad del Tribunal Constitucional, dado que levantan la perspicacia en torno a su utilización como plataforma que impulsa futuras participaciones políticas de los magistrados.

A la luz de estas consideraciones, la Constitución colombiana implementó en el artículo 240 un régimen especial de inhabilidades con la finalidad de preservar la independencia de la Corte Constitucional²¹⁵. De esta forma, quedan inhabilitados de participar en procesos electorales los ciudadanos que durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como ministros de despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. Igualmente, el Gobierno no puede conferir empleo a los magistrados de la Corte Constitucional durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente de su término (art. 245 CC)²¹⁶.

Por otra parte, la Constitución de Ecuador establece la prohibición de participar en los procesos electorales a los jueces de la función Judicial, del Tribunal Contencioso Electoral y a los miembros de la Corte Constitucional y del Consejo Nacional Electoral, con excepción de los casos en los que se presente la renuncia a las funciones seis meses antes de la fecha en la que se han de celebrar las elecciones. Además, hay que señalar que en la Constitución no se establece prohibición alguna a los magistrados para ser nombrados ministros o para ocupar otros cargos en los poderes del Estado²¹⁷.

Ahora bien, en el caso de Bolivia, la Constitución establece la inhabilidad para participar en comicios a quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre

²¹⁵ Art. 240 CC: “No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado”.

²¹⁶ Art. 245 CC: “El Gobierno no podrá conferir empleo a los magistrados de la Corte Constitucional durante el periodo de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro”.

²¹⁷ Art. 113.4 y 152 CRE.

nombramiento que no hayan renunciado a este al menos tres meses antes al día de la elección. Además, no existe impedimento para que los magistrados del Tribunal Constitucional, una vez terminen sus funciones, puedan ser nombrados de forma inmediata en altos cargos por parte de cualquier poder del Estado²¹⁸.

Como se evidencia, la Constitución de Colombia es la única en la región que implementó un régimen de inhabilidades un tanto más estricto; esto, con el fin de garantizar que los magistrados de la Corte Constitucional cumplan fielmente con las atribuciones conferidas. No obstante, en Latinoamérica existen otras Constituciones que implementaron regímenes de inhabilidades especiales.

Por ejemplo, la Constitución de Chile prohíbe a los altos cargo de la administración pública ser candidatos a diputado o senador al año siguiente de haber culminado funciones. Dentro de esta prohibición se encuentran comprendidos los miembros de los órganos de control del Estado y los organismos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional²¹⁹. La norma constitucional en mención busca que los altos cargos cumplan sus atribuciones en función de los intereses del Estado, sin cálculos de cara a futuros procesos de elección popular.

En consecuencia de todo lo anterior, el control de constitucionalidad en Ecuador y Bolivia se podría optimizar a través de una reforma constitucional que amplíe las inhabilidades para ser candidatos de elección popular y ocupar cargos de confianza en los poderes del Estado. A este respecto, se podría elaborar una ley orgánica que regule el ejercicio de alto cargo en los poderes del Estado, lo que sería similar a la Ley Nro. 3 de 2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la administración general del Estado de España. Este proyecto de ley no solo permitiría establecer la idoneidad de los altos cargos que designe el poder Ejecutivo, sino que su rango de aplicación se extendería hacia los demás poderes del Estado.

De esa forma, la idea principal consiste en impedir mediante acto normativo que la misma persona ocupe de manera continua altos cargos en distintos poderes del

²¹⁸ Art. 238.3 y 176 CPB.

²¹⁹ Art. 57 Constitución Política de Chile.

Estado, dado que esta situación podría comprometer la independencia de la institucionalidad pública. Dicho de otro modo, se debe evitar que los funcionarios, en especial los miembros de los órganos jurisdiccionales administren justicia constitucional con base en futuras aspiraciones personales.

En definitiva, garantizar que los magistrados del Tribunal Constitucional dicten sentencias enmarcadas estrictamente en la Constitución y la ley es fundamental para el desarrollo del nuevo constitucionalismo en la región Andina.

4.2. Atribuciones de los tribunales constitucionales

Ante todo, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, concebidos para efectuar el control de constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. “Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos” (Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 13). De otra parte, se debe mencionar que en los países de la región Andina las constituciones confirieron a los organismos de control constitucional un amplio catálogo de atribuciones, hecho que pudiera afectar la celeridad en la administración de justicia constitucional.

Del control de la constitucionalidad de las leyes al control de la aplicación de las mismas. En la actualidad, tres Tribunales Constitucionales se asemejan cada vez más a “súper tribunales de casación”: el alemán, el italiano y el español. [...] El amparo español se solicita, sobre todo, contra decisiones jurisdiccionales. En lo esencial, pues, estos tribunales se consagran al examen de casos ordinarios en los que deben extraer y examinar las cuestiones constitucionales [...] (Favoreu en Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 41).

En Colombia, la acción de amparo se convirtió en una garantía que favoreció la democratización de la jurisdicción constitucional; no obstante, su uso indiscriminado y el hecho de que todas las acciones son remitidas a la Corte Constitucional suponen cargas procesales que dificultan su óptima aplicación. Por otra parte, el hecho de que las sentencias que en general dictan los jueces ordinarios no se

encuentren sometidas a un control posterior de constitucionalidad socava la posición de la Corte Constitucional de Colombia como máximo intérprete.

En el caso de Ecuador, la Constitución en el artículo 428 concibe a la “consulta de constitucionalidad”, que en realidad es la forma que adoptó la cuestión de inconstitucionalidad. La denominación que esta adquirió en el sistema jurídico ecuatoriano genera confusión entre los administradores de justicia y los accionantes. Los jueces de la jurisdicción ordinaria intentaron de forma errónea utilizar la consulta de constitucionalidad como un instrumento de “consulta” dirigido a la Corte Constitucional, al plantear sin mayores fundamentaciones asuntos de duda y, en otros casos, “preguntar” a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de normas o actuaciones de los poderes del Estado.

Así las cosas, la principal labor de los tribunales constitucionales consiste en fijar los precedentes vinculantes en torno a la validez de la ley y la aplicación de la Constitución por parte de los órganos jurisdiccionales (Ortiz Mayagoitia: 2007, 146). Dicho de otro modo, su función principal es garantizar la supremacía del orden constitucional. Por tanto, los tribunales constitucionales andinos se deberían enfocar en labores “esenciales”²²⁰ y excluir de sus atribuciones aquellas que podrían ser avocadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria; esto, con el fin de priorizar la defensa efectiva y eficaz de la Constitución. De ese modo, la constitucionalidad de los actos administrativos puede ser resuelta por el Tribunal Contencioso Administrativo; y, salvo en los casos debidamente motivados, las partes procesales podrían recurrir ante la Corte Constitucional con la sentencia que se dicte en sede administrativa.

²²⁰ “Una tarea a realizar sería, a partir de los catálogos de competencias de derecho positivo comparados entre sí de todos los Tribunales Constitucionales nacionales y (supranacionales) ‘regionales’, establecer categorías de competencias ‘típicas’ (*essentials*), por ejemplo como el (casi universal) control concreto y (más raramente) abstracto o preventivo de las normas, conflictos entre órganos, los múltiples conflictos de competencias en los Estados federales y regionales, los procedimientos del recurso de amparo, las acusaciones contra presidentes y jueces, y otros procesos” (Häberle: 2012, 14).

4.3. Objetividad normativa y la tutela de los derechos (principio de aplicación directa de la Constitución)

Los principios constitucionales son vitales para la construcción del Estado Social de Derecho, constituyen el reflejo de los valores y costumbres que comparten los ciudadanos. Las actuaciones legítimas de los poderes del Estado tienen como base los principios que fueron proclamados en la Constitución; sin embargo, si los principios se hallaran desprovistos de la misma fuerza normativa que reviste a las demás normas constitucionales, la parte dogmática de la Constitución no representaría más allá que un simple artilugio de la política, capaz de llegar a distorsionar los fines y alcances de la jurisdicción constitucional²²¹. Dicho de otro modo, se volvería un obstáculo para la aplicación de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Resulta evidente que en los sistemas garantistas todo el contenido de la Norma Fundamental posee fuerza normativa, por tanto, todos los derechos son exigibles con carácter vinculante ante cualquier autoridad. “Los derechos fundamentales son, por tanto, verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado. Es decir, los derechos fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo” (Balaguer & Cámara: 2022, 57).

A este respecto, la Constitución colombiana, a fin de garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la jurisdicción constitucional, establece de forma literal los derechos que son tutelables de forma directa ante los organismos jurisdiccionales²²². “Estos derechos fundamentales reconocidos por las precitadas normas son *self-executing*” (Rey Cantor: 2006, 307). De tal modo, se garantiza el valor de la Constitución como un instrumento jurídico-normativo; aun así, los valores constitucionales no dejan de ser aplicables, dado que todos los miembros de los

²²¹ “[...] La fuerza normativa de la Constitución se asocia indisolublemente a la idea del Estado constitucional de derecho, en el cual existen valores e intereses fundamentales previstos en un texto supremo que no pueden quedar supeditado a mayorías legislativas coyunturales” (Polo: 2018, 233).

²²² Art. 85 CC: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”.

poderes del Estado y los jueces de la jurisdicción ordinaria y constitucional fundan sus actuaciones en la fuerza normativa de la Constitución.

En contraste, la Constitución de Ecuador, en el artículo 11.3, establece que todos los derechos son tutelables, de igual jerarquía y de aplicación directa ante cualquier organismo del Estado; estos preceptos son incorporados en el mismo sentido en la Constitución de Bolivia²²³. De ese modo, en ambos países prevalece el principio de aplicación directa de la Constitución, sin precisar cuáles son los derechos tutelables a nivel jurisdiccional, situación que se convierte en una puerta abierta hacia el activismo judicial, debido al alto grado de indeterminación. Así, no singularizar que derechos son directamente exigibles ante los tribunales de justicia es otra falencia del sistema constitucional andino.

En este punto, es necesario señalar que es un error llamar activismo judicial a las situaciones en las que la justicia constitucional fundamenta sus sentencias en razones políticas y no jurídicas, dado que bajo estas circunstancias los jueces dictan sentencias con base en valoraciones subjetivas y no conforme a la Constitución, hecho que supone una grave afectación hacia la jurisdicción constitucional y el orden constituido. Por el contrario, el concepto legítimo de activismo judicial se refiere a “la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado”; en todo caso, el activismo judicial encuentra sus límites en el propio fundamento constitucional. Dicho esto, la actuación judicial desmedida puede traer consigo la deslegitimación del órgano constitucional (Aragón Reyes: 2019, 15).

Así, no determinar qué derechos son exigibles a través de las garantías jurisdiccionales es una puerta abierta hacia el activismo judicial sin control, por lo que los tribunales constitucionales de cada Estado deben definir los límites de la jurisdicción constitucional. Cabe recordar que existen asuntos que por su naturaleza política se deben resolver a través de las actuaciones de los poderes Ejecutivo y

²²³ “La aplicabilidad directa de los derechos establecidos en la Constitución, como lo señala el artículo 109, no es solo una característica de las Constituciones contemporáneas, que tiene esta condición invadente y pervasiva (invasora y entrometida) en todo el ordenamiento jurídico, sino que se constituye en la primera garantía enunciada en el texto constitucional boliviano” (Rojas Tudela: 2018, 97).

Legislativo; mientras tanto, al Tribunal Constitucional le corresponde tomar decisiones en el campo jurisdiccional.

