



# REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año V. Núm. 9  
julio-diciembre 2019  
ISSN: 2448-6965

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Ana María Ibarra Olguín ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea]. -- Año 5, número 9 julio-diciembre 2019. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019-.

volumen ; 22 cm.

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Ibarra Olguín, Ana María II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año V, Núm. 9, julio-diciembre 2019, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 4113-1000, [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx). Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

Impresa por Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V., San Lorenzo núm. 244, Colonia Paraje San Juan, Alcaldía Iztapalapa, C.P. 09830, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2019, con un tiraje de 2,000 ejemplares.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

# REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año V. Núm. 9  
julio-diciembre 2019

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá  
*Presidente*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

### **Segunda Sala**

Ministro Javier Laynez Potisek  
*Presidente*

Ministra Yasmín Esquivel Mossa  
Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Alberto Pérez Dayán

### **Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Ana María Ibarra Olguín  
*Directora General*

**Directorio editorial de la  
Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Ana María Ibarra Olguín

*Directora de la Revista*

Alejandra Martínez Verástegui

*Coordinadora editorial de la Revista*

Grizel Robles Cárdenas

*Asistente editorial*

**Consejo editorial académico**

Bruce Ackerman (Universidad de Yale, Estados Unidos), Amalia Amaya (IIF-UNAM, México), Arturo Bárcena Zubieta (SCJN, México), Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional de Colombia), Jorge Arturo Cerdio Herrán (ITAM, México), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Juan Antonio Cruz Parceró (UNAM, México), Luis María Díez-Picazo Giménez (Tribunal Supremo de España), Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona, España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (UNAM, México), Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra, España), Marina Gascón Abellán (Universidad de Castilla-La Mancha, España), Juan Luis González Alcántara Carrancá (SCJN, México), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid, España), Gloria Patricia Lopera Mesa (Universidad de Florida, Estados Unidos), Luis López Guerra (Universidad Carlos III de Madrid, España), Ana Laura Magaloni Kerpel (CIDE, México), Mariela Morales Antoniazzi (Instituto Max Planck, Alemania), Norma Lucia Piña Hernández (SCJN, México), Roberto Saba (Universidad de Palermo, Argentina), Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México), Frederick Schauer (Universidad de Virginia, Estados Unidos), Rodrigo Uprimny Yepes (DeJusticia, Colombia), Armin von Bogdandy (Instituto Max Planck, Alemania), Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (SCJN, México).



---

# CONTENIDO

---

Nota editorial	IX
Presentación	XV

## **Pensamiento Constitucional**

<i>Adiós, Montesquieu</i> Bruce Ackerman	3
<i>La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales y el principio democrático</i> Luis López Guerra	15
<i>De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: "mini-públicos", loterías y constituciones elaboradas por la ciudadanía (crowdsourced constitutions). Comentarios muy preliminares</i> Roberto Gargarella	39
<i>El desencanto con la democracia y la importancia de los tribunales constitucionales</i> Lorenzo Córdova Vianello	65

## Trayectorias Constitucionales

*La Suprema Corte en el tiempo  
de la justicia social*  
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea 89

*El mandato transformador del  
sistema interamericano  
de derechos humanos.  
Legalidad y legitimidad  
de un proceso jurisgenerativo  
extraordinario*  
Armin von Bogdandy 113

*El control de constitucionalidad  
de las leyes en España*  
Luis María Díez-Picazo Giménez 143

*40 años de justicia  
constitucional en España*  
Isabel Lifante Vidal 177

## Reseña

*El derecho a un futuro en la pesadilla digital.  
reseña de la obra Zuboff, Shoshana (2019),  
The Age of Surveillance Capitalism:  
The Fight for a Human Future  
at the New Frontier of Power,  
Londres: Profile Books*  
Miguel Casillas Sandoval 211



---

# NOTA EDITORIAL

---

Con la publicación del número 9 de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* inauguramos un nuevo capítulo en la vida del Centro. Esta nueva etapa viene acompañada de cambios en el Consejo y el Comité Editorial, cuya orientación y aportaciones serán cruciales para dar un nuevo impulso a este proyecto académico. Además, con el fin de llegar a una mayor audiencia, el número actual y los anteriores se encuentran disponibles para su consulta en versión electrónica en el sitio del Centro. Con estas modificaciones, el Centro de Estudios Constitucionales apuesta a la consolidación de la Revista como un espacio abierto y plural para la reflexión académica rigurosa e innovadora sobre el derecho constitucional.

No podríamos estar mejor acompañados para emprender este recorrido. Este número se integra con los artículos escritos por Luis María Díez-Picazo, Bruce Ackerman, Armin von Bogdandy, Arturo Zaldívar, Isabel Lifante, Luis López Guerra, Lorenzo Córdova y Roberto Gargarella. Sus textos nos invitan a reflexionar, desde distintos enfoques, sobre los desafíos de los tribunales constitucionales en las democracias modernas. El número 10 de la Revista continuará con la misma

temática. Con este tipo de contenidos, la Revista pretende posicionarse como un referente para la discusión de temas constitucionales de trascendencia.

Como parte de este nuevo impulso, la Revista se estructura en tres secciones. En la primera, "Pensamiento constitucional", se presentarán textos que indaguen sobre las grandes cuestiones constitucionales desde una dimensión teórica y doctrinaria. En la segunda sección, "Trayectorias constitucionales", se incluirán trabajos que exploren las distintas intersecciones entre el derecho y la práctica. En este espacio se buscará detonar conversaciones sobre los alcances y eficacia de la norma constitucional. Finalmente, la tercera sección será un espacio diverso que incluirá tanto reseñas de obras recientes y relevantes como estudios de caso.

La sección *Pensamiento Constitucional* inicia con el artículo: *Adiós, Montesquieu*, en el cual Bruce Ackerman señala que es momento de despedir a la clásica trinidad, legislativo-ejecutivo-judicial, para dar la bienvenida a una nueva agenda para el derecho administrativo. En el siglo veintiuno, nuevas instituciones aisladas del poder central participan en la administración del Estado. Las funciones de las comisiones electorales y los bancos centrales, por ejemplo, ya no pueden ser claramente catalogadas en la clásica división tripartita. Además, las diferentes dinámicas que gobiernan la función administrativa en los regímenes parlamentarios y presidenciales no son debidamente encapsuladas por la santa trinidad, por lo que es necesario pensar en nuevos esquemas a la altura de los retos del gobierno moderno.

En el siguiente estudio, Luis López Guerra, explica la evolución de los tribunales constitucionales de frente al principio democrático. Los tribunales han disminuido su función defensiva de la Constitución para adquirir un rol constructivo. A través de su función interpretativa, los tribunales establecen criterios que guían la actuación de los poderes del Estado y, en cierto sentido, esta creación jurisdiccional sí ha sustituido al legislador. Sin embargo, esto no ha supuesto una disminución del principio democrático. Las técnicas de ingeniería constitu-

cional, como los sistemas de nombramiento y renovación de los miembros del tribunal, han permitido que los órganos de la justicia constitucional cuenten, al menos indirectamente, con la necesaria legitimidad democrática.

Enseguida, Roberto Gargarella sostiene en su estudio que la mayor contribución del constitucionalismo del siglo veintiuno son las iniciativas favorables a la democracia deliberativa y nos expone veinte años de experiencias en el derecho comparado. Las convenciones constitucionales o asambleas de ciudadanos dejan como lección que el método de selección de representantes debe ser altamente inclusivo y debe generar una verdadera deliberación. No obstante, el autor sugiere que para que estas iniciativas puedan prosperar debemos ser muy conscientes de sus condiciones de aplicación.

Lorenzo Córdova cierra esta primera sección de la Revista con un artículo que advierte sobre los riesgos que enfrentan las democracias actuales: el descontento popular. La desigualdad social, la corrupción e impunidad han generado que la ciudadanía no se vea representada en las instituciones, lo que pone en riesgo la vida misma de la democracia. Córdova llama a reforzar la autonomía de los tribunales constitucionales para resguardar el Estado constitucional de derecho.

La segunda sección de la Revista, *Trayectorias Constitucionales*, comienza con un artículo de Arturo Zaldívar, quien hace un recorrido por los diferentes momentos de la justicia constitucional en México: el régimen autoritario, el control constitucional del conflicto político y la protección sustantiva de los derechos. Aunque mucho se ha avanzado en los últimos veinticinco años, Zaldívar conmina a inaugurar una nueva etapa: el tiempo de la justicia social. Para ello, es crucial que todos los jueces se comprometan activamente con los valores y principios del programa social de la Constitución.