Si bien es cierto que todos los derechos son de igual jerarquía, y que toda la Constitución se encuentra revestida de fuerza normativa, los principios y valores por sí mismos no son suficientes para garantizar la satisfacción de los derechos, puesto que es una labor que corresponde a los poderes del Estado en el marco de la Constitución. Dicho de otro modo, existen normas constitucionales que establecen con claridad los procedimientos jurisdiccionales a seguir, así como a quien corresponde, según sus competencias, efectivizar los derechos.

A la luz de todo lo anterior, las Constituciones de los países andinos requieren precisar que las Cortes Constitucionales son órganos jurisdiccionales y, como tal, se encuentran desprovistos de atribuciones para tomar decisiones que son propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, cabe preguntarse en qué circunstancias la Corte Constitucional podría admitir a trámite procesos que se encuentran al borde de los límites jurisdiccionales y que requieren decisiones políticas. El Tribunal Constitucional debe avocar conocimiento de todos los procesos jurisdiccionales donde se encuentran en riesgo de vulneración los derechos constitucionales, ya sea por las actuaciones u omisiones de los poderes del Estado o por la vigencia de leyes contrarias a la Constitución, aun cuando eso suponga una colisión con los poderes del Estado.

En definitiva, existen derechos que requieren el debido desarrollo legislativo para alcanzar su concreción, situación que de ninguna forma significa que no son objeto de tutela por parte del Tribunal Constitucional. Interpretar artículos de la Constitución de forma aislada sería desconocer el valor de las demás normas constitucionales.

4.4. Interpretación de las normas constitucionales

No es una novedad que los órganos jurisdiccionales interpretan la ley a la luz de la Constitución al dictar sentencias; asimismo, es un deber de todos los ciudadanos, en especial de los servidores públicos, cumplir con las disposiciones constitucionales. Por tanto, en los sistemas jurisdiccionales andinos la interpretación de la Constitución

y la ley puede ser realizada por todas las personas, aunque la propia Constitución otorga a los tribunales constitucionales la calidad de máximos intérpretes.

Todo Tribunal Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad, deberá interpretar la ley conforme a la Constitución; no obstante, existe un riesgo latente, la “desnaturalización de la función jurisdiccional” (Aragón Reyes: 2019, 17). En consecuencia, se podrían presentar circunstancias en las que el órgano titular de la jurisdicción constitucional involuntariamente sustituya a las funciones del poder Legislativo, situación no deseable, dado que los organismos jurisdiccionales no se encuentran legitimados para legislar.

Lo cierto es que cuando un Tribunal Constitucional se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones afecta al equilibrio del orden constitucional, básico para asegurar la existencia misma del Tribunal y el respeto de su posición ante los poderes del Estado y los ciudadanos. En suma, ningún Tribunal Constitucional debe extralimitarse al interpretar la Constitución y la ley.

En esta línea, la Constitución colombiana atribuye a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución, siempre en el marco estricto de las atribuciones conferidas por la Norma Fundamental, dado que no es el único órgano responsable de aplicar el control de constitucionalidad. La Corte Constitucional procura interpretar la ley que se encuentra vigente en el sentido que mejor se ajuste al contenido íntegro de la Constitución. “El Tribunal Constitucional determina qué interpretación de un enunciado legal resulta conforme a la Constitución o, al contrario, cuál debe excluirse por incompatible con la misma; y, naturalmente, de establecer la interpretación constitucional de un enunciado a presentar la mejor interpretación del mismo solo hay un paso” (Prieto Sanchís: 2003, 168).

En Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo intérprete a todo nivel de la Constitución y la ley, al igual que en la República Plurinacional de Bolivia: “las decisiones interpretativas tienen su fundamento general en el principio de conservación de la ley y su necesaria interpretación conforme con la carta fundamental y como característica esencial común el entender qué parte del contenido normativo de la disposición legislativa impugnada es inconstitucional sin que dicha

inconstitucionalidad afecte a la disposición combatida” (Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor: 2009, 41). Así, los tribunales constitucionales de Ecuador y Bolivia a través de las técnicas de interpretación constitucional garantizan la supremacía de la Constitución sobre la ley.

De esta forma, la interpretación constitucional busca adecuar la norma que se extrae del precepto (ley) a la luz de la Constitución. En este sentido, los órganos jurisdiccionales evitan dictar sentencias en cuestiones que, por su naturaleza política, no son judiciales (Bouzar: 1998, 275). Por el contrario, tal como se indicó en líneas anteriores, es una situación que daría paso a la aplicación de un mal llamado activismo judicial.

Con esto queda claro que los tribunales constitucionales interpretan la ley conforme al contenido constitucional. Por eso, en los casos que consideren que no es posible interpretar la ley conforme a la Constitución, deberán estimar o aceptar la acción. Por otra parte, el Tribunal puede desestimar o rechazar la acción de inconstitucionalidad al considerar que la ley es compatible en todas sus formas con la Constitución. En consecuencia, las sentencias interpretativas son dictadas en los casos que el Tribunal considera la estimación parcial de la acción (Fix-Zamudio & Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 41). En todo caso, las constituciones y las leyes de cada país andino establecen parámetros para aplicar las técnicas de interpretación.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Corte Constitucional de Colombia a través de sus sentencias desarrolló de forma amplia su fuerza interpretativa sin socavar los principios rectores sobre los que se redactó la Carta Constitucional, y por medio de la jurisprudencia estableció el carácter general y obligatorio de aplicar la interpretación constitucional que resuelve la constitucionalidad de leyes oscuras²²⁴. Por ello se puede afirmar lo siguiente: “cuando el tribunal vota, no decide sobre la Constitución sino sobre sus interpretaciones; pero esto es suficiente para reconocer la

²²⁴ “Por esta razón y, en especial, si se tiene en cuenta la dificultad de la interpretación constitucional, dada la ‘textura abierta’ de estas normas, la ambigüedad natural del lenguaje y, en especial, de normas diseñadas en forma indeterminada para garantizar la estabilidad jurídica y la vocación de proyección en el tiempo de las normas constitucionales, el artículo 241 de la misma carta encargó a la Corte Constitucional la tarea de preservar su integridad y supremacía sobre la base de la seguridad jurídica, la justicia material, el respeto por el principio democrático y la igualdad de trato jurídico (preámbulo, artículos 1 y 13 superiores)” Sentencia C-820-06 del 4 de octubre de 2006.

dificultad que deriva de la máxima ‘sobre la Constitución no se vota’” (Zagrebelsky: 2008, 34).

En esta misma línea, la Corte implementó múltiples técnicas de interpretación constitucional, además de los métodos clásicos que contempla el Código Civil colombiano (interpretación doctrinal, gramatical, significado de las palabras, palabras técnicas, interpretación por el contexto y la interpretación sobre la extensión de una ley)²²⁵. Sin las técnicas de interpretación, la Corte Constitucional de Colombia no habría tenido la capacidad para dictar sentencias de importante valor didáctico.

En el caso de Ecuador, el artículo 427 de la Constitución ²²⁶ y el artículo 3 LOGJCC establecen, sin precisar un orden específico, los métodos de interpretación constitucional entre los que se encuentran las reglas de solución de antinomias; el principio de proporcionalidad; la ponderación; la interpretación evolutiva o dinámica; y la interpretación sistémica, teleológica y literal. De este modo, en Colombia y Ecuador, al tener que resolver conflictos constitucionales entre leyes de igual jerarquía, los jueces aplican los distintos métodos de interpretación constitucional desarrollados por la teoría del Derecho e implementados en las respectivas jurisdicciones conforme a la ley.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional, al realizar la interpretación de la ley, deberá en primera instancia observar de manera preferente la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto de la Norma Fundamental²²⁷. Sin embargo, el CPC de Bolivia reconoce a la interpretación sistemática en función de los fines que establece la propia Constitución.²²⁸

²²⁵ Art. 26 y ss.

²²⁶ Art. 427 CRE: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

²²⁷ Art. 196.2 de la CPB: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

²²⁸ Art. 2. 2 CPCB

Al contemplar la Constitución boliviana el respeto hacia la voluntad del constituyente se impone en primer orden el método histórico de interpretación; por tanto, los magistrados del Tribunal Constitucional fundamentan las decisiones conforme a la voluntad del constituyente e, incluso, en casos de duda, se deberán remitir a los cuadernos de debate en el que constan los acuerdos y desacuerdos que se suscitaron durante la elaboración de la Norma Fundamental. “Según la doctrina del derecho constitucional, el método histórico consiste en averiguar los antecedentes o raíces históricas de la norma constitucional interpretada para descubrir el sentido de la norma a partir de la voluntad original de su creador; para lo que debe acudir a los documentos de exposición de motivos, informes de comisiones, actas de debates, etc.” (Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 78). No obstante, uno de los problemas al aplicar el método histórico consiste en que no siempre se cuenta con los registros documentales; y, por otra parte, al ser la Constitución de Bolivia proclamada de forma reciente, no existen mayores antecedentes.

Por otro lado, interpretar la Constitución de forma literal restringe al Tribunal Constitucional la facultad de adecuar la ley al contenido de la Norma Fundamental (Bouzar: 1998, 278). Dicho de otro modo, la interpretación literal limita la capacidad del Tribunal Constitucional para valorar la ley frente al contenido integral de la Constitución. Respetar la voluntad del constituyente y evitar contraponer la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal sí es posible.

La teoría evolutiva del Derecho, o las teorías como las de Häberle acerca del “derecho vivo” o “el derecho de los intérpretes”²²⁹ no necesariamente se encuentran opuestas al significado moderno de la Constitución. En suma, los parámetros que utilizan los magistrados de los tribunales constitucionales al efectuar el control de

²²⁹ “...la atribución de ese significado no es una labor «en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad»; pues, los enunciados constitucionales «no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura» a cualquier decisión o, de los que se puedan extraer un número infinito de significados, sino que, serán admisibles aquellos contenidos que sean congruentes con el sentido literal y sistemático del precepto jurídico. La idea de sistema no permite que en su desarrollo se dicten cualquier contenido normativo, sino solo aquellos que se encuentre dentro de él. Naturalmente, el juez constitucional puede acoger entre los diversos significados del texto uno evolutivo que responda a las nuevas exigencias, pero siempre que sea perteneciente al sistema...” (Arias López: 2013, 261).

constitucionalidad se deben adecuar a la realidad social, jurídica y política bajo la que se encuentra la resolución de los distintos procesos.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, a fin de optimizar el control de constitucionalidad, requieren aplicar los métodos de interpretación de conformidad con los hechos fácticos. Establecer un orden de preferencia entre los métodos de interpretación se convierte en una barrera que limita la eficacia de las sentencias que dictan los tribunales constitucionales. En este sentido, se debe recordar la definición de sentencias interpretativas en palabras de Díaz Revorio: “[...] Podemos partir de la idea comúnmente admitida de que son sentencias interpretativas aquellas que señalan qué interpretaciones derivadas de un texto legislativo no son acordes con la constitución, o bien cuál es la interpretación de dicho texto conforme con la norma fundamental” (2001, 25).

De otra parte, se debe prestar especial atención a las sentencias aditivas, dado que producen efectos sobre la interpretación de la disposición o, en algunos casos, añaden texto a la ley que no fueron contemplados por el legislador: “[...] por tanto, los efectos aditivos no se producen sobre la disposición, aunque hay que reconocer que, en la práctica, algunos supuestos de sentencias aditivas parecen provocar sobre dicha disposición los mismos efectos que si añadieran algo a su texto, y en este sentido cabría hablar de ‘aditividad textual’” (Díaz Revorio: 2001, 39). A pesar de esto, las sentencias aditivas permiten perfeccionar la labor del legislador en algunos casos, por tanto, no necesariamente debería representar una confrontación entre el Tribunal Constitucional y el poder Legislativo, dado que ambos fundamentan sus actuaciones en la Constitución.

[...] Aparentemente, la labor realizada por una sentencia interpretativa en sentido estricto no plantearía duda alguna de invasión de competencias legislativas. Si esta sentencia se limita a señalar, entre varias interpretaciones posibles de un texto, cuál o cuáles son conformes a la constitución (o cuáles no lo son), en realidad estarían realizando una mera función de interpretación constitucional de la ley, que correspondería al Tribunal Constitucional (o a los tribunales ordinarios, en los términos ya vistos) (Díaz Revorio: 2001, 250).

Los órganos responsables de la jurisdicción constitucional y los magistrados de la jurisdicción ordinaria deben, en todo momento, al interpretar las normas jurídicas, tener presentes los principios constitucionales; es decir, aplicar en debida forma la interpretación constitucional sin olvidar que la propia Constitución establece límites para el desarrollo jurisprudencial. En ese orden, la interpretación de la Constitución y la ley no se realiza a partir de valores subjetivos de quien la interpreta, sino de los propios principios constitucionales. Así las cosas, la utilización de técnicas de interpretación permite a los tribunales constitucionales adecuar sus fallos a las realidades fácticas de cada país de la región, a la vez que se afianza su posición de guardianes del orden constitucional.

En definitiva, los tribunales constitucionales precisan disponer de forma abierta de los instrumentos de interpretación constitucional que recoge la teoría del Derecho. Al respecto, existe una amplia gama de métodos interpretativos que permiten a los jueces resolver de forma creativa las acciones jurisdiccionales, por lo tanto es posible adecuar la norma que se extrae del texto de la ley al contenido de la Constitución. Aun así, los principios constitucionales deben prevalecer como límites a la actividad interpretativa.

4.5. Los límites de la jurisdicción constitucional

Desde finales de la década de 1970, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se concibieron regímenes constitucionales con la intención de fortalecer el orden constitucional. A partir de la proclamación de la Constitución de Colombia, los tribunales constitucionales tuvieron gran relevancia para el desarrollo de la democracia en la región.

Por excelencia, la principal atribución que distingue a los tribunales constitucionales de los demás órganos que ejercen funciones con potestad jurisdiccional es el control de constitucionalidad de la ley y de las actuaciones de los poderes del Estado. Sin embargo, es importante señalar que la jurisdicción constitucional no es un instrumento de ilimitadas atribuciones que permita garantizar el cumplimiento de la Constitución. A lo largo de la historia se han mantenido las tensiones entre los órganos de naturaleza jurisdiccional que ejercen el control

constitucional y los poderes Ejecutivo y Legislativo, responsables de ejecutar decisiones en el plano político.

En esta línea, garantizar la vigencia de la Constitución implica desarrollar una cultura jurídica con base en los principios de la democracia constitucional; por tanto, es necesario tener presente que “¡La jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni un seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada comprensión política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república” (Häberle: 2001, 173). Dicho de otro modo, la transformación de las democracias constitucionales en los países andinos no solo se debe enfocar en el campo formal, sino que se precisa del sometimiento de los poderes del Estado al contenido de la Constitución.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe hallar el equilibrio entre su labor jurisdiccional y el respeto a las atribuciones políticas de los demás poderes del Estado, equilibrio funcional que solo es posible al tener presente que el control jurisdiccional de constitucionalidad se aplica sobre un documento cuyo origen es de naturaleza política: la Constitución.

Resulta evidente que “la función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia” (Zagrebelsky: 2008, 11). Así las cosas, la jurisdicción constitucional encuentra sus límites en los casos cuya resolución podría incidir en las decisiones de naturaleza política que toma el Parlamento y el Ejecutivo, dado que se pueden producir fricciones entre la esfera de las decisiones jurisdiccionales y las atribuciones atinentes a la esfera del orden político. Por tanto, los tribunales constitucionales deben utilizar criterios que respondan a instrumentos técnicos-jurídicos, por encima de las valoraciones de índole político. La fundamentación en Derecho de las sentencias reduce el riesgo de colisión con los poderes del Estado.

Con la finalidad de garantizar la independencia de las instituciones, la Constitución otorgó a cada poder del Estado atribuciones exclusivas, de modo que las decisiones políticas en torno a la administración pública corresponden a los poderes Ejecutivo y Legislativo, y las decisiones jurisdiccionales al poder Judicial. Sin

embargo, el Tribunal Constitucional se puede llegar a encontrar inmerso en hechos que poseen connotación política y que se deben resolver.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, en todos los casos en que exista el riesgo de vulneración de los derechos debe intervenir con la finalidad de preservar la supremacía de la Constitución. Por tanto, es necesario que los tribunales constitucionales, a través de su propia jurisprudencia, definan bajo qué situación cabría ordenar a los poderes del Estado que cumplan con sus atribuciones. Con este fin, las sentencias se deben encontrar respaldadas en los mecanismos implementados por cada país de la región para garantizar su cumplimiento.

Por eso, todo Tribunal Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad, debe diferenciar entre los actos de orden político que no vulneran la Constitución, es decir, que no afectan el orden constituido y los derechos; de aquellos que se encuentran sujetos a control jurisdiccional. A este respecto, la obligación de todo Tribunal Constitucional es garantizar y hacer prevalecer la fuerza normativa de la Constitución dentro de los límites jurisdiccionales, ir más allá significaría involucrarse en temas de orden político y se podría traducir como un intento por desarrollar la carga dogmática de la Constitución. Lo anotado en líneas anteriores supondría un riesgo para la institucionalidad del Tribunal.

Lo cierto es que la fuerza normativa de la Constitución se fortalece conforme al cumplimiento de las atribuciones que la Carta Magna otorga a todos los poderes del Estado. Por tanto, no existen tribunales constitucionales omnipotentes por sobre los demás poderes constituidos; y, si intentaran legitimarse como tal, provocarían los mismos efectos de inestabilidad institucional que surgen cuando los gobiernos autoritarios no acatan las sentencias de los órganos jurisdiccionales.

4.6. La importancia de la legitimidad institucional

La tercera etapa constitucional por la que atraviesan varios países de la región Andina ha puesto sobre escena temas como la restructuración del Estado de Derecho y las notorias condiciones desiguales en las que se desarrollan las democracias en la región. Aun así, la desigualdad multidimensional solo es una consecuencia de la

debilidad institucional de los poderes del Estado, afirmación que se sustenta en los reiterados resquebrajamiento del orden democrático, acaecidos a lo largo de 200 años de vida republicana, y que se continúan suscitando en el presente siglo. En la misma medida, la debilidad institucional se expande hasta los órganos responsables de ejercer la jurisdicción constitucional.

A pesar de la importancia que a nivel jurisdiccional tiene la implementación de los tribunales constitucionales, estos no fueron creados con la finalidad de convertirse en “un poder moderador o árbitro del sistema político institucional” (Zúñiga Urbina: 2010, 402). Dicho de otra forma, los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes del Estado en el marco de la jurisdiccionalidad. Por lo tanto, las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en el sextante que permite conservar la debida separación entre las actuaciones jurisdiccionales y el orden de las decisiones políticas.

La legitimidad institucional se funda a partir del fiel cumplimiento de las atribuciones que confieren la Constitución y la ley. En el campo de la justicia constitucional se podría afirmar que los tribunales constitucionales se consolidan al dictar sentencias en estricto apego a la Constitución, “[...] entonces cuando un juez no lee lo que la Constitución dice sino lo que en su criterio debería decir para justificar decisiones políticas coyunturales, no solo se genera inseguridad jurídica y se desprestigia el órgano de control de constitucionalidad sino que fundamentalmente se desprestigia la Constitución” (Arias López: 2013, 252). Dicho de otro modo, para los órganos que no se encuentran en la esfera de las decisiones políticas es mucho más relevante demostrar solidez institucional con base en su óptimo funcionamiento que ostentar legitimidad proveniente del sufragio universal.

A tal efecto, si para los representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo resulta una labor compleja legitimar sus actuaciones ante la población, resulta aún más difícil para los órganos jurisdiccionales alcanzar la legitimidad institucional necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución.

En cuanto a los tribunales constitucionales, estos son órganos legítimos, se revisten de la legitimidad que les confirió el constituyente al proclamar la

Constitución, y se encuentran revestidos de la legitimidad indirecta que proviene de los poderes del Estado que participan en el proceso de designación de los magistrados. Por tanto, un órgano jurisdiccional cuya legitimidad proviene de la Constitución y no de los procesos de elección popular se afianza solo a través del fortalecimiento de su reputación institucional: “las contradicciones jurisprudenciales no favorecen a la reputación del Tribunal” (Zagrebelky: 2008, 76).

El Tribunal Constitucional debe fundamentar sus fallos a la luz de lo que establece la Constitución, apartado de valoraciones morales, dado que los magistrados se pueden encontrar tentados a plasmar en las sentencias del Tribunal posiciones propias, sobre todo para los casos con los que en su momento pudieron encontrarse vinculados antes de formar parte del Tribunal²³⁰.

En definitiva, el Tribunal Constitucional se afianza a través del prestigio que alcanza entre los ciudadanos al dictar sentencias que demuestran el compromiso de los magistrados con la defensa de la Constitución. Solo la objetividad que demuestren los jueces garantizará que los poderes del Estado acaten las decisiones judiciales, aun cuando emanen de un órgano que no fue designado mediante elección popular²³¹, pero cuyo origen se sustenta en la voluntad del constituyente.

4.7. Desarrollo del bloque de constitucionalidad como freno al ejercicio del poder jurisdiccional

En este punto es necesario diferenciar el concepto de bloque de constitucionalidad desarrollado en Francia²³² que, de forma posterior, se incorporó en

²³⁰ “[...] El último peligro para la independencia de los jueces frente a sí mismos es un pecado de orgullo, el amor propio, el deseo de figurar, que se traduce en el deseo de ver consagrada en una resolución del Tribunal Constitucional una propia posición precedente, tomada en otra sede, sea política, científica, forense o judicial. Todos los jueces tienen un pasado profesional que puede haberlos llevado a tratar ya cuestiones que ahora –bajo el perfil constitucional– competen al tribunal del que forman parte. Esto es inevitable. [...] Esto no justifica sin embargo que se abuse de la ocasión para acicalarse y revestirse con las plumas del pavo constitucional” (Zagrebelky: 2008, 86).

²³¹ “[...] El cumplimiento de las sentencias constitucionales estimatorias ha sido menos difícil que las administrativas, debido a la aceptación política y social que la labor de las Cortes y Tribunales Constitucionales han logrado con el tiempo en los respectivos países que los han adoptado, inclusive en Latinoamérica [...]” (Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 48).

²³² “Louis Favoreu comenta que la noción de bloque de constitucionalidad es una construcción jurídica del derecho francés. La idea de ‘bloque’ evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un ‘conjunto que no puede ser escindido, dividido’” (Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente en Rey Cantor: 2006, 310).

la mayoría de las Constituciones de Europa Occidental, incluida la Constitución española, de la concepción de bloque de constitucionalidad que recogen las Constituciones de los países de América Latina.