Armin von Bogdandy sostiene en su artículo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha convertido en un pilar del constitucionalismo trans-

formador. Diferentes actores relevantes se han apoyado en la Comisión y en la Corte interamericanas para resolver bloqueos institucionales y avanzar hacia una mayor protección de los derechos. De este modo, el derecho común latinoamericano ha servido para hacer frente de manera conjunta a los desafíos de la región: violencia extendida, desigualdad social y debilidad de las instituciones. Gracias al trabajo del Sistema Interamericano los conflictos políticos son enmarcados y desarrollados en un nuevo lenguaje, el lenguaje de los derechos humanos.

Luis María Díez-Picazo hace una lúcida descripción sobre el derecho constitucional español. El autor explica el objeto de control constitucional, el parámetro con el que este debe ser contrastado, los procedimientos para acceder al control y los resultados de dichos procedimientos: los tipos de sentencias y sus efectos. A lo largo de esta explicación se detallan los principales problemas interpretativos que ha enfrentado el Tribunal Constitucional español.

Por último, Isabel Linfante explica en su texto el rol del Tribunal Constitucional en la democracia española a 40 años de su creación. La autora evalúa las prácticas y desafíos que ha enfrentado el Tribunal a partir del desempeño de las funciones que le fueron encomendadas. Repara en que el Tribunal Constitucional fue fundamental en la primera etapa de la democracia española, en la que se convirtió en un verdadero defensor de la Constitución y su eficacia normativa. No obstante, desde el año de 2007, ha venido enfrentando importantes desafíos –la crisis financiera y el independentismo catalán–, que lo han alejado de aquél órgano que en su creación se proyectó como "guardián de la Constitución".

La última sección de la Revista está acompañada de la reseña de Miguel Casillas sobre el libro *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at The New Frontier of Power* de Shoshana Zuboff. A través de esta reseña, Miguel Casillas deja entrever el escalofriante planteamiento de Zuboff sobre el ascenso del capitalismo de la vigilancia y sus inquietantes implicaciones en el ejercicio de la autonomía y libertad de las personas.

Damos la bienvenida a nuestros lectores a esta nueva etapa de la Revista y el Centro, y los invitamos a que nos acompañen en este esfuerzo colectivo en la búsqueda de soluciones a los desafíos de la justicia constitucional.

Ana María Ibarra Olgúin  
*Directora General del Centro de Estudios Constitucionales  
Suprema Corte de Justicia de la Nación*



---

# PRESENTACIÓN

---

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha jugado un papel fundamental en el proceso de transición y consolidación democrática en México. El paso de un régimen autoritario a un Estado democrático de derecho no habría sido posible sin la participación de este Alto Tribunal, que mediante sus sentencias ha garantizado la protección de los derechos fundamentales, la división de poderes, el federalismo y el control constitucional de las leyes.

En efecto, la Suprema Corte ha sido árbitro en los conflictos políticos más relevantes que se han generado como consecuencia del pluralismo que existe actualmente en nuestro país. Además de dirimir estos problemas, que tienen que ver con la división de poderes y la distribución competencial establecidas en la Constitución, las resoluciones de la Corte han aportado en la construcción de una democracia sustantiva garantizando la eficacia normativa de la Norma Fundamental. Esta concepción implica asumir que la Constitución no es sólo una carta política, sino una norma que disciplina la actuación de autoridades y particulares.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha desarrollado y protegido los derechos y libertades fundamentales consagradas no solamente en nuestra Constitución, sino también en los instrumentos internacionales que establecen obligaciones para el Estado mexicano. Esta labor se ve reflejada en la cada vez más robusta jurisprudencia sobre estos derechos que se ha ido construyendo en los últimos diez años, lo que ha posicionado a este Tribunal como un actor relevante para la estabilidad democrática y el cambio social.

En relación con lo anterior, cabe destacar que para la consolidación de la democracia es indispensable que las resoluciones que emite este Alto Tribunal sean conocidas, analizadas y debatidas por la opinión pública y, de manera especial, por la comunidad jurídica. Por esa razón, en la Presidencia de la Suprema Corte estamos muy interesados en impulsar, desde el Centro de Estudios Constitucionales, una política editorial que propicie la reflexión sobre nuestro trabajo jurisdiccional. Para lograr este objetivo, no basta con que se publiquen estudios teóricos relacionados con los temas sobre los que se pronuncia esta Corte, sino que es necesario que sus resoluciones sean difundidas de manera adecuada y que se genere una reflexión colectiva sobre los razonamientos que justifican estas decisiones.

Con esta intención, se inaugura una época para la Revista del Centro de Estudios Constitucionales. El propósito de esta nueva etapa es que esta publicación se convierta en un espacio de referencia que propicie la reflexión especializada y que con ello contribuya de manera sustantiva al desarrollo del derecho constitucional y a la protección de los derechos fundamentales en México.

En esta obra se incluyen artículos de académicos y juzgadores de reconocido prestigio, tanto nacionales como extranjeros, que discuten sobre el papel que tienen los tribunales constitucionales en la construcción de la democracia y en la protección de los derechos fundamentales. Agradezco y celebro que estos autores hayan decidido participar en este número inaugural que me complace



presentar. Estoy seguro de que sus aportaciones nos permitirán discernir sobre los retos que todavía tenemos pendientes para la consolidación de la democracia mexicana y la efectiva protección de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas.

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



---

**PENSAMIENTO  
CONSTITUCIONAL**

---



## Adiós, Montesquieu\*

---

*Good-Bye, Montesquieu*

BRUCE ACKERMAN\*\*

### Resumen

El derecho administrativo comparado debe decirle adiós a la explicación clásica planteada por Montesquieu de la división tripartita de poderes. Bajo esta premisa, este texto, segundo capítulo en la obra *Comparative Administrative Law* (Rose-Ackerman, Lindseth y Emerson, 2017), y traducido al español, analiza los distintos argumentos a favor y en contra de esta noción canónica; y propone un nuevo esquema en cuatro pasos que le permita al derecho comparado generar una nueva agenda de estudio, acorde a la complejidad de los Estados modernos del siglo XXI y al surgimiento de nuevas formas institucionales. Un nuevo esquema de pensamiento ayudará al derecho administrativo a encontrar la legitimidad de la posición de las instituciones en las nuevas formas de separación de poderes.

**Palabras clave:** Derecho administrativo, derecho comparado, sistema parlamentario, división de poderes, Montesquieu, siglo XXI.

---

\* Texto publicado originalmente como "Good-bye, Montesquieu" (Rose-Ackerman, Lindseth, Emerson, 2017, pp. 38-43). Se traduce al español por José Ignacio Morales.

\*\* Profesor de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Yale.

## Abstract

Comparative Administrative law must bid farewell to Montesquieu's classic explanation of the tripartite division of powers. Under this premise, this text, the second chapter in *Comparative Administrative Law* (Rose-Ackerman, Lindseth & Emerson, 2017) and translated into Spanish, analyzes the different arguments for and against this canonical notion; and proposes a new four-step scheme that allows comparative law to generate a new study agenda in accordance with the complexity of modern 21st century states and the emergence of new institutional forms. A new scheme of thought will help administrative law find the legitimacy of an institution's position in new forms of separation of powers.

**Keywords:** Administrative law, comparative law, parliamentary system, division of powers, Montesquieu, 21st century.

Si el derecho administrativo comparado ha de tener futuro, necesitamos construirle un nuevo esquema analítico. El contraste tradicional entre sistemas de derecho civil y *common law* es inútil: cualquiera que sea su valor para el derecho privado, éste no fue construido para resaltar las características particulares del derecho administrativo. Lo mismo es verdad para los conocidos modelos que se enfocan en el derecho procesal penal comparado (Damaska, 1986).

Los modelos construidos en experiencias nacionales particulares pueden ser útiles. El Consejo de Estado francés ha tenido influencia en otros países; como también lo ha tenido el sistema de cortes administrativas alemán. Sin embargo, en el siglo veintiuno, necesitamos un esquema mucho más amplio que invite a realizar comparaciones rigurosas a nivel mundial e invite a realizar reflexiones normativas sobre las evolucionadas lecciones de la experiencia.

Esto requiere que nos movamos decisivamente más allá de las reflexiones de Montesquieu respecto a la división de poderes (Montesquieu, 1989). Ninguna otra área de interés académico está tan dominada por un solo pensador, mucho menos por un filósofo del siglo dieciocho. Tan grande como haya podido ser, Montesquieu no tuvo el más mínimo indicio de la existencia de partidos políticos, la política democrática, diseños constitucionales modernos, técnicas burocráticas modernas y las particulares ambiciones del Estado regulatorio

moderno. No obstante, y sin pensarlo, lo seguimos al suponer que toda esta complejidad es mejor explicada por una división tripartita de poderes en el legislativo, judicial y ejecutivo –siendo que el derecho administrativo comparado es capturado de alguna forma en este último poder de la trinidad.