La doctrina francesa define al bloque de constitucionalidad como “aquel conjunto de normas que, constitucionales o no, sirven de parámetro de constitucionalidad a otras normas, incluso del mismo rango” (Herrero de Miñón: 2003, 52 y 53). Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia desarrolló durante los primeros años de funcionamiento el concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu* (Corte Constitucional, Sentencia C-225/95).

Esta definición se implementó en un sentido similar en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. De esa forma, el bloque de constitucionalidad se encuentra compuesto por normas y principios que, a pesar de no constar en la Norma Fundamental, sirven como parámetros para efectuar el control de constitucionalidad, dado que la propia Constitución, en el caso de los países de la región Andina, reconoce su integración (Tremolada & Martínez: 2014, 397).

En un sentido amplio, ya sean normas de carácter orgánico, como es en el caso de la concepción francesa, o de tratados internacionales suscritos por los Estados, en el caso de la concepción latinoamericana, todo instrumento normativo adquiere el rango de mandato constitucional a través de su integración al bloque de constitucionalidad.

A la luz de estas consideraciones, es pertinente analizar el valor que las constituciones de los países de la región Andina confieren a los instrumentos internacionales con la finalidad de garantizar el orden democrático, los derechos fundamentales y la proscripción de actuaciones que tiendan a vulnerar derechos por parte de los poderes del Estado²³³.

La Constitución de Colombia, en el artículo 93, configura el bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En esta misma línea, el artículo 94 CC consolida la teoría del bloque de constitucionalidad al conceder rango constitucional a ciertos derechos que no se encuentren implementados de forma literal en la Norma Fundamental²³⁴.

En el caso de la Constitución de Ecuador, el artículo 424, en su segundo epígrafe, establece la aplicación preferente de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Así, el bloque de constitucionalidad se termina de consolidar en los artículos 426 y 417 que configuran el principio de cláusula abierta dentro del sistema constitucional ecuatoriano²³⁵.

²³³ “Los espacios transnacionales son determinantes para erigir un verdadero nuevo constitucionalismo, ya que, actualmente, ningún país puede desarrollarse integralmente sin manejarse de conformidad con todos los aspectos que propician esta apertura supra nacional. Quedarse en un plano local limitaría el ejercicio de los derechos universalmente reconocidos y representa un retroceso en el ámbito dogmático constitucional, ya que las teorías más recientes enaltecen la idea de contar con ciertas unificaciones internacionales en materia de derecho, que trascienden las ideas clásicas positivistas e incluso naturalistas, para decantarse por una idea de derecho constitucional universal” (Maldonado & Yáñez: 2021, 164).

²³⁴ Art. 94 CC: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

²³⁵ Art. 417 CRE: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Por su parte, la Constitución de Bolivia, en el artículo 13.4, configura el bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Dicho de otro modo, se garantiza la supremacía de los tratados internacionales ratificados en materia de derechos. En este mismo orden, el artículo 256 establece: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta”. De tal forma, resulta evidente la prevalencia de los tratados internacionales frente al orden normativo interno en materia de derechos humanos²³⁶.

A la luz de todo lo anterior, el bloque de constitucionalidad se concibió en los países latinoamericanos como un instrumento que permite equiparar el valor jurídico de los tratados internacionales con las normas constitucionales, a fin de garantizar su cumplimiento dentro de los sistemas jurídicos internos de cada Estado, dado que las constituciones a lo largo de la historia, al menos en la región Andina, resultaron insuficientes para controlar las actuaciones de los poderes del Estado a nivel administrativo y legislativo.

Desde este punto de vista, el Derecho comparado tiene gran relevancia, pues en los últimos años se ha considerado que puede convertirse en una herramienta muy útil en los procesos interpretativos. Häberle incluso señaló a la comparación jurídica como quinto método de interpretación, en conjunto con los cuatro métodos tradicionales señalados por Savigny: gramatical, histórico, sistemático y teleológico (Brito: 2011, 8).

²³⁶ Art. 10 de la CPB.

4.8. Control de las actuaciones de la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

La Corte IDH tutela a través de sus sentencias el derecho a la vida y la dignidad humana, y aplica el control de convencionalidad sobre las leyes de los Estados parte. A este respecto, los Estados deberán adecuar el ordenamiento jurídico nacional a través de procedimientos internos conforme a lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La Corte IDH ha dictado varias sentencias que ordenan reformar los ordenamientos internos de los Estados parte. En esta línea, Colombia, Ecuador y Bolivia implementaron de forma respectiva el bloque de constitucionalidad en la Constitución. Así, la Corte, mediante sentencia, estableció la fuerza vinculante de la jurisprudencia internacional en los siguientes términos:

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tiene una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados [...] (Corte IDH, caso del Tribunal Constitucional contra Perú, competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999).

En este sentido, los propios Estados parte de la CADH establecen en sus textos constitucionales garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. En los países andinos el incumplimiento de las sentencias se puede llegar a sancionar con la destitución de los funcionarios. No obstante, al ser un organismo jurisdiccional al que recurren casi todos los países latinoamericanos, las sentencias pueden demorar años en resolver los procesos que se encuentran en conocimiento de la Corte IDH, y otros años más en ejecutarse.

Por otra parte, el diálogo entre los tribunales constitucionales y la Corte IDH permitió fortalecer la protección de los derechos fundamentales, así como el papel de los tribunales constitucionales en su calidad de guardianes de la Constitución. Sin embargo, la permeabilización del orden internacional no es una labor que se encuentre dentro de la esfera jurisdiccional, pues es una atribución que corresponde a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Dicho esto, se evidencian una vez más los límites entre las decisiones de carácter jurisdiccional y político.

Los tribunales constitucionales de la región Andina en varias ocasiones han afianzado el control de constitucionalidad en los fallos de los organismos internacionales de Derecho. En este sentido, la Corte IDH efectúa un control de convencionalidad de la ley, de modo que se garantiza que las leyes de los Estados parte no vulneren los derechos humanos.

Por otra parte, una forma de optimizar el control de constitucionalidad sería concebir en la región Andina un tribunal transnacional que garantice la protección de los derechos y la supervisión del cumplimiento de las sentencias, siempre en el marco de los tratados ratificados por los Estados.

4.9. Creación de la Corte de Derechos Humanos y Garantías Jurisdiccionales de la región Andina

A nivel de la región Andina no existe un organismo jurisdiccional de carácter transnacional que efectúe el control de la ley o de las competencias del Estado en materia de derechos humanos. Dicho esto, los países andinos cumplen lo dispuesto con los tratados internacionales bajo el principio de buena fe o *pacta sum servanda* previsto en la Convención de Viena.

La necesidad de un órgano estrictamente regional, que vele por el cumplimiento de los tratados internacionales, surge como una tercera vía que podría garantizar las sentencias de los organismos internacionales y las atribuciones de los tribunales constitucionales. No obstante, la suscripción a este tipo de instrumento internacional requeriría, al igual que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de reformas constitucionales y de la voluntad política de las partes para

suscribir un tratado que otorgue a la jurisdicción internacional la potestad de ordenar el cumplimiento de las sentencias; es decir, que ceda competencias propias de la jurisdicción nacional en favor del tribunal transnacional. Esto, dado que los tratados internacionales de integración son “constituciones parciales” que vinculan a los órganos judiciales (Häberle: 2012, 6).

Una primera reacción constitucional fue la incorporación de las denominadas cláusulas de apertura. Con ellas, las Constituciones daban paso a la posibilidad de ceder competencias en los procesos de integración, por lo que se posibilitaba el recorte en la soberanía de los Estados al que se refería el Tribunal de Justicia comunitario. Pero las cláusulas de apertura no podían ser un cheque en blanco a favor de las instituciones supranacionales, porque corría el riesgo de una desconstitucionalización material, particularmente grave en cuanto a la determinación y protección de los derechos. (Tremolada & Martínez: 2014, 389 y 390).

La importancia de concebir un tribunal transnacional de derechos humanos se encuentra en que las decisiones no requieren ser validadas por los organismos jurisdiccionales internos, porque son de inmediata aplicación, mientras que las sentencias de los tribunales internacionales son acogidas en la medida que determina cada ordenamiento interno dado su carácter “subsidiario”²³⁷.

En definitiva, la implementación de un tribunal transnacional andino de derechos humanos afianzaría los procesos de integración en la región y aseguraría el

²³⁷ “La jurisprudencia internacional en estos casos tiene carácter obligatorio únicamente por lo que respecta a la violación de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, pero no están facultados directamente para anular o modificar las sentencias o resoluciones de los organismos internos. De tal manera que en la ejecución de las sentencias de estos tribunales supranacionales existen diferencias, ya que mientras los tribunales internacionales resultan obligatorios, son los ordenamientos nacionales los que establecen la manera o forma de cumplirlos en el ámbito interno. Así sucede, por ejemplo, con la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyas resoluciones adquieren la calidad de cosa juzgada y poseen carácter obligatorio, pero no ejecutivo, cuyo cumplimiento de las resoluciones condenatorias queda a cargo de la vigilancia del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Las resoluciones de los tribunales transnacionales, en cambio, son obligatorios para las partes y tienen carácter ejecutivo para los estados nacionales” (Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor: 2009b, 74).

cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por los Estados, al ser un organismo intermedio entre los tribunales nacionales e internacionales²³⁸.

²³⁸ “Los tribunales transnacionales son aquellos que se sitúan en el nivel superior de los sistemas de integración, aplicando de manera final y definitiva las normas comunitarias o de integración (que se encuentran en una esfera intermedia entre las de carácter nacional y las de índole internacional), de tal manera que culminan los procesos judiciales comunitarios o de integración” (*Ibidem*).

CAPITULO VI

CONCLUSIONES FINALES

A inicios de la vida republicana, los países de la región Andina implementaron en las cartas constitucionales el control político de constitucionalidad; sin embargo, al igual que en los países de la Europa Occidental, ello resultó insuficiente. Desde que la Segunda Guerra Mundial llegó a su fin, los modelos jurisdiccionales de control se encuentran en un proceso de convergencia que no ha parado hasta la actualidad, situación propicia para el surgimiento de diversos sistemas de control de constitucionalidad en la región Andina.

De este modo, tanto el control difuso-americano como el control concentrado-europeo presentan cambios en lo que se refiere a su concepción original. Cada vez resulta más difícil analizar los modelos de control de forma pura al aislar un modelo del otro, en tanto que son más las similitudes que las diferencias entre los sistemas de control constitucional que se concibieron a partir de los arquetipos clásicos de control jurisdiccional.

En este nuevo escenario, a partir de la década de 1970, los países situados en la región Andina proclamaron varias constituciones que adoptaban sistemas mixtos de control de constitucionalidad, y con ello se produjo la hibridación de ciertos elementos característicos del control político con elementos del control jurisdiccional difuso y concentrado.

Es sabido que los países andinos comparten un mismo origen histórico y cultural; sin embargo, la comprensión de los sistemas constitucionales varía de un Estado a otro, al existir situaciones propias de la realidad sociojurídica de cada nación que condicionan la evolución de los sistemas normativos. Por tanto, el estudio de los sistemas de control constitucional se debe abordar desde una óptica que se ajuste a los modelos constitucionales emergentes.

A la luz de lo anterior, en la región Andina se impone como método de estudio la teoría de los sistemas de control de constitucionalidad (*fuzzy sets theory*) sobre la

clásica división de los modelos de control constitucional, ya que esta facilita la identificación de los elementos que implementan los sistemas de control de constitucionalidad en las cartas fundamentales de la región. A este respecto, la teoría del caleidoscopio del derecho constitucional se convierte en un instrumento indispensable al analizar los sistemas de jurisdicción constitucional, por cuanto permite entender su configuración desde diferentes perspectivas y encontrar elementos tendentes a optimizar el trabajo de los tribunales constitucionales.

En este orden, se debe prestar especial atención a las situaciones en las que se desarrolló la jurisdicción constitucional en los países andinos. Durante la década de 1990, debido a las precarias condiciones socioeconómicas²³⁹, se suscitaron en los países de la región manifestaciones de los sectores populares que exigían al Estado la reivindicación de los derechos de las minorías, sobre todo la reivindicación de los derechos sociales. Este fue el escenario en el que surgió la teoría del constitucionalismo garantista andino, dogma que tiene como fuente de inspiración regional a la Constitución de Colombia y que alcanzará su desarrollo formal en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, proclamadas a inicios del siglo XXI.

Por consiguiente, el constitucionalismo andino se concibe como un sistema constitucional garantista de derechos y surge a partir de la hibridación de los principios sobre los que descansa la democracia constitucional y los valores-principios que se derivan de la cosmovisión andina. Dicho de otro modo, la teoría constitucional Andina busca la optimización de las instituciones jurídicas del Derecho a través de la inclusión de fundamentos jurídicos propios, con base en las experiencias de los pueblos andinos. En este contexto, los tribunales constitucionales cumplen un papel fundamental en la nueva etapa por la que atraviesa la democracia constitucional en la región. El control jurisdiccional de constitucionalidad, aplicado dentro de los límites del Derecho, contribuye a mejorar la democracia y la calidad institucional.

Han transcurrido 13 años desde que la última de las constituciones inspiradas en la dogmática del Derecho andino entró en vigor; sin embargo, la hibridación entre

²³⁹ Las desigualdades sociales referentes al ejercicio pleno de los derechos y a las condiciones de vida han variado muy poco. Se podría afirmar que la polarización social es un problema que subsiste hasta el día de hoy en los países de la región.

los principios del Derecho occidental y los elementos jurídicos que tienen origen en la cosmovisión andina aún se encuentran en proceso. Por tanto, la teoría constitucional Andina atraviesa las primeras fases de construcción, y su consolidación solo será posible si los poderes del Estado se autolimitan al cumplimiento estricto de las atribuciones constitucionales, al evitar la subrogación de competencias innecesarias y lesivas.

El control constitucional en los países de Colombia, Ecuador y Bolivia se implementó a partir de la forma particular de los Estados de concebir al Derecho; no obstante, en todos los casos, el papel que cumplen los tribunales constitucionales es vital para el equilibrio entre el Derecho y la democracia. Lo cierto es que en la región Andina se concibieron sistemas de control mixto, donde predominan elementos de control difuso o concentrado. A pesar de esto, los mecanismos de control constitucional implementados evidencian una brecha considerable entre su concepción y su aplicación como instrumentos eficaces en la defensa de la Constitución.

En ese sentido, afianzar la jurisdicción constitucional requiere de la convergencia de algunos factores que inciden en su desarrollo: el fortalecimiento de las instituciones del Estado, la proclamación de los valores andinos y el nivel de cultura jurídica. Estos son elementos importantes, pero también resulta imprescindible el compromiso de los ciudadanos por fundar de manera definitiva el Estado de bienestar. Se debe tener presente que el actual modelo constitucional surgió a la luz de las protestas de los pueblos andinos contra las desigualdades sociales y por la reivindicación de los derechos del “buen vivir”. Así, el modelo garantista de Derecho andino se logrará consolidar si existe la colaboración entre los órganos que conforman la estructura del Estado, las fuerzas políticas y la sociedad civil organizada.

A partir de esta breve justificación de los instrumentos que se utilizaron para la elaboración de la presente tesis doctoral, es necesario singularizar los retos que afronta la jurisdicción constitucional andina y que esta debe superar, dado que aún existen limitaciones y dificultades que afectan el desempeño de los tribunales constitucionales. A este respecto, las atribuciones de dichos tribunales se pueden reformar u optimizar para garantizar los derechos subjetivos y la aplicación del control jurisdiccional de constitucionalidad.

1. La lógica del poder en los países andinos

La democracia en los países de la región Andina ha sufrido resquebrajamiento en reiteradas ocasiones. Dictaduras militares y golpes de Estado fueron el epicentro de la vida republicana durante el siglo XX. Las constituciones durante este periodo escasamente cumplieron con su elemental función: garantizar el orden político del Estado a través de la separación de los poderes constituidos. Por otro lado, a pesar de que las constituciones durante la segunda mitad del siglo XX proclamaban la concepción de un régimen republicano con base en el Estado de bienestar, en la práctica no se cumplió tal objetivo.

Así fue como se desarrollaron las democracias constitucionales en la región, en medio de la constante pugna entre los partidos políticos por alcanzar el control del Estado, situación que originó falencias a nivel institucional y el colapso del orden democrático. Las constituciones de Ecuador y Bolivia son el producto del esfuerzo de los distintos sectores sociales, sobre todo de las organizaciones de la sociedad civil que buscan el reconocimiento de sus derechos. En todo caso, la construcción de modelos de Estado a partir de la democracia constitucional en cierta medida garantiza la separación de los poderes del Estado y la constitucionalidad de las leyes vigentes.

Por lo señalado, en los países de la región Andina las relaciones entre los poderes políticos se encuentran en constante fricción y, como consecuencia, la institucionalidad del Estado se debilita. Resultan evidentes las dificultades políticas e institucionales que han sorteado las democracias constitucionales en los países de la región Andina a lo largo de la historia republicana. La imposición de regímenes dictatoriales y los altos conflictos sociales derivados de la desigualdad social convierten a esta parte del planeta en una región de altas complejidades a nivel institucional.

Finalmente, se debe mencionar que la jurisdicción constitucional no es ajena a los problemas estructurales que afectan a los Estados de la región. Así, el principal problema que debieron afrontar los tribunales constitucionales fue la inestabilidad política que atraviesan los países andinos desde finales del siglo pasado hasta la actualidad.

2. Institucionalidad de los tribunales constitucionales

Es sabido que la democracia en los países de la región Andina se desarrolló entre dictaduras y conflictos sociales, la inestabilidad política se convirtió en una constante que afectó a la autonomía de los órganos de control y a los tribunales constitucionales. En este contexto, se suscitaron actuaciones tendentes a coartar la independencia de la jurisdicción constitucional, situación que socavó la institucionalidad de los poderes constituidos y que no ha variado mucho hasta la actualidad.

A pesar de que en el presente siglo no se han suscitado dictaduras militares que atenten contra el Estado de Derecho, son los mismos poderes del Estado, elegidos de forma democrática, los que pretenden utilizar los órganos jurisdiccionales en función de intereses propios, hecho que deteriora la calidad de la democracia en los países de la región y la fuerza normativa de la Constitución. Ante estos hechos, Colombia se convierte en un referente en la construcción de sistemas jurisdiccionales, pues la Corte Constitucional colombiana, a través de sus actuaciones ha demostrado independencia institucional, aun cuando sus decisiones fueran controvertidas.

En el caso de Ecuador, la reestructuración de la Corte Constitucional en el año 2018 afectó a la legitimidad constitucional del máximo intérprete de la Constitución, dado que el CPCCS-T cesó en funciones a los magistrados a través de procedimientos que no se encuentran contemplados en la Constitución. Tal situación incrementó la desconfianza hacia el ente encargado de aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley.

Con respecto a la jurisdicción constitucional de Bolivia, los resultados de los comicios celebrados en el año 2011 y 2017 reflejan el poco conocimiento de los ciudadanos en torno a la elección de los jueces del Tribunal Constitucional, por lo que no queda claro que esta vía de selección afianza la legitimidad del órgano jurisdiccional. Por otra parte, la controvertida Sentencia 0084/2017 abrió las puertas a la reelección del presidente Evo Morales, aun cuando el pueblo se había manifestado

en contra a través de un referéndum celebrado en el año 2016²⁴⁰, situación que desencadenó protestas que finalizarían con un golpe de Estado en el año 2019, 21 días después del comunicado oficial de los resultados que proclamaban la reelección del Presidente de la República. Todos estos hechos dejaron en entredicho la independencia institucional de la más alta magistratura en materia constitucional.

A la luz de estas consideraciones, el principal problema que afrontan los tribunales constitucionales es la injerencia de los poderes del Estado, situación que se repite a modo de “bucle” a lo largo de la historia democrática en los países de la región Andina. Por consiguiente, socavar la institucionalidad del Tribunal Constitucional se convierte en un atentado contra la seguridad jurídica, dado que ello afecta la eficacia de la jurisdicción constitucional como instrumento que coadyuva a la consolidación del Estado de Derecho.

3. El control de constitucionalidad y la tutela de los derechos subjetivos

Las Constituciones de la región otorgaron a los tribunales constitucionales atribuciones para tutelar los derechos subjetivos, situación que en la mayoría de los casos genera fricciones entre los órganos jurisdiccionales y los poderes del Estado. A la vista de estos hechos, se debe tener presente que los tribunales constitucionales son, ante todo, órganos jurisdiccionales que garantizan la supremacía de la Constitución a través de sus sentencias. Si bien es cierto que resolver procesos de orden constitucional es una labor compleja, no es menos cierto que los fallos de los organismos jurisdiccionales en asuntos inherentes a los poderes del Estado traen consigo fricciones y controversias.

Debido a lo señalado, el Tribunal Constitucional debe separar de las decisiones jurisdiccionales asuntos que corresponden al orden de las decisiones políticas. Así, las sentencias de los tribunales constitucionales se convierten en el sextante que permite

²⁴⁰ En Bolivia, el 21 de febrero de 2016, tuvo lugar un referéndum cuya única pregunta fue: "¿Usted está de acuerdo con la reforma del artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la presidenta o presidente y la vicepresidenta o vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos dos veces de manera continua? Por disposición transitoria de la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección el periodo 2015-2020 y la segunda reelección el 2020-2025". El "no" ganó con un total de 51,30 % de los votos, mientras que el "Sí" obtuvo el 48,70 % de votos restantes.

conservar la debida distancia entre las esferas de las decisiones políticas y jurisdiccionales. Sin embargo, declarar la inconstitucionalidad de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado continúa siendo una atribución exclusiva del Tribunal Constitucional, al igual que la función de interpretar la Constitución.

Ahora bien, en los países donde impera como modelo de Estado la democracia constitucional, todas las personas son capaces de interpretar la Constitución; sin embargo, en caso de duda o controversia respecto a la aplicación de las normas jurídicas, corresponde al Tribunal Constitucional actuar en calidad de máximo intérprete. Por lo tanto, es el Tribunal Constitucional quien debería resolver la cuestión de inconstitucionalidad en todos los casos, ya sea para admitir o inadmitir causas al considerar que no son relevantes en materia constitucional. A este respecto, los tribunales constitucionales andinos implementaron el *certiorari* norteamericano a través de la vía jurisdiccional.

El *certiorari* se convirtió en un instrumento que los tribunales constitucionales utilizan para declarar la admisión o inadmisión de los procesos judiciales de modo discrecional. Al igual que en el sistema de justicia norteamericano, en ciertas ocasiones los tribunales de la región seleccionan procesos judiciales dada la relevancia de la causa o la oportunidad para sentar precedentes. Ante esta situación, los jueces del Tribunal Constitucional deben tener en cuenta que, al resolver las causas, existen límites al activismo judicial.