Reconozcamos los méritos de Montesquieu. Su teoría representó un avance fundamental respecto a la teoría aristotélica del gobierno mixto. En ese anterior esquema, las distintas ramas representaban diferentes clases sociales –por ejemplo, la Cámara de los Comunes del Parlamento británico representaba a los plebeyos; la de Lores, a los *lords*; y la Corona era el gran jefe de todos ellos (Vile, 1967).

Montesquieu rechazó esta comprensión basada en clases sociales. Para él, las distintas ramas de gobierno respondían a las diferentes funciones del gobierno. Al tomar este viro funcionalista siguió a Locke, quien también había separado tres funciones de gobierno para asignarle una a cada poder. Sin embargo, la trinidad de Locke era diferente: colocó al judicial en el rubro del "ejecutivo", llenando el vacío con un "poder federativo" que se encargaba de las relaciones internacionales; así, su trío era legislativo, ejecutivo y federativo (Locke, 1987). Como Montesquieu era juez,<sup>1</sup> creía que era especialmente importante enfatizar la independencia de los jueces en la monarquía francesa, lo cual hizo con el costo de suprimir la intuición de Locke de que existe una función distinta del Estado cuando se encarga de los asuntos internacionales. De esta manera surgió la ahora clásica trinidad: legislativo-ejecutivo-judicial. Aparentemente, el pensamiento trinitario era tan dominante en el siglo dieciocho que Montesquieu no pudo tolerar tener cuatro elementos en su esquema conceptual.

Casi tres siglos después, ha habido tiempo de sobra para repensar la santísima trinidad de Montesquieu. A pesar de su estatus canónico, nos está cegando al ascenso mundial de nuevas formas institucionales que no pueden claramente ser

---

<sup>1</sup> Técnicamente, Montesquieu era Presidente del Parlamento de Burdeos y es una sobresimplificación describir a ese órgano como una corte. Sin embargo, su función judicial proveía un límite importante a las ambiciones absolutistas de la monarquía francesa.

categorizadas como legislativa, judicial o ejecutiva. A pesar de que la fórmula tripartita falla en capturar sus modos distintivos de operación, estas nuevas entidades funcionales independientes están jugando un rol crecientemente importante en el gobierno moderno. Una "nueva separación de poderes" está emergiendo en el siglo veintiuno. Capturar sus particularidades nos va a requerir tener un esquema conceptual que tenga cinco o seis rubros –o incluso tal vez más–. Así, debemos darle un sentido adiós a Montesquieu y crear una nueva fundación para el derecho administrativo comparado que esté a la altura de los retos del gobierno moderno.

Para entender mi punto, hay que mirar lo que en realidad está sucediendo en el siglo veintiuno: ¿podemos advertir una tendencia mundial a aislar ciertas funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? Si ese es el caso, ¿cuáles?

Para empezar, consideremos el ascenso mundial de comisiones electorales independientes. ¿En cuál de los tres rubros entra? En algunos casos, las cortes funcionan para controlar la integridad de las elecciones, como es el caso del *Conseil Constitutionnel* francés (Turpin, 1986, pp. 265-82). Sin embargo, de manera mucho más frecuente estas instituciones electorales especiales están totalmente separadas de la judicatura y de las otras ramas de gobierno. Y esto sucede por una buena razón. Por un lado, hace sentido que exista una comisión electoral independiente que lleve el proceso electoral del principio al final, y no que actúe sólo como una corte, interviniendo posteriormente para resolver si hubo trampas. Al mismo tiempo, es esencial aislar la operación electoral de las ramas políticas –porque precisamente los funcionarios políticos que están a cargo del "Poder Ejecutivo" son quienes tienen los incentivos y el poder para manipular el conteo de votos para asegurar su reelección–. En consecuencia, las constituciones modernas, cada vez más comúnmente, tratan a las comisiones electorales como una rama distinta de gobierno, tomando medidas especiales para proteger su integridad. Incluso, si la constitución de algún país no garantiza formalmente la independencia de las comisiones electorales, las leyes las aíslan de interferencia política con un entramado de regulaciones no convencionales (Ackerman, 2000, pp. 716-21).



Tomando como ejemplo a las comisiones electorales, consideremos el siguiente análisis de cuatro pasos que permite evaluar la legitimidad de la posición de una institución en la nueva separación de poderes. El primer paso involucra identificar un valor gubernamental fundamental: en este caso, los proponentes de comisiones electorales invocan el valor de la *democracia* para justificar su independencia institucional. El siguiente paso exige explicar por qué el valor deseado requiere que la institución reciba protección especial de fuerzas externas. En este caso, quienes proponen la creación de comisiones independientes apuntan al peligro obvio de que "el zorro cuide al gallinero" —que los políticos se regalen otro periodo en el gobierno manipulando el conteo electoral—. El tercer paso identifica las técnicas de aislamiento institucional que darán incentivos al "nuevo poder independiente" para hacer un mejor trabajo. Este énfasis en el diseño institucional, por su parte, lleva al cuarto y último paso: un análisis empírico comparado. Por ejemplo, ¿por qué la comisión electoral de la India hace un relativamente buen trabajo en asegurar un conteo electoral preciso dentro de un sistema burocrático que en otros aspectos está afectado por corrupción masiva e ineficiencia (Ackerman, 2000, pp. 718-21)? ¿Qué lecciones pueden aprenderse de la forma insatisfactoria en la que la comisión mexicana manejó las disputadas elecciones presidenciales de 2006 (Ackerman, 2010)? Y así sucesivamente.

Con base en estas investigaciones empíricas, los académicos pueden contribuir en el diseño de mejores instituciones y provocar un estudio crítico sobre las debilidades particulares de los distintos sistemas constitucionales. Consideremos, por ejemplo, la infame elección entre Bush y Gore en el 2000. Montesquieu debe asumir parte de la culpa de la espectacularmente pobre actuación de las instituciones americanas al resolver la disputa. Dado el compromiso tradicional de ese país a la trinidad de Montesquieu, le parecía obvio a los participantes clave que la administración de las elecciones es "sólo otra parte" de la función ejecutiva. Después de todo, ciertamente no es legislativa ni judicial —y el único otro rubro es el ejecutivo—. Por lo tanto, la administración del voto debe ser ejecutiva —y es claramente poco estadounidense pensar que hay una cuarta categoría ¿no es cierto?

Esta irreflexiva tricotomía le permitió al Ejecutivo de Florida involucrarse en embustes políticos al supervisar el proceso administrativo mediante el cual Bush fue finalmente declarado "ganador". Estados Unidos necesita urgentemente una comisión electoral independiente, pero no la tendrá hasta que despierte de sus sueños monstequianos y se una a la tendencia mundial de instaurar una nueva separación de poderes. Como hemos visto, hay razones de peso para tener comisiones electorales independientes; suficientemente convincentes para que la mayoría de países los pongan en práctica. ¿Por qué no debería Estados Unidos tomar nota?

Otra tendencia mundial apunta al potencial del esquema analítico de cuatro pasos que he esbozado. Consideremos el movimiento masivo hacia bancos centrales independientes del último medio siglo (Kleinman, 2001). Sustancialmente, los bancos centrales parecen muy distintos a las comisiones electorales. Sin embargo, analíticamente plantean las mismas preguntas. Comencemos por definir el valor fundamental en juego. Aquí, el valor gubernamental ciertamente no es la democracia. Lo son, por el contrario, teorías económicas neoliberales que enfatizan la importancia de aislar la oferta monetaria de manipulaciones políticas a corto plazo, e insisten que la ciencia económica otorga a los tecnócratas herramientas analíticas superiores para regular variables macroeconómicas claves. Como antes, la primera tarea es evaluar los juicios de valor que subyacen a la filosofía económica neoliberal; la segunda, consiste en valorar las pretensiones sobre incentivos políticos —¿es realmente verdad que los políticos tienen incentivos contraproducentes para manipular la oferta monetaria para ser reelectos?—. La tercera parte explora diferentes diseños institucionales que garantizan la independencia —¿cómo difiere el diseño de la Reserva Federal estadounidense del Banco de Inglaterra?—. Por último, necesitamos un trabajo empírico extensivo para analizar cómo los diferentes diseños funcionan en la práctica.

En otras ocasiones he explorado otros aspectos de la nueva separación de poderes (Ackerman, 2000). Por ahora es suficiente apuntar algunos problemas obvios. Primero, el problema de coordinación: mientras más aislemos a los centros de poder de las instituciones políticas y judiciales clásicas, mayor será

el problema que tengamos para coordinar el proliferante número de poderes separados en un todo coherente. En segundo lugar, la cuestión de la legitimidad democrática: si aislamos demasiadas ramas del control político directo, podríamos privar al proceso democrático de su significado más crucial –dejar a los representantes electos del pueblo a la merced de banqueros centrales, y otros funcionarios, que están aislados de su control directo.