Dicho de otro modo, a pesar de que es un deber del Estado garantizar el ejercicio pleno de los derechos, como la salud, la educación, el acceso a la vivienda y los servicios básicos en general, el principio de aplicación progresiva de los derechos se convierte en una garantía de la institucionalidad del Estado, dado que constituye una labor permanente de los gobiernos de turno propiciar condiciones de vida digna para los ciudadanos. Por tanto, los derechos que no se encuentran vulnerados por acción u omisión estatal no son objeto de tutela directa a nivel jurisdiccional. A tal efecto, es necesario diferenciar las decisiones jurisdiccionales de las políticas.

Si bien es cierto que las constituciones andinas se encuentran revestidas de fuerza normativa, y que la acción o la omisión de hacer por parte del Estado son hechos

exigibles a nivel jurisdiccional, es evidente que la construcción del Estado de bienestar no se encuentra entre las atribuciones atinentes al orden de lo jurisdiccional.

Por lo anotado en líneas anteriores, corresponde a los poderes del Estado materializar las aspiraciones sociales de los ciudadanos a través de la ejecución efectiva de las políticas públicas, punto que no debe pasar inadvertido. Asimismo, el contenido integral de la Constitución vincula las actuaciones de los poderes del Estado con el desarrollo pleno de los derechos.

A pesar de que todos los preceptos constitucionales constituyen auténticas normas jurídicas, resulta imprescindible identificar en la misma Constitución qué derechos son objeto de tutela de forma directa ante el Tribunal Constitucional, tal como lo establecen las constituciones de España y Colombia. En las constituciones de Ecuador y Bolivia no existe tal especificación.

Por otro lado, si bien es cierto que la Constitución es una norma jurídica, no se puede dejar de reconocer su origen político. En la Norma Fundamental existen preceptos dirigidos hacia la labor normativa del legislador; y, en caso de su inobservancia, estos pueden ser recurridos ante el Tribunal Constitucional. Este último, debería centrar su actividad de forma exclusiva en el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, ya que la protección de los derechos fundamentales es una obligación compartida por todos los jueces.

En suma, se requiere dotar de un mayor nivel de concreción a los sistemas de jurisdicción constitucional de los países andinos para robustecer la seguridad jurídica en favor de todos los miembros del Estado. La jurisdicción constitucional debe ser el punto de equilibrio entre el Estado de Derecho y los derechos, capaz de mantener la justa distancia entre las instituciones sobre las que se erige la democracia constitucional.

Dicho esto, todos los poderes del Estado, así como los ciudadanos, deben regir sus actos con base en la Norma Fundamental. Para ello, es necesario determinar qué derechos son sujetos de tutela ante la jurisdicción constitucional, lo que podría contribuir a su materialización, sin que ello implique que los tribunales

constitucionales no puedan expandir la tutela hacia otros derechos en función de circunstancias específicas.

Finalmente, los tribunales constitucionales son fundamentales para la transformación de la realidad sociojurídica de la región Andina a nivel jurisdiccional. Por otra parte, la implementación de políticas públicas corresponde en todo momento a los poderes del Estado; lo contrario representa un atentado contra la voluntad del soberano. Lo dicho en líneas anteriores de ninguna manera significa que la Constitución no se deba cumplir de forma íntegra por parte de los jueces y miembros del Estado, porque la Constitución es la piedra angular de la democracia, el vínculo jurídico entre el Estado y los ciudadanos.

4. La efectividad de la justicia constitucional

Otro factor que incide en la eficiencia de los tribunales constitucionales se encuentra en la sobrecarga de causas que deben resolver. Cuando las constituciones confieren a los tribunales constitucionales un amplio catálogo de atribuciones se ocasionan retrasos en la aplicación del control constitucional. En consecuencia, implementar procesos jurisdiccionales que no necesariamente requieren determinar la constitucionalidad del acto en cuestión afecta a la eficiencia de los tribunales constitucionales.

Así, pese a las consideraciones expuestas en líneas anteriores, los constituyentes andinos, conscientes de la debilidad institucional que predomina en los países de la región, confirieron a los tribunales constitucionales la potestad de dictar sentencia en procesos que podrían resolver los tribunales de justicia ordinaria. Este hecho demuestra la preocupación por fortalecer la independencia de las instituciones del Estado al trasladar a la jurisdicción constitucional ciertas competencias de la justicia ordinaria.

Debido a la sobrecarga de trabajo, conferir a los tribunales constitucionales competencias que no son propias de la jurisdicción constitucional trae consigo falencias en la gestión de procesos constitucionales. La jurisdicción constitucional de

forma exclusiva debería resolver causas atinentes al orden constitucional; dicho de otro modo, procesos judiciales cuya decisión represente un riesgo para el orden constituido.

A este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, junto a otros órganos a los que la Constitución atribuye competencias jurisdiccionales, podría asumir algunas de las atribuciones que la Constitución confirió al Tribunal Constitucional, pero que no son propias de la jurisdicción constitucional. A la vista de estas consideraciones, la implementación de una reforma constitucional permitiría a los tribunales constitucionales andinos cumplir de manera eficaz sus labores esenciales: el control de constitucionalidad de la ley, los tratados internacionales y las actuaciones de los poderes del Estado.

En definitiva, cuando los tribunales constitucionales avocan conocimiento de causas que no son propias de su naturaleza jurisdiccional, se produce una sobrecarga de trabajo innecesaria. Así, las acciones de amparo, los conflictos de competencias, y resolver la constitucionalidad de actos administrativos son atribuciones que deberían ser resueltas por la jurisdicción ordinaria.

5. La cultura jurídica y el significado de la Constitución

Resulta evidente la relación que existe entre la calidad de la democracia y el significado que otorgan los Estados a la Constitución. Sin el respeto al orden constituido, el ejercicio pleno de los derechos se encuentra en entredicho. En los países de la región Andina, luego de 200 años de historia republicana, subsisten los resquebrajamientos al orden institucional; en este sentido, la enseñanza de los principios constitucionales en torno al valor de la institucionalidad y el respeto por la democracia se vuelve indispensable. Por tanto, promover regionalmente un cambio de paradigma constitucional requiere una perspectiva distinta sobre el significado de la Constitución y la jurisdicción constitucional.

Por otro lado, la inestabilidad política en la que se desarrolla la democracia de los países andinos denota la falta de compromiso con el fortalecimiento de la institucionalidad estatal. Sin la formación jurídica básica, sin la profundización en todos los niveles sociales de lo que representa la Constitución, resulta imposible

alcanzar la consolidación de la teoría constitucional andina y la construcción de sociedades incluyentes donde predominen la justicia y los valores en torno al Estado de bienestar.

En esta misma línea, durante sus primeros años de funcionamiento, los tribunales constitucionales deben, por una necesidad funcional-orgánica, cumplir una labor educativa: guiar a través de sus sentencias a los poderes del Estado por la senda del garantismo constitucional. Dicho de otro modo, la subordinación de las decisiones jurisdiccionales de los más altos tribunales del Estado.

Para terminar, cabe recalcar que el éxito de la teoría constitucionalista Andina dependerá de los niveles de madurez democrática que demuestren los países de la región; por tanto, desde la propia Constitución, se deberían introducir como política de Estado la educación constitucional en todos los niveles de formación académica, no vista desde una posición nacionalista, sino como forma de interiorizar el respeto por los derechos humanos, la democracia y el valor de la institucionalidad como el pilar sobre el que se afianzan las democracias exitosas del siglo XXI.

6. El rol de los Tribunales Constitucionales en la construcción de la identidad constitucional andina

En medio de la inestabilidad política en la que se encuentra envuelta la democracia de los países andinos surgió la última oleada constituyente. En este contexto, los tribunales constitucionales se implementaron con la finalidad de garantizar la fuerza normativa de la Constitución y, en consecuencia, consolidar el Estado de Derecho. Tal como se puede apreciar, entre las preocupaciones de los constituyentes andinos no solo se encontraba garantizar la validez formal y sustancial de las leyes, sino que, dada la débil institucionalidad existente, se confirió a los tribunales constitucionales la potestad para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes del Estado.

Aun así, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, por lo que no deben ser vistos como un árbitro que toma decisiones a nivel de la administración política; esto no significa que los poderes del Estado cumplan sus atribuciones de

acuerdo con el libre albedrío de los gobernantes, dado que se encuentran sujetos a los órganos de control que establece la Constitución.

Asimismo, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales de control y deciden a nivel jurisdiccional; por ende, requieren de absoluta independencia frente a los poderes del Estado y los miembros de la sociedad civil en general. Lo cierto es que, sin jurisdicciones constitucionales independientes, el control de constitucionalidad pierde legitimidad y, en consecuencia, el control de la ley y de las actuaciones de los poderes del Estado se vuelve poco fiable.

Las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional no deben sobrepasar a razón del activismo jurisdiccional los límites normativos, es decir, estas no pueden distorsionar el sentido de la Constitución. Así, la clave para la aplicación exitosa del control constitucional se encuentra en concebir un sistema jurisdiccional coherente a nivel funcional, donde no se produzcan ambigüedades.

Los tribunales constitucionales se implementaron como órganos capaces de contribuir a la materialización del Estado de Derecho, siempre dentro del campo jurisdiccional; de esa forma, las sentencias interpretativas se convierten en una herramienta eficaz a la hora de optimizar la teoría constitucional Andina. No obstante, la incorrecta implementación de los instrumentos jurídicos que utilizan los tribunales podría ocasionar el colapso del sistema de justicia.

De tal modo, la pericia de los jueces de la jurisdicción constitucional al efectuar el control de constitucionalidad no es suficiente, pues hace falta la combinación de factores sociales, políticos y jurídicos. Por lo anotado en líneas anteriores, se debe tener presente la situación sociopolítica en la que se desarrolla la democracia en los países andinos.

Por otro lado, si lo que se pretende es optimizar el control de constitucionalidad en los países de la región, los tribunales constitucionales deben enfocar sus sentencias a garantizar la constitucionalidad de la ley y evitar dictar fallos judiciales tendentes a remplazar a los poderes del Estado en el cumplimiento de sus atribuciones, ya que no les corresponde asumir el rol de agentes de acción a nivel político. Dicho esto, es una

obligación de los gobernantes asumir sus atribuciones constitucionales con responsabilidad, tomar las decisiones inherentes a la función que cumplen por mandato popular y, en la mayor medida posible, evitar inmiscuir a un órgano jurisdiccional en decisiones de índole política.

Los tribunales, son, ante todo, órganos jurisdiccionales a los que corresponde garantizar la fuerza normativa de la Constitución, por eso el control de constitucionalidad es una herramienta que garantiza los derechos. A este respecto, los jueces del Tribunal Constitucional, al dictar sentencias, no deben olvidar que la Norma Fundamental es un instrumento jurídico producto de la manifestación soberana de los ciudadanos.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva y la aplicación directa de la Constitución son presupuestos que no se cumplen de forma eficaz en la realidad. Esta situación se contrapone al garantismo constitucional vigente y al control constitucional que se implementó en los países de la región Andina. De ese modo, es urgente recortar la brecha entre el Derecho positivo y su aplicación en el campo práctico a través de una serie de reformas que permitan fortalecer la autonomía de los sistemas de control constitucional.

Si bien es cierto que la jurisdicción constitucional es un elemento que contribuye a la construcción de sociedades justas e incluyentes, esta no se puede vislumbrar como el centro de las transformaciones de las sociedades andinas. En este sentido, corresponde a los poderes del Estado ejecutar de forma progresiva los derechos que proclaman las constituciones del siglo XXI. Así, optimizar los procesos de control de constitucionalidad garantiza, a nivel jurisdiccional, la construcción de sociedades sostenibles, capaces de tutelar de manera efectiva los derechos de libertad.

En conclusión, la idea de concebir órganos jurisdiccionales de constitucionalidad surgió con la intención de controlar las actuaciones de los poderes del Estado y garantizar el cumplimiento de los derechos. No obstante, sin instituciones sólidas e independientes, resulta difícil garantizar que los tribunales constitucionales dicten sentencias en estricto apego a la Constitución, libres de las coacciones de los poderes del Estado o factores externos, por encima de presiones provenientes de los

sectores sociales. Lo cierto es que en los países de la región Andina la inestabilidad política es una constante, un riesgo que podría desencadenar una grave crisis a nivel institucional.

7. Los retos de la jurisdicción constitucional andina

A partir de lo anterior, queda claro que la jurisdicción constitucional no es la solución a los problemas de gobernabilidad que existen en la región, mucho menos para las condiciones de desigualdad. Sin embargo, una vez que el Tribunal Constitucional logra demostrar probidad en el ejercicio de sus atribuciones, le será posible fijar límites a las actuaciones de los poderes del Estado y garantizar la aplicación de la ley a la luz de la Constitución.

Dada la fragilidad de las democracias andinas, evitar que se produzcan conflictos de intereses al nominar a los magistrados del Tribunal Constitucional resulta indispensable. Cuando un exministro de Estado o cualquier funcionario de alto cargo opta por participar de forma inmediata en los procesos válidos para la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional aumenta la desconfianza institucional. Asimismo, cuando los magistrados culminan sus funciones en el Tribunal Constitucional y de forma inmediata aceptan la designación en altos cargos del Estado, ponen en entredicho las actuaciones de la Corte Constitucional debido a un posible conflicto de intereses.

En democracias que aún no se encuentran consolidadas, como es el caso de los países andinos, se debe prestar especial atención al aparente conflicto de intereses que se puede suscitar al aplicar el control de constitucionalidad; ello, no necesariamente por el hecho de que los magistrados fallen en contra de la Constitución y en función de intereses personales, sino que, dada la frágil institucionalidad andina, un órgano como el Tribunal Constitucional no debe dejar ni un atisbo de duda ante los gobernantes y la ciudadanía en cuanto a que sus motivaciones son expresamente fundadas en la Constitución. De ahí la necesidad de implementar un régimen de inhabilidades temporales para el ejercicio de altos cargos a nivel de todos los poderes del Estado.

Aunado a esto, la aplicación adecuada del control de constitucionalidad no solo depende de nombrar jueces de alto nivel en materia constitucional, ni de la inclusión de los poderes del Estado y la sociedad civil en el proceso de selección de los magistrados. Tampoco depende de otorgar legitimidad popular a los magistrados como se hizo en la Constitución de Bolivia. En cambio, resulta más importante que los órganos jurisdiccionales de constitucionalidad se legitimen a través de las sentencias que dictan en defensa de la Constitución.

De igual forma, la introducción de un órgano jurisdiccional que ostente la calidad de máximo intérprete de la Constitución no es suficiente para optimizar el control de constitucionalidad, y tampoco lo es conferir un amplio catálogo de competencias, o la implementación de métodos rigurosos para su designación. Si bien es cierto que todos estos elementos resultan importantes para conducir al Tribunal Constitucional hacia su consolidación, la clave se encuentra en la sujeción de las actuaciones públicas o privadas al orden constituido.

Por lo tanto, no existen métodos perfectos ni soluciones atemporales o universales para los problemas que afectan a la institucionalidad de los países andinos; en este escenario, la clave se encuentra en la comprensión del valor de la Constitución, sobre todo del significado de la institucionalidad y, fundamentalmente, de su preservación.

En conclusión, cada vez que colapsa la institucionalidad del Estado, cada resquebrajamiento constitucional y cada golpe que recibe la democracia laceran la credibilidad de los ciudadanos en los poderes del Estado y sus representantes, lo que afecta a la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. En consecuencia, si en los países de la región no se logra interiorizar el significado de la Constitución y el valor de la institucionalidad, todos los esfuerzos que se puedan realizar en el desarrollo de la teoría constitucional Andina se convertirán en un brindis al sol.

BIBLIOGRAFÍA

- Afanador-Llach, M. J. (2018). “A Colossal Republic: The Union of Colombia, Access to the Pacific, and the Utopia of Global Trade, 1819-1830”. *Anuario Colombiano De Historia Social y de la Cultura*, 45(2), 35-63.
- Ahumada Ruiz, M. (1994). “El "Certiorari": Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”. *Revista Española De Derecho Constitucional*, España, 41, 89-136.
- Ahumada Ruiz, M. (2005). “Alternativas a la "judicial review" y variedades de "judicial review"”. *Themis: Revista De Direito*, 10, 41-66.
- Ahumada Ruiz, M. (2006). “Marbury versus Madison. doscientos años (y más) después”. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos De Teoría Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (4), 109-148.
- Ahumada Ruiz, M. (2016). “El intérprete último de los derechos y el nuevo federalismo judicial”, en Rubio Llorente, F. *et. al.* (coords.). *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 359-372.
- Alberton, G., en Tajadura Tejada, J./ Miguel Bárcena, J. d. (coords.) (2008). *Justicia constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*. CEPC, Madrid.
- Aragón Reyes, M. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional* / (3ª ed., [rev. y aum.]. ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. (2019). “El futuro de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (23), 11-41.

- Aragón Reyes, M., Aguado Renedo, C., & Quadra-Salcedo Janini, T.. (2011). *Temas básicos de derecho constitucional* (2ª ed.). Madrid: Madrid Civitas.
- Arias López, B. W. (2013). “Rigidez e interpretación constitucional”. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 251-264. SSN 1027-6769.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías ensayos críticos* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, Ecuador.
- Ayala Mora, E., Ortiz, G., & Ayala, E. (1996). *Nueva historia del Ecuador; volumen 7, época republicana I el Ecuador 1830-1895 / (Segunda reimpresión. ed.)*. Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador.
- Balaguer Callejón, F., & Cámara Villar, G. (2022). *Manual de Derecho Constitucional: derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales; vol. 2* (Decimoséptima edición. ed.). Tecnos, Madrid-España.
- Baldivieso Guzmán, R. (2010). “Apuntes sobre la reforma constitucional en Bolivia”. *Revista Boliviana de Derecho*, 9, 6-31.
- Baldivieso Jinés, M. A. (2017). “La interpretación constitucional en Bolivia, (¿suicidio del tcp?, estudio de caso)”. *Revista boliviana de Derecho*, 23, 16-51.
- Bárcena, A. (2022). *La igualdad en el centro del pensamiento de la CEPAL: Ideas, políticas y acciones en el periodo 2008-2022*. CEPAL, Santiago, Chile.
- Bejarano, A. M., & Segura, R. (2013). “Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región Andina”. *Colombia Internacional*, 79, 19-48, Bogotá-Colombia.
- Blume, E. (1996). “El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”. *Derecho PUCP*, (50), 125-205.

- Bouzar, G. (1998). "La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad". *Revista española de Derecho constitucional*, (54), 273-285.
- Brito Melgarejo, R. (2011). *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*. Porrúa, México D.F.
- Caamaño Domínguez, F. (2000). *Jurisdicción y procesos constitucionales* (2a ed., rev. y ampl. ed.). McGraw-Hill, Madrid-España.
- Cajas Sierra, M. A. (2016). "La justicia constitucional del General Gustavo Rojas Pinilla: entre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la sala de negocios constitucionales. Colombia, 1953-1957". *Revista de Historia Constitucional*, 273-307, Colombia.
- Cappelletti, M. (1980). *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Cappelletti, M. (1986). *¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la "justicia constitucional"*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Cappelletti, M., & Fix-Zamudio, H. (2010). *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Palestra ediciones. Lima-Perú.
- Cappelletti, Mauro & Jorge Rodríguez-Zapata. (1982). "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo". *Revista Española de Derecho constitucional*, 2(4), 9-33.
- Carrillo, M. (2017). "Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de derechos". *Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, (20), 47-77.

- Carrillo, M. (2018). "El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años". *Revista de Derecho político*, (101), 631-660.
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). "Jurisdicción constitucional en Colombia". *Ius Et Praxis*, 8(1), 283-317.
- Clavero Salvador, B. (2012). "Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente De Bolivia". *Revista española de Derecho constitucional*, 32(94), 29-60.
- Colombo Campbell, J. (2013). "La justicia constitucional". *Revista de Derecho*, XIV, 259-284.
- Comanducci, P., Ahumada Ruiz, M. A., & González Lagier, D. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid-España.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2004). *Foro del hambre de los países de la región Andina "reduciendo el hambre y la desigualdad: Alcanzado los objetivos de desarrollo del milenio"*. CEPAL, Quito-Ecuador.
- Corcuera Atienza, F. J. (2000). "La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada". *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, (2), 629-695.
- Corzo Sosa, E. (1998). *La Cuestión de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Cruz Villalón, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales (España).

- Cruz Villalón, P. (2006). *La Curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución* (2ª ed. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Cruz Villalón, P. (2014). “Legitimidad «activa» y legitimidad «pasiva» de los Tribunales Constitucionales en el espacio constitucional europeo”. *Teoría Y Realidad Constitucional, I* (33), 141-149.
- Cubides Cárdenas, J., Rangel Salazar, S., & Beltrán Galvis, L. M. (2021). “Independencia y legitimidad de la jurisdicción constitucional: en perspectiva Colombia - Bolivia. *Análisis Jurídico - Político*, 3(5), 95-110. doi:10.22490/26655489.4586
- Díaz Revorio, F. J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas* (1ª ed. ed.). Lex Nova, Valladolid.
- Díaz-Bravo, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 25-46. doi:10.22395/ojum.v15n30a1.
- Dippel, H. (2010). “El concepto de Constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)”. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos De Teoría Del Estado, Derecho Público E Historia Constitucional*, (6), 25-83.
- Echeverri Quintana, E. (2016). “La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?”. *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 10(37), 59-82.
- Echeverri, A. (2016). “Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia”. *Revista IUSTA*, 2(21), 35-43.
- Eguiguren Praeli, F. J. (2000). “Los tribunales constitucionales en la región Andina: una visión comparativa”. *Derecho PUCP*, (53), 7-64.

- Enríquez Fuentes, G. J. (2006). “El control político como requisito del Estado constitucional”. *Criterio jurídico*, (6), 37-60.
- Escobar, C. (2011). *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- Favoreu, L. (1988). “Consideraciones comparadas sobre la "revolución" jurídica francesa”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales (España)*, (1), 229-238.
- Favoreu, L., (1994). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- Fernández Segado, F. (1997). “Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (49), 79-118.
- Fernández Segado, F. (2005). “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 constitucional europeo”. *Pensamiento Constitucional*, (11), 19-75.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009a). “Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (13), 267-306.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009b). *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Marcial Pons, Buenos Aires-Argentina.
- Ferrerres Comella, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia* (2ª ed. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Ferrerres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Madrid-España.