Estos dos problemas sugieren tener cuidado al crear nuevos "centros de poder" independientes. Pero eso no significa que nunca haga sentido crear una nueva división de poderes. Por el contrario, nos aconsejan ser cautos: debemos reservar esta estrategia para la protección de valores gubernamentales especialmente fundamentales, en contextos en los que los incentivos políticos son especialmente perniciosos, con buenos diseños institucionales que, si es posible, estén empíricamente probados. La construcción de nuevos centros de poder, en pocas palabras, requiere un cúmulo de juicios complejos y sensibles al contexto.

Sólo una cosa es clara: no llegaremos a ningún lado al tomar estas decisiones si nos quedamos satisfechos repitiendo el mantra de Montesquieu. Por el contrario, debemos modificar el mantra para tomar en cuenta un mundo institucional en el que instituciones independientes juegan funciones incrementalmente importantes –aunque no puedan ser clasificadas como legislativas, judiciales o ejecutivas.

La santa trinidad tiene un segundo defecto; nos incita a olvidar las diferentes dinámicas que gobiernan la función administrativa en los regímenes parlamentarios y presidenciales. Formalmente hablando, es fácil para los montesquianos hacer a un lado esta diferencia cuando describen la división de poderes en términos legales. En la explicación estándar, tanto los presidentes como los primeros ministros son la cabeza del ejecutivo, y por lo tanto, la cabeza de la administración pública.

Pero estudios comparativos serios deben ir más allá de ese paralelismo formal. El Primer Ministro y su gabinete pueden realmente ejercer un control monopólico sobre la burocracia; mientras que los presidentes deben competir por

el control con un congreso elegido independientemente. Los líderes de las legislaturas tienen armas propias para empujar a la burocracia en su dirección –de manera destacada, pueden amenazar al organismo con reducir su presupuesto si no cumple con sus prioridades–. Para detener esas amenazas, el presidente puede nombrar a personas que le son políticamente leales en las altas esferas de la administración pública. El Presidente Obama, por ejemplo, tenía que hacer más de 3000 nombramientos antes de que su gobierno pudiera ser completamente operativo (Lewis, 2008, p. 56).

Al poner a cargo a gente leal, el presidente espera garantizar que las dependencias y entidades usen su discreción para seguir sus objetivos, y no los de sus rivales políticos en la legislatura. Pero esta técnica de ningún modo asegura que el presidente tendrá el mismo nivel de control que el ejercido por el primer ministro. Al asumir, siguiendo a Montesquieu, que los presidentes son jefes del ejecutivo, los análisis comparativos corren el riesgo de ignorar este punto clave.

El conflicto entre presidentes y las legislaturas está mediado por las reglas y estructuras específicas que imponen los distintos regímenes constitucionales. Si los presidentes deben obtener la aprobación del Congreso para sus nombramientos, será más difícil que colonicen la burocracia con personas hiperleales. Al mismo tiempo, el control legislativo sobre el presupuesto varía de sistema en sistema. Esto abre un campo rico para el estudio comparado; podemos comparar el impacto de distintos regímenes constitucionales en la competencia entre el presidente y el congreso por la influencia burocrática.

Estas variaciones fascinantes no deben desdibujar un tema común: los sistemas presidenciales fomentan la politización de la burocracia, llevando a la degradación de los servidores públicos de carrera a posiciones de segundo grado en tanto los presidentes siguen empujando a personas políticamente leales a posiciones administrativas claves como parte de sus continuos conflictos con el Congreso. Esta dinámica básica plantea problemas normativos fundamentales. Simplemente dicho, la politización de la dirigencia burocrática plantea un reto al Estado de derecho. Lealistas presidenciales estarán fuertemente tentados a ignorar la

ley si eso avanza los intereses políticos del líder. El derecho administrativo en sistemas presidenciales debe estar especialmente preparado para hacer frente a esta amenaza. Esta estrategia para cuidar el estado de derecho puede perseguirse de maneras diferentes en lugares diferentes, y puede depender de estructuras administrativas especiales y no sólo de tribunales. El derecho comparado puede jugar un papel fundamental para adquirir perspectivas sobre los méritos de las diferentes estrategias institucionales.

Detrás de estas importantes cuestiones de diseño institucional acecha una pregunta más grande: ¿los operadores de los sistemas presidenciales están conscientes de que tienen un problema de Estado de derecho especialmente delicado? En Estados Unidos, por ejemplo, la respuesta es No. La prevaleciente doctrina *Chevron* legitima una deferencia judicial masiva hacia las decisiones administrativas jurídicas, lo cual abre un amplio espacio de abuso político en el uso de la discrecionalidad del organismo.<sup>2</sup>

Las dinámicas burocráticas en sistemas parlamentarios llevan a abusos muy distintos. El primer ministro y su gabinete son los líderes de la mayoría parlamentaria, y su control directo sobre la legislatura elimina la competencia entre poderes que politiza a las burocracias presidenciales. Debido a que el monopolio del primer ministro sobre la burocracia está asegurado, puede tener una apreciación muy distinta de los funcionarios públicos de carrera. No necesita preocuparse por que los burócratas cedan ante la presión de los barones del Congreso. Por el contrario, puede verlos como recursos claves en su lucha por la supervivencia política. Después de todo, los profesionales tienen una comprensión profunda de los problemas básicos, así como un sentido de las realidades y posibilidades burocráticas. Si el primer ministro logra aprovechar su energía, pueden ayudarle a cumplir sus promesas políticas y así aumentar sus posibilidades de ganar en la próxima elección. Desde esta perspectiva, hace sentido que los altos políticos apoyen un servicio civil altamente profesionalizado. Mientras mejor sea, éstos tendrán más posibilidades de ganar.

---

<sup>2</sup> Véase Suprema Corte, Caso *Chevron, U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984). Una cosa es decir que las cortes van a ser deferentes; otra, que actúen deferencialmente en casos concretos. El alcance de esta brecha es explorada por Eskridge y Baer (2008).

Esta dinámica política no es inevitable. Los primeros ministros pueden decidir poblar la burocracia con sus amigos y usar su control sobre el parlamento para silenciar las críticas. Los amiguismos pueden maximizar el apoyo político a corto plazo, a pesar de los atractivos a largo plazo del profesionalismo. Una vez que un servicio civil fuerte ha sido establecido, la lógica política del parlamentarismo probablemente mantendrá la tradición profesional –como sugieren los casos del Reino Unido, Alemania, Italia y Francia (en la Tercera y Cuarta República).

Esto significa que el sistema parlamentario genera patologías administrativas específicas. Aunque el servicio civil en los sistemas presidenciales tienda a ser demasiado débil, ahora corre el riesgo de ser demasiado poderoso. Los primeros ministros van y vienen, pero los burócratas profesionales estarán por décadas y pueden usar su monopolio sobre la *expertise* para manipular a quienes son, titularmente, sus jefes políticos. Un servicio civil fuerte puede también aislarse de las corrientes más amplias de opinión pública y no alcanzar a apreciar cuando sus acciones parezcan autocráticas, tontas o algo peor. En efecto, también podrían alejarse de las corrientes académicas, y persistir con prácticas burocráticas y políticas que hayan sido desacreditadas desde hace mucho en círculos académicos serios. Una cultura de secrecía probablemente exacerbaría todas esas rigideces burocráticas.

Esto lleva a un diferente tipo de retos normativos. Reformas al derecho administrativo en sistemas parlamentarios deberían fomentar la sensibilidad burocrática al ambiente político y social amplio. Empecemos con la política. Cuando una nueva dirigencia gana una mayoría parlamentaria, a menudo se confronta a un equipo relativamente unificado de altos servidores públicos, que pueden presentarles un abanico bastante limitado de políticas públicas posibles. Se necesitan estructuras especiales para habilitar a una mayoría política reciente para adquirir una comprensión más amplia de sus oportunidades reales. Una opción es crear un mecanismo para facilitar la instauración de diferentes equipos de altos burócratas que presenten planes rivales –con incentivos especiales para que el equipo B piense fuera de lo establecido.

Por esas mismas razones, los altos burócratas deberán mantenerse en contacto con realidades sociales en evolución. Las leyes deberían requerir a los administradores a llevar a cabo audiencias públicas con sectores amplios antes de

promulgar regulaciones administrativas que tengan un alto impacto. Asimismo, los organismos deberán ser requeridos a defender esas reglas ante las cortes o algún otro órgano de control neutral.

En otra ocasión desarrollé este tipo de propuestas con mayor detalle (Ackerman, 2000). Por el momento, es más importante hacernos la misma pregunta que hicimos con relación a los sistemas presidenciales. ¿Alguna cultura jurídica nacional está preparada para hacer algo serio para controlar las patologías distintivas del sistema parlamentario?

Frecuentemente la respuesta es No. Por ejemplo, los sistemas parlamentarios en Europa han sido muy reticentes en requerir audiencias públicas y procesos de revisión, del tipo que están previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense –aunque la sensibilidad burocrática a la sociedad civil es incluso más importante en esos sistemas que en el régimen presidencialista de Estados Unidos (Rose-Ackerman, 1995) .

El derecho administrativo comparado puede convertirse en una poderosa herramienta intelectual para hacer críticas constructivas. Del mismo modo que expone el fracaso estadounidense en reconocer la particular necesidad de fortalecer el Estado de derecho en sus sistemas presidenciales, también expone el fracaso europeo en reconocer la necesidad de burocracias sensibles en los sistemas parlamentarios.

En conclusión: Adiós, Montesquieu; hola, siglo veintiuno y su promesa de una nueva agenda para el derecho administrativo comparado.

## Fuentes

Ackerman, B. (2000), "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, 113, pp. 633-729.

Ackerman, J. M. (2010), "The 2006 Elections: Democratization and Social Protest", en Andrew Selee y Jaqueline Peschard, (eds.), *Democratic Politics in*

Mexico, Stanford CA: Stanford University Press- Woodrow Wilson Center for International Scholars, CN.

Damaska, M. R. (1986), *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, CN: Yale University Press.

Eskridge, W. N. Jr. y Baer, L. (2008), "The *Continuum* of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from *Chevron* to *Hamdan*", *Georgetown Law Review*, 96, pp. 1083-1226.

Kleineman, J. (ed.) (2001), *Central Bank Independence: The Economic Foundations, The Constitutional Implications and Democratic Accountability*, The Hague y Boston: Kluwer Law International.

Lewis, D. E. (2008), *The Politics of Presidential Appointments: Political Control and Bureaucratic Performance*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

Locke, J. (1987), *Two Treatises of Government*, Ashcraft, R. (ed.), Londres, y Boston: Allen & Unwin.

Montesquieu, Ch. de S. (1989), *The Spirit of the Laws*, Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller y Harold Samuel Stone, (trans.), Nueva York: Cambridge University Press.

Rose-Ackerman, S. (1995), *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*, New Haven, CN: Yale University Press.

Turpin, D. (1986), *Contentieux Constitutionnel*, París: Presse Universitaires de France.

Vile, M. J.C. (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.



# La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales y el principio democrático

---

*Evolution of the functions  
of the constitutional courts  
and democratic principle*

LUIS LÓPEZ GUERRA\*

## Resumen

La función "defensiva" de los tribunales constitucionales no representa su único papel, y posiblemente en muchos países no es siquiera la más importante. Ello resulta del hecho de que los tribunales constitucionales no solamente defienden, sino que también interpretan la Constitución. De esta forma, a través de la interpretación de la Constitución, los tribunales constitucionales proporcionan a los demás poderes del Estado instrumentos conceptuales y criterios para llevar a cabo sus actividades.

**Palabras claves:** Constitución, tribunales constitucionales, control de constitucionalidad, interpretación constitucional, principio democrático.

## Abstract

The "defensive" function of the constitutional courts is not their only role, and perhaps in many countries it is not even the most important. This is a result from the fact that

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid.

constitutional courts not only defend, but also interpret the Constitution. In this manner, through the interpretation of the Constitution, the constitutional courts provide the other powers of the State with conceptual tools and criteria for their conduct.

**Keywords:** Constitution, constitutional courts, control of constitutionality, constitutional interpretation, democratic principle.

## 1. Introducción

El denominado "modelo europeo" de justicia constitucional tiene sus orígenes en las constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920.<sup>1</sup> A partir de esta fecha, muchas constituciones han creado tribunales constitucionales siguiendo ese modelo no sólo en Europa, sino también en África, Asia y América. Esta circunstancia ofrece una amplia experiencia que permite estudiar y analizar la función de estas instituciones en los Estados democráticos. Y permite igualmente examinar las cuestiones y críticas relativas a esa función; lo que resulta relevante, entre otras razones, porque la misma existencia de esos tribunales no ha dejado nunca, desde su misma creación inicial, de estar sometida a debate y crítica, en relación con su compatibilidad con el principio democrático.

El modelo kelseniano de justicia constitucional establece un tribunal distinto y separado de los tribunales ordinarios, con una diferente composición y con diferentes procedimientos, con el poder de examinar la constitucionalidad de las normas aprobadas por el Parlamento y, si fuera necesario, de anular esas normas si se encuentran en contradicción con el texto constitucional. En su origen, este modelo puso el acento en la defensa de la Constitución como norma suprema. Siendo la más alta ley del Estado, todos los poderes del mismo están vinculados por los mandatos de la Constitución, y los órganos estatales pueden actuar únicamente dentro de los límites y las competencias que la Constitución establece. Actuar más allá de esas competencias representaría una conducta *ultra vires* respecto de la Constitución, y por ello, la realización de actos

---

<sup>1</sup> Una excelente exposición sobre los diversos tribunales constitucionales europeos, aún válida, puede encontrarse en Luis Favoreu (1994).

jurídicamente inválidos. Ello resulta especialmente grave cuando es la misma legislatura la que lleva a cabo este tipo de actuaciones, creando normas generales contrarias a la norma suprema. Los jueces, la administración y, en general, todos los poderes públicos, así como los ciudadanos, están sujetos a la ley y deben obedecer sus mandatos, situándose en una posición de sujeción a la ley. La creación de un tribunal constitucional con el poder de anular leyes inconstitucionales hace posible mantener el principio de que todos (ciudadanos y poderes públicos) están sujetos a la ley, garantizando al mismo tiempo que la ley será conforme a la Constitución.

Esta función "defensiva" de los tribunales constitucionales, que se refleja en la literatura constitucionalista del primer tercio del siglo pasado y en la famosa polémica entre Schmitt y Kelsen,<sup>2</sup> debe matizarse teniendo en cuenta un elemento decisivo. Los tribunales constitucionales aparecen históricamente con ocasión de la creación de nuevos regímenes democráticos, así como tras experiencias de regímenes autoritarios en que se eliminaron (o se desobedecieron) las normas y garantías constitucionales. Tal fue la experiencia de Alemania e Italia tras el periodo de entreguerras, o en países como España, que estableció un tribunal constitucional en su Constitución de 1978 tras la dictadura franquista. Por ello, el establecimiento de una jurisdicción constitucional se vincula al deseo de garantizar una estabilidad democrática constitucional, a la luz de los peligros pasados y actuales, así como para evitar que los mandatos constitucionales se vean erosionados y eventualmente suprimidos por una mayoría parlamentaria no afectada a la Constitución. El objetivo de la jurisdicción constitucional es defender la Constitución, a la vista de la experiencia pasada, frente a posibles situaciones que pudieran afectar su integridad o mera permanencia.

Pero la función defensiva de los tribunales constitucionales no es su única función, y cabría decir incluso que en muchos países no es la más importante. En Europa Occidental, en las décadas posteriores a la Guerra Mundial, la evolución de la situación política resultó en la disminución, si no en la eliminación,

---

<sup>2</sup> La discusión clásica sobre el carácter "político" o jurídico de la justicia constitucional es la representada por los conocidos trabajos de Carl Schmitt (1931) y Hans Kelsen (1931).

de los peligros y amenazas a los sistemas democráticos que se habían producido en el primer tercio del siglo. Pero además, se ha revelado que el papel de los tribunales constitucionales no se limita a declarar inconstitucional una ley o norma legal determinada. Pues en muchos casos los tribunales constitucionales confirman la constitucionalidad de las leyes que enjuician, y su decisión en esos casos también tiene profundas consecuencias. Y ello se explica porque los tribunales constitucionales no sólo defienden, sino que también interpretan la Constitución. Por una parte, explicitan los principios y mandatos implícitos en la Constitución; y por otra, señalan las vías para interpretar y armonizar preceptos constitucionales que pueden parecer incoherentes o hasta contradictorios.

## 2. Tribunales constitucionales y principio democrático

Desde la conocida crítica de Carl Schmitt, dos tipos de objeciones se han formulado a la creación de tribunales constitucionales. Se ha preguntado por qué se supone que un tribunal constitucional debe ofrecer más garantías de capacidad técnica y de imparcialidad, a la hora de interpretar la Constitución, y decidir sobre la compatibilidad con sus mandatos de la nueva legislación, que una asamblea legislativa, o un órgano como la Presidencia de la República, cuando los reproches que pudieran formularse contra estos órganos (como su parcialidad política) podrían, sin dificultad, extenderse también a los tribunales constitucionales. Por otra parte, se ha señalado continuamente que el tribunal constitucional se sitúa en una posición de contradicción con el principio democrático, al hacer prevalecer la opinión de un órgano sin conexión (o débilmente conectado) con la voluntad popular, sobre la de órganos legitimados directamente por esa voluntad.<sup>3</sup>

Contestar a estas cuestiones requiere una tarea inicial: verificar qué es lo que los tribunales constitucionales hacen realmente en las modernas democracias europeas. La conocida tendencia académica a operar con tipos ideales lleva

---

<sup>3</sup> Para un análisis de estas posiciones, ver las obras de Víctor Ferreres Comella (1997) y (2011).

en ocasiones a olvidar la considerable diversidad de los casos concretos. Por otro lado, es bien sabido que, debido a la peculiar naturaleza del derecho constitucional, no basta, para conocer la realidad constitucional de cada momento, limitarse al análisis de los textos legales: en esta área del derecho, posiblemente más que en otras, se hace necesario tener en cuenta fuentes adicionales para conocer el ordenamiento jurídico realmente vigente. Las convenciones constitucionales, la práctica de los actores políticos y, desde luego, la práctica de los mismos tribunales deben ser tenidas en cuenta a la hora de conocer las funciones actuales de los tribunales constitucionales. Desde esta perspectiva, en las líneas que siguen se intentará abordar brevemente tres temas: *a)* ¿Cuáles son las funciones actuales de los tribunales constitucionales?; *b)* ¿Hasta qué punto el ejercicio de esas funciones puede suponer una disminución del principio democrático?; *c)* ¿Qué técnicas o mecanismos se prevén usualmente en los ordenamientos constitucionales para impedir un desarrollo antidemocrático de las potestades de los tribunales constitucionales?

Para ofrecer una orientación inicial, valga señalar que las respuestas que se proponen a estas tres cuestiones pudieran resumirse en el sentido de que: *a)* las funciones actuales de los tribunales constitucionales son resultado de una evolución que los configura como algo muy distinto de original "legislador negativo" kelseniano; *b)* que los tribunales constitucionales aparecen como una expresión del principio de separación de poderes como garantía de la misma democracia; y *c)* que a este efecto, los diversos ordenamientos, para mantener esa garantía, establecen una serie de procedimientos referentes a la composición del tribunal, que le configuran como un órgano de procedencia predominantemente parlamentaria y de composición sujeta a una renovación sucesiva.

### **3. Funciones manifiestas y latentes de los tribunales constitucionales**

Los artículos constitucionales y las disposiciones legislativas que regulan la composición y actuación de los tribunales constitucionales suelen incluir largas listas relativas a las funciones que se les atribuyen. Son funciones que se refieren a materias muy dispares, según los países, y que incluyen (aparte de la revisión

de la constitucionalidad de las leyes) tareas como la garantía de los derechos individuales, la revisión de la regularidad de los procesos electorales, la garantía de la autonomía de los municipios, la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos o el enjuiciamiento penal de los altos cargos del Estado.

A pesar de esta (aparente) variedad, el análisis histórico del origen y desarrollo de los tribunales constitucionales hace posible reducir esa multiplicidad de tareas a unas pocas categorías o funciones genéricas. Pero además, este análisis y el examen de lo que efectivamente hacen los tribunales constitucionales vienen a mostrar que, junto a las funciones que manifiesta y expresamente les encomiendan constituciones y leyes, estos tribunales cumplen hoy una función latente que supone, sin duda, una desviación del clásico modelo kelseniano que ha inspirado la creación de estas instituciones.

#### 4. Defensa de la Constitución y protección de derechos

En el modelo europeo/kelseniano (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales), los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por la Constitución "kelseniana" de 1920 fue el Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) que se configuraba esencialmente como un tribunal de conflictos.<sup>4</sup> En estos procedimientos, pues, propios del modelo kelseniano, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos,

---

<sup>4</sup> Sobre los orígenes de la justicia constitucional en Europa: Pedro Cruz Villalón (1987). Para el caso español: Juan Manuel López Ulla (1999).

pues, y no el ciudadano, los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al tribunal constitucional como un legislador negativo.

En el modelo difuso o americano de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son parte en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, *inter partes*. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los tribunales y del sometimiento de los tribunales inferiores a los precedentes sentados por los tribunales superiores y señaladamente el Tribunal Supremo.

Ahora bien, es posible afirmar hoy, al examinar las funciones de los tribunales constitucionales efectivamente existentes, que ninguno responde enteramente al modelo "típico" de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto: al modelo "concentrado" o europeo como opuesto al "difuso" o americano. Desde 1920 –año en que se crearon los primeros tribunales constitucionales de Checoslovaquia y Austria– hasta la actualidad, la configuración de estos tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos tribunales constitucionales han adoptado del modelo americano la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano, la defensa y protección abstracta del orden constitucional.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Para las diversas funciones de los tribunales constitucionales y su evolución, es muy útil el libro de Michel Fromont (2013), donde se lleva a cabo una crítica de la contraposición entre los modelos "americano" y "europeo".

En efecto, el desarrollo en la práctica del carácter mixto de la configuración de los modernos tribunales constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa *in abstracto* del sistema constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o menor medida.

Primeramente, como expresión de la función de defensa de derechos individuales puede considerarse el procedimiento, presente en numerosos ordenamientos, de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, amparo) contra actuaciones, tanto de poderes públicos como de particulares, a partir de recursos de individuos concretos.

Por otro lado, la función de defensa del orden constitucional, protagonizada por poderes públicos (o parte de ellos) frente a actuaciones de otros poderes del Estado se manifiesta principalmente en el recurso abstracto o directo de inconstitucionalidad; pero también se manifiesta en otros procedimientos que en ocasiones se asignan a estos tribunales, como pueden ser los relativos a la resolución de conflictos entre entes territoriales, o entre poderes (órganos) del Estado. Dentro de este apartado relativo a los procedimientos destinados a defender la Constitución podrían incluirse también los procedimientos de inconstitucionalidad de partidos políticos y el control de procedimiento electoral. También, quizás, los procedimientos relativos al enjuiciamiento de altos órganos del Estado.

Un carácter mixto (que comprende tanto la defensa de la Constitución como la protección de derechos individuales de sujetos concretos) puede atribuirse al procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mediante el cual, en un litigio concreto, el juez puede someter al juicio del tribunal constitucional la constitucionalidad de normas legales que tiene que aplicar de forma decisoria en un proceso determinado. Se percibe aquí una dimensión abstracta del procedimiento (el tribunal constitucional ha de pronunciarse sobre una norma, no sobre una pretensión individual) y una dimensión concreta (pues la resolución del tribunal determinará el curso y el resultado del procedimiento ante el juez *a quo* que planteó la cuestión).



## 5. La evolución de las funciones de los tribunales constitucionales

En cuanto a su papel de defensores de la Constitución, la práctica de los tribunales constitucionales en Europa diseñados según el modelo kelseniano ha venido a mostrar una evolución notable en la relevancia de esta función frente a otras competencias; ha venido a mostrar igualmente que, en consecuencia, no existe ni mucho menos un equilibrio en lo que se refiere a la relativa importancia de las diversas funciones "expresas" de los tribunales constitucionales. Pues cuando a los tribunales constitucionales se les han atribuido funciones relativas a la defensa de derechos individuales, éstas han cobrado un claro predominio numérico sobre las funciones de defensa en general de la Constitución.<sup>6</sup> Finalmente, la práctica también ha mostrado que incluso esa misma función de defensa de derechos fundamentales ha evolucionado en una forma que se aleja de la concepción inicial de tal función como garantía de derechos en casos individuales.

Por lo que se refiere a la defensa de la Constitución, la evolución política de Europa Occidental ha venido a reducir en gran parte la relevancia real de los procedimientos con ella relacionados. En los procedimientos de control abstracto, dirigidos a la defensa de la Constitución, predomina una perspectiva que pudiéramos denominar negativa. Este tipo de procedimiento no carece de cierto tono dramático: antes de que una ley haya podido aplicarse con generalidad, e incluso antes de que la ley haya sido efectivamente promulgada (en el caso del control previo de constitucionalidad), esa norma, aprobada por el órgano legislativo que representa la soberanía popular, se ve impugnada como contraria a la Constitución. Se trata pues de una crítica radical a la mayoría que la aprobó y de un desafío, a primera vista, *ictu oculi*, de la constitucionalidad (y consecuentemente, de la legitimidad) de la ley, sin necesidad de verificar los efectos reales de su aplicación. Las limitaciones a la legitimación para presentar el recurso de inconstitucionalidad (en Europa, tal legitimación se reduce usualmente

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, en el año 2016 se presentaron ante el Tribunal Constitucional español 6,685 recursos de amparo de derechos fundamentales, frente a un total de 85 demandas en todos los demás procedimientos en su conjunto. López Guerra (2019, p. 205).

a órganos del Estado o a un alto número de los componentes de esos órganos) muestran la voluntad de restringir el acceso a ese procedimiento a los casos en que se considera que la supremacía de la Constitución se ve realmente amenazada.

La aparición de los tribunales constitucionales europeos (en la Constitución italiana de 1948, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la Constitución portuguesa de 1976, en la Constitución española de 1978, y más ampliamente en las Constituciones de la Europa central y oriental, tras la caída del muro de Berlín) se produjo efectivamente en momentos en que se percibía la existencia de auténticas amenazas a la Constitución, derivadas bien de la situación internacional (guerra fría en los años cuarenta) bien de la presencia de fuerzas internas de dudosa lealtad constitucional, bien de la influencia de un pasado autoritario (Rubio, 1992, pp. 12-13). No cabía, en el momento constituyente, excluir que, efectivamente, fuerzas hostiles a la Constitución pudieran llegar a ocupar o controlar poderes del Estado (entre ellos el Poder Legislativo) y llevar a cabo una actividad anticonstitucional. Pero el desarrollo de la vida política en los países europeo-occidentales ha supuesto en gran manera la eliminación de ese peligro (salvo recurrencias momentáneas, más llamativas que reales). El enfrentamiento político entre partidos se lleva a cabo generalmente aceptando la lealtad constitucional del adversario (López Guerra, 2000, pp. 13-35). Por ello, las características del control abstracto hacen que se trate de una técnica de uso reducido en regímenes democráticos consolidados. En ocasiones se ha postulado que la jurisdicción constitucional representa una forma de proteger a las minorías.<sup>7</sup> Pero ello es discutible. En una situación de competición política abierta, en que se ofrecen diversas alternativas políticas, los partidos minoritarios en la oposición no tendrán la necesidad imperiosa de acusar continuamente a los partidos en el poder de violar la Constitución, al disponer de medios menos extremos para eventualmente obtener el poder y desarrollar políticas alternativas. Por otra parte, es evidente que una descalificación continuada del partido

---

<sup>7</sup> "L'omnipotence d'un pouvoir majoritaire stable et homogène fait naître la nécessité d'une justice constitutionnelle dans les régimes parlementaires ou semi-parlementaires européens de type continental" (Favoreu, 1986, pp. 14-15).

o partidos mayoritarios como desleales a la Constitución no parece ser la vía más adecuada para garantizar la estabilidad de un régimen. Finalmente, el uso reiterado de los procedimientos de inconstitucionalidad puede conducir al mismo descrédito del tribunal constitucional; se corre siempre el peligro de que las decisiones de un tribunal constitucional, derivadas del enfrentamiento partidista, se acaben también considerando como viciadas de partidismo.

Como consecuencia, los procedimientos típicos de esta función se utilizan en forma limitada, en comparación con otros procedimientos. El recurso directo de inconstitucionalidad es prácticamente inexistente en Italia (salvo en supuestos de controversias territoriales) y escasamente empleado, al menos en términos relativos, en España o Alemania. Lo mismo podría afirmarse (con las peculiaridades propias de cada país) del resto de los procedimientos incluidos en la función de defensa de la Constitución. La única excepción es la representada por los procedimientos relativos a la resolución de conflictos interterritoriales, especialmente en España y Bélgica, y ello puede achacarse a la particular situación de estos dos países.

Algo distinto es lo que ocurre respecto del llamado control "concreto" de constitucionalidad, mediante el cual se decide sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley en su aplicación a un caso específico. En tales supuestos, la defensa de la Constitución frente a amenazas internas asume un lugar secundario, frente a la función de depuración del ordenamiento. El procedimiento de control concreto (cuestión de inconstitucionalidad) supone que en muchos casos se examinen leyes aplicadas ya en múltiples ocasiones, durante un largo periodo de tiempo, sin que ese examen implique una crítica de la acción parlamentaria, producida quizás muchos años atrás. Además, el cuestionamiento por el juez *a quo* de la constitucionalidad de una ley se verifica a la luz de las circunstancias de un caso específico, y en muchas ocasiones tiene un carácter eminentemente técnico y especializado. Por eso no es extraño que los procedimientos de control concreto sean usualmente más frecuentes que los de control abstracto, al menos en el caso español. De acuerdo con las estadísticas del Tribunal Constitucional, entre los años 2012 y 2016, se resolvieron

519 cuestiones de constitucionalidad, frente a 357 recursos (López Guerra, 2019, p. 200).<sup>8</sup>

Por lo que se refiere a la situación respecto de los procedimientos relacionados, total o parcialmente, con la protección de derechos individuales, presenta características peculiares que la diferencian de los procedimientos de defensa de la Constitución. La queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, recurso de amparo) es una vía procesal que ha llegado prácticamente a sofocar a los tribunales constitucionales alemán y español; en Italia, donde tal procedimiento no existe, el papel de protección de derechos individuales es desempeñado por el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, procedimiento que ha venido también a sobrecargar a la *Corte Costituzionale*. Pero la frecuencia del empleo de estos procedimientos no debe engañarnos con respecto a su significado real. Pues es evidente que, por intenso que sea el esfuerzo que los tribunales constitucionales dediquen a su actividad, un único tribunal, de doce o quince miembros, no puede servir de auténtica garantía respecto de la observancia de los derechos constitucionales de los individuos, en poblaciones que se cuentan por docenas de millones. De hecho, y para enfrentarse con tal afluencia de recursos (que no pueden, por su número, ser resueltos por un solo tribunal) se están empleando, cada vez más intensamente, procedimientos de filtro y selección de casos, de forma que los tribunales constitucionales solamente admiten aquellos que consideran de especial relevancia, dejando de lado aquellos que en su opinión, carecen de "contenido constitucional" o de "especial trascendencia constitucional".

## 6. Las nuevas funciones de los tribunales constitucionales

Este fenómeno viene a poner de manifiesto una evolución en el papel y funciones de los tribunales constitucionales. Ha disminuido su función como "legislador negativo" por innecesaria, en lo que se refiere a la defensa de la Constitución,

---

<sup>8</sup> En todo caso, muchos de los recursos de inconstitucionalidad en realidad versaban sobre conflictos territoriales respecto de normas con rango de ley; el número de recursos "abstractos" era, pues, mucho menor.

al menos en aquellos países con una cierta estabilidad política y un clima de consenso básico entre partidos, como suele ser en general el caso en los países de Europa Occidental. Esos tribunales no pueden, por otro lado, cumplir adecuadamente una función de protección de derechos fundamentales en casos individuales, debido a su misma composición y estructura. Y sin embargo, el papel de los tribunales constitucionales es cada vez más relevante en la vida jurídica europea.

Ello puede explicarse si se considera que cumplen una función (muchas veces no expresa en las constituciones) que está ya muy alejada de las expectativas de Hans Kelsen: la función de interpretar la Constitución, y de orientar a los demás poderes del Estado (incluyendo desde luego al Poder Legislativo) a la hora de interpretar y aplicar el texto constitucional. Progresivamente, se va confirmando que la tarea crucial que los tribunales constitucionales deben llevar a cabo es la interpretación de los preceptos constitucionales. Ello supone suministrar a jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores generales relativos, no sólo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino, aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias (infraconstitucionales) para que esa interpretación y aplicación se adecuen a los mandatos de la Constitución. Ello se consigue, no sólo mediante las conocidas sentencias interpretativas, sino también mediante orientaciones y advertencias a los poderes públicos respecto de cómo debe aplicarse la legalidad existente.

En efecto, la labor interpretativa del tribunal constitucional se produce, al menos, por dos vías. La primera y más evidente es el recurso a las sentencias expresamente interpretativas, en que los tribunales constitucionales, en la misma parte dispositiva de sus sentencias (fallo), establecen cuál debe ser la interpretación "correcta" de una ley para que se adecue a los mandatos constitucionales: sentencias que suponen no sólo la interpretación de la ley ordinaria, sino también, evidentemente, una interpretación del sentido de los mismos mandatos constitucionales. Una segunda vía es la representada por las consideraciones interpretativas realizadas en la fundamentación de todo tipo de sentencias, consideraciones dirigidas a establecer, de los posibles sentidos de un mandato

constitucional, cuál debe considerarse "correcto"; ello se produce también en sentencias recaídas en casos de defensa de derechos individuales, en cuanto correctoras o confirmadoras de la interpretación de las leyes y de la Constitución llevada a cabo por los demás poderes públicos.<sup>9</sup> Aparentemente, ese tipo de procedimientos está diseñado para proteger derechos de individuos concretos. Pero, como se ha apuntado más arriba, para un tribunal compuesto por pocos miembros resultará obviamente muy difícil garantizar por sí mismo el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. El número de casos resolubles por un tribunal será forzosamente limitado. Por ello, en el caso de demandas de protección de derechos, el verdadero impacto de las resoluciones de los tribunales constitucionales residirá, no tanto (o no solamente) en el efecto directo sobre el recurrente, sino más bien en el hecho de que establecen criterios y principios derivados de la Constitución que se convierten en vinculantes a la hora de aplicar e interpretar los derechos fundamentales por parte de todos los poderes del Estado.

Por tanto, no es extraño que los tribunales constitucionales hayan considerado determinante el cumplimiento de esta función interpretativa a la hora de seleccionar, para su admisión, aquellos casos relevantes de entre los miles de recursos en defensa de derechos individuales que se les presentan. A la hora de considerar cuáles deben ser los criterios para que esos tribunales lleven a cabo esta selección (en un procedimiento cada vez más similar al *writ of certiorari* estadounidense) la discusión académica y la práctica real están señalando que el criterio de relevancia utilizado, explícita o implícitamente, es de la contribución del caso concreto a la interpretación constitucional.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Para un análisis de este tipo de sentencias, Francisco Javier Díaz Revorio (2001) y Alejandro Saiz Arnaiz (2015).

<sup>10</sup> Es interesante comparar las posiciones doctrinales sostenidas al respecto por los distintos autores españoles. Como ejemplos de perspectivas distintas: Luis María Díez Picazo (1994); Pedro Cruz Villalón (1994) y Pablo Pérez Tremps (1994). La reforma del año 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español vino a establecer un severo filtro. De acuerdo con su artículo 49, en la demanda de amparo "en todo caso la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso". Y la admisión del mismo requerirá que "el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales" (artículo 50.1b) de la misma ley). (Hernández, 2009).

Con ello, los tribunales constitucionales han asumido una labor quizás inesperada en sus inicios: la introducción de reglas generales por la vía de las resoluciones judiciales, en una forma que hubiera resultado impensable para los que aún creen en la radical diferencia entre los sistemas de derecho civil y *common law*.<sup>11</sup> Y ello se manifiesta en la continua cita de las máximas o reglas generales introducidas en las resoluciones de los tribunales constitucionales, tanto en las resoluciones de los tribunales ordinarios, como en las exposiciones de motivos de disposiciones administrativas generales, y en los mismos preámbulos de las leyes.

El papel interpretativo de los tribunales constitucionales, distinto de su función puramente "defensora" de la Constitución, tiene un impacto positivo, en cuanto provee de criterios generales orientadores de la acción de los poderes públicos. Obviamente, ello no significa el dictado de orientaciones políticas, tarea que corresponde a los órganos de la dirección política (gobiernos y parlamentos), sino la definición de los conceptos constitucionales y el marco jurídico general en que los poderes públicos deben actuar. De esta forma, a través de la interpretación de la Constitución, los tribunales constitucionales dotan a los demás poderes del Estado de herramientas conceptuales y de criterios para llevar a cabo sus tareas. Así, el tribunal constitucional no solamente desempeña un papel en la defensa de la Constitución, sino, además, en la creación del ordenamiento jurídico.

Este papel de intérprete supremo de la Constitución se hace muchas veces explícito en los textos legales. En el caso español, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le define como "intérprete supremo" de la Constitución, y la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a todos los jueces aplicar el derecho de acuerdo con la interpretación dada en las decisiones del Tribunal Constitucional "en todo tipo de procesos" (art. 5.1).

El doble papel de defender la Constitución y, mediante la interpretación, de crear criterios, e incluso reglas de naturaleza jurídica es posible debido al hecho

---

<sup>11</sup> Un trabajo ya clásico sobre este tema es el de Mauro Cappelletti (1981, pp. 381-393).

de que los tribunales constitucionales se definan como órganos jurisdiccionales. Ese carácter jurisdiccional significa que no pueden actuar por iniciativa propia, sino únicamente mediante procedimientos iniciados por otros, y en casos específicamente previstos por la Constitución. Significa igualmente que deben seguir criterios fijados constitucionalmente, y no derivados de la oportunidad o conveniencia política del momento. Ello implica que sus decisiones deben estar explícitamente basadas en mandatos constitucionales, y su independencia e imparcialidad deben estar garantizadas por el estatus de sus miembros, y por los procedimientos constitucionalmente previstos.

## **7. Creación jurisdiccional de derecho y principio democrático**

Los tribunales constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) "legisladores negativos", para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación (López Guerra, en Espín y Díaz Revorio, 2000a). Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del Poder Legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aun que otros tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como "expresión de la voluntad popular") podría considerarse que ello representaría una separación del principio democrático, ya que los tribunales constitucionales no se limitan, como los tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en ésta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad.

Pero si bien los tribunales constitucionales suponen la presencia de unos límites al legislador, la existencia de esos límites se da por supuesta en todos los regímenes constitucionales (incluso si no disponen de una jurisdicción constitucional) en virtud del principio de separación de poderes, en palabras de



Montesquieu: "hasta la virtud tiene sus límites". El problema se plantea más bien en cuanto a si la función del tribunal constitucional se extiende, no tanto a establecer límites a la acción del legislador, como a sustituirle en la emisión de normas generales. En este supuesto, ciertamente, habría que preguntarse sobre la compatibilidad del principio democrático con la existencia de un órgano con poderes normativos desvinculado de la representación popular.

Desde luego, no cabe plantearse tal cuestión en lo que se refiere a la función relativa a la protección de derechos fundamentales de personas determinadas, mediante vías como el recurso de amparo español o la *Verfassungsbeschwerde* alemana; en estos supuestos el tribunal constitucional actúa como un órgano incluido dentro de la más estricta concepción de la jurisdicción clásica, en cuanto aplicador del derecho a casos particulares. Pero es legítimo plantearse la cuestión en cuanto a las funciones de los tribunales constitucionales relativas tanto a la revisión de la constitucionalidad de las normas parlamentarias (función expresa o manifiesta) como a la emisión, en cualquiera de los procedimientos que les corresponden, de criterios interpretativos de la Constitución y de las mismas leyes (función latente).

Por lo que atañe a la función clásica de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, la literatura constitucionalista se ha ocupado extensamente del tema, y el engarce de esa función con los principios democráticos no presenta excesivas dificultades. El tribunal constitucional, al declarar inconstitucional una ley no viene, en puridad, a introducir su voluntad en lugar de la voluntad parlamentaria; en realidad lo que hace es volver a un *statu quo ante*, que puede ser reformado o reconfigurado únicamente por el legislador, siempre que o bien se ajuste a los parámetros constitucionales o bien proceda a reformar estos parámetros.

El problema es más complejo en lo que se refiere a la función de introducción de criterios interpretativos de la Constitución y de las leyes. Como ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido del derecho a la tutela judicial, efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, la necesidad de que se

lleven a cabo una serie de trámites procesales que no vienen expresamente regulados en las leyes de procedimiento, pero que resultan de cumplimiento obligatorio por el juez si no quiere incurrir en una vulneración de ese derecho. El Tribunal español ha introducido así elementos anteriormente inexistentes en las leyes de procedimiento, como la exigencia de intérprete en determinados casos, la introducción de la casación en los procesos dentro de la jurisdicción militar, o la obligación de someterse a pruebas de ADN en procedimientos de reconocimiento de paternidad, entre otros muchos ejemplos, o ha establecido requisitos para la legislación que no están presentes en la Constitución (por ejemplo, en España, que las líneas básicas a seguir por las normas de las Comunidades Autónomas han de establecerse por ley parlamentaria). Igualmente, del análisis de prácticas como, en el ordenamiento italiano, de las *sentenze interpretative di principio*<sup>12</sup> pueden obtenerse ejemplos de introducción, por la *Corte Costituzionale*, de mandatos al legislador, o de mandatos de carácter general a los órganos jurisdiccionales y administrativos.

¿Hasta qué punto ello no supone un secuestro de la potestad legislativa reservada al parlamento, o incluso de la misma voluntad del constituyente? A diferencia de su actividad como legislador negativo, en estos casos el tribunal constitucional no deja opciones al legislador para que reforme libremente el *statu quo*. Pero cabe también preguntarse si el moderno derecho constitucional deja otra opción. La concepción de la Constitución como norma vinculante, y no meramente programática, implica que el cumplimiento de sus mandatos no puede dejarse a la discreción del legislador. Y sin duda los mandatos de las modernas constituciones suponen obligaciones de hacer, directa o indirectamente derivadas del texto constitucional. Y ello no sólo en el cada vez más amplio campo de los mandatos "sociales" sino en áreas como el *due process of law*, la tutela judicial, o la realización del principio de igualdad. La inactividad del legislador no puede, desde esta perspectiva, truncar la fuerza normativa de la Constitución. Por ello, la función del tribunal constitucional aparece en ocasiones,

---

<sup>12</sup> Para este tipo de sentencias es esclarecedor el trabajo de Roberto Romboli (1998).

quizás forzosamente, como una función de sustitución del legislador, cuando éste no lleva a cabo tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales.

## **8. Las técnicas