- Figueruelo Burrieza, Á, & Villacorta Mancebo, L. (2018). “La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar”. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (38), 47-90.
- Fix-Zamudio, H. (1999). “Aproximación al Derecho procesal constitucional”. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (3), 89-120.
- Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Porrúa, México.
- Galeotti, S., & Rossi-Mori, B. (1979). “El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar”. *Revista de Estudios Políticos*, (7), 119-144.
- García Belaunde, D. (1999). “Bases para la historia constitucional del Perú”. *Derecho PUCP*, I(52), 369-407.
- García de Enterría, D. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4ª ed.). Civitas, Madrid-España.
- García de Enterría, D. (2014). “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista española de Derecho constitucional*, 34(100), 39-131.
- García Roca, F. J. (2017). “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (37), 3-49.
- Garrorena Morales, Á. (2011). “El debate "Justicia Constitucional-Democracia" en los procesos constituyentes de 1931 y 1978”. *Revista española de Derecho constitucional*, 31(91), 31-68.

- Garrote de Marcos, M. (2016). *Jurisdicción constitucional y el procedimiento de defensa de los derechos*. Dykinson, Madrid-España.
- Gaviria, C., Sierra, H., Uprimny, R., Sagüés, N., Eguiguren, F., Montaña, J., (Eds.). (2012). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito-Ecuador.
- Gómez Ochoa, F. (2007). “El liberalismo conservador español del siglo XIX: la forja de una identidad política, 1810-1840”. *Historia y política*, (17), 37-68.
- Gómez Villavicencio, R. (2022). “El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica”. *Foro, Revista de Derecho*, (38), 121-144. doi:10.32719/26312484.2022.38.6.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- Häberle, P. (2001). “La Jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, (5), 169-182.
- Häberle, P. (2003). En Brage Camazano J. (Ed.), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Dykinson, Madrid.
- Häberle, P. (2012). “Funciones y significado de los Tribunales Constitucionales en perspectiva comparada – y comentario a los 60 años del Tribunal Constitucional”. *Direito Público (Porto Alegre)*, 48, 197-217. doi:10.11117/22361766.48.9.2130.
- Hauriou, M., & Ruiz del Castillo, C. (1927). *Principios de Derecho público y constitucional: (Con un prólogo para la edición española)*. Reus, Centro de Enseñanza, Madrid-España.

- Herrero de Miñón, M. (2003). *El valor de la Constitución*. Crítica, Barcelona-España.
- Hesse, C. (2005). “El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn”. *Anuario Iberoamericano De Justicia Constitucional*, (9), 141-151.
- Highton, E. (2013). *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México.
- Hualde López, I. (2015). “Una aproximación al Tribunal Supremo y certiorari norteamericano”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(1), 71-95.
- Huerta Ochoa, C. (2003). *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México.
- Hurtado Martínez, J. A. (2012). “La evolución del sistema francés como modelo de Control de Constitucionalidad de las leyes”. *Revista de Derecho UNED*, (10), 711.
- Iannaccone, R. (2022). “El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano» y la forma de Estado: Algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia”. *ReDCE*, I (37), 1-28.
- Jaramillo, J. (2007). “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica”. *Pensamiento Jurídico*, (20), 61-90.
- Kelsen, H. (1995). “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones Austriaca y norteamericana”. *Dereito: Revista Xuridica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 4(1), 213-234.
- Kerpel Maganoli, A. L. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw-Hill, Madrid-España.

- Machado Martins, P. (2017). “El control constitucional de las leyes en Atenas”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1(39), 37-57.
- Mila Maldonado, F. L., & Yáñez Yáñez, K. A. (2021). “Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo Latinoamericano”. *FORO: revista De Derecho*, (35), 146-168. doi:10.32719/26312484.2021.35.8.
- Molina Betancur, C. M. (2007). “El rol institucional de la Corte Constitucional”. *Revista de Derecho*, (28), 213-242, Barranquilla-Colombia.
- Montaña, J., Angelica Porras Velasco. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- Montaña, J., Guerrero Del Pozo, J., Estrella, C., Romero, J., Soto, F. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional: Parte especial: Control constitucional y otras competencias de la corte constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- Montaña, J., Pazmiño, P., Núñez, D., Benavides, J., Alarcón, P., Andrade, K., Villacrés, J. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito-Ecuador.
- Moreno González, G. (2011). “El control jurisdiccional de constitucionalidad. La experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial”. *Anuario De La Facultad De Derecho*, (29), 353-373.
- Nieto Deaza, J. M. (2008). “Naturaleza de la Corte Constitucional Colombiana”. *Revista Via Iuris*, (5), 23-38.
- Nogueira Alcalá, H. (2002). “Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. *Ius Et Praxis*, 8(2), 71-92.

- Ortiz Mayagoitia, G.,I. (2007). *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Planeación de lo Jurídico, México.
- Pardo Falcón, J. (1991). *Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Parise, A. (2019). *John H. Wigmore (1863-1943): Un mosaico que ilustra sobre el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho*. Universidad de Maastricht, Países Bajos.
- Pásara Luis. (2018). *Elecciones judiciales en Bolivia: ¿Aprendimos la lección?.*: ULTRAdesigns, Washington, D.C.
- Pastore, F. (2014). “Constitución y tiempo”. *Revista De Estudios Jurídicos*, (14), 1-18.
- Pegoraro, L. (2019). “Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”. *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 23(1), 43-86. doi:10.18042/cepc/aijc.23.02
- Pérez Vera, E. (2019). “Reflexionando sobre el Tribunal Constitucional Español”. *Revista de estudios jurídicos*, (19), 203-214.
- Piñeiro Aguiar, E., & Polo Blanco, J. (2021). “El sumak kawsay Andino como resistencia sociopolítica y como desafío epistémico”. *Athenea Digital*, 21(3). doi:10.5565/rev/athenea.2967.
- Pizzorusso, A. (1999). “La justicia constitucional en Italia”. *Teoría y realidad constitucional*, (4), 151-178.

- Polo Esteban. (2018). “Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”. *Ius Humani. Law Journal*, 7, 243-247. doi:10.31207/ih.v7i0.194.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid.
- Pulido Ortiz, F. E. (2018a). “Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional en Colombia”. *Opinión Jurídica*, 17(34), 129-149.
- Pulido Ortiz, F. E. (2018b). “Poderes normativos de la Corte Constitucional Colombiana”. *Ius Et Praxis*, 24(3), 309-334.
- Quadra-Salcedo Janini, T. de la. (2022). *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons, Madrid-España.
- Quadra-Salcedo Janini, T. de la., en Aragón Reyes, M.(dir.)/ Aguado Renedo, C. (codir), (2011). *Temas básicos de Derecho constitucional* (2ª ed. ed.). Civitas, Madrid-España.
- Rey Cantor, E. (2006). “El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”. *Centro de Estudios Constitucionales (Chile)*, 4 (2), 299-334.
- Rivadeneira Stand, S. L. (2014). “La Justicia constitucional en España, logros y desafíos”. *Nuevo Derecho*, 10(15), 99-112.
- Rivera S, J. A. (1999). “El control de constitucionalidad en Bolivia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 205-240.
- Rivera S, J. A. (2005). “Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (9), 343-356.

- Rivera S, J. A. (2008). “La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005”. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 173-210.
- Rojas Tudela, F. (2018). “La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la Constitución boliviana”. *Revista Jurídica de Derecho*, 7, 93-113.
- Romboli, R. (1999). “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”. *Teoría Y Realidad Constitucional UNED*, (4), 179-205.
- Rubio Llorente, F. (1988). “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”. *Revista Española De Derecho Constitucional*, (22), 9-51.
- Rubio Llorente, F. (1992). “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”. *Revista española de Derecho constitucional*, 12(35).
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (3ª ed. rev. y amp. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Ruiz, C. (2009). *Constitucionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios Constitucionales (Perú).
- Sagüés, Nestor (2008). *Derecho procesal constitucional. logros y obstáculos* (1st ed.). Centro de Estudios Constitucionales (Perú).
- Sagüés, Sofía (2007). *Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. Universidad Católica de Argentina.
- Salgado, H. (1997). “La justicia constitucional en Ecuador”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (1), 157-172.

- Salinas Alcega, S., & Carrera Hernández, F. J. (2019). *Desarrollos jurisprudenciales de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y de la Comunidad Andina*. Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Sánchez Agesta, L. (1955). *Curso de Derecho constitucional: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U.R.S.S., Portugal* (2a ed. rev. ed.). El Sagrado Corazón, Granada.
- Sánchez, A., & Landavazo, M. A. (2014). “La influencia de Cádiz en la América española: política, gobierno y constitucionalismo”. *Revista de Historiografía*, 20, 75-96.
- Scarciglia, R. (2013). *La justicia constitucional además de los modelos históricos: Metodología comparada y perspectivas de análisis*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Schillaci, A. (2010). “El sistema constitucional de Italia”. *Revista De Derecho Constitucional europeo*, (14), 75-115.
- Serra Cristóbal, R. (2014). “Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España: ¿De las desavenencias a una relación dialogada?”. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (18), 371-399.
- Solís, R. (1962). Cara y cruz, "la primera Constitución española" (Cádiz 1812-Cádiz 1823). *Revista de Estudios políticos*, (126), 143-156.
- Sospedra Navas, F. J. (2011). *Justicia constitucional y procesos constitucionales*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Sotomayor Valarezo, M. P. (2019). “El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región”. *Revista Opera*, (24), 5-26, Bogota-Colombia.

- Tocqueville, Alejandro de (1854) *De la democracia en América*. Imprenta de D. José Trujillo e hijo, 320 páginas. Madrid-España.
- Tremolada Alvarez, E., & Martinez Dalmau, R. (2014). “Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración”. *Revista Universitas*, 128(128), 383-409. doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jcap.
- Trovão do Rosário, P. (2015). “Tribunal Constitucional - ¿Un Legislador negativo o positivo?”. *Revista de Derecho UNED*, (16), 713-740.
- Varela Suances-Carpegna, J. (2007). *Política y Constitución en España: (1808-1978)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2015). *Historia e historiografía constitucionales*. Editorial Trotta, S.A., Madrid-España.
- Vargas Hernández, C. (2011). “La función creadora del Tribunal Constitucional”. *Derecho Penal Y Criminología*, 32(92), 13-33.
- Vargas Lima, A. E. (2011). “Reflexiones críticas sobre la nueva ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”. *Estudios Constitucionales (Universidad De Talca. Centro De Estudios Constitucionales)*, 9(2), 639-686.
- Vargas Lima, A. E. (2015). “Código procesal constitucional de Bolivia: Doctrina, jurisprudencia constitucional y legislación comparada”. *Estudios Constitucionales*, 13(1), 441-443.
- Vargas Lima, A. E. (2016). “La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (20), 369-404.

- Vinx, L., Kelsen, H., & Schmitt, C. (2015). *The guardian of the Constitution: Hans kelsen and carl schmitt on the limits of constitutional law*. Cambridge University Press.
- Weber, A. (2002). “Tipos de jurisdicción constitucional”. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (6), 583-600.
- Wefers, W. (1957). “La idea del Estado social en la Ley Fundamental de Bonn”. *Revista De Estudios Políticos*, (95), 71-74.
- Wigmore, J. (1941). *A kaleidoscope of justice containing authentic accounts of trial scenes from all times and climes*. Washington Law Book Co.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*, traducción de M. Martínez Neira. Trotta, Madrid-España
- Zimmermann, A. (2013). “Bajo Dios y bajo la Ley. Fundamentos de Derecho natural en el sistema del common-law inglés”. *Prudentia Iuris*, 1(76), 145-156.
- Zúñiga Urbina, F. (2010). “Tribunal constitucional: problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (14), 397-426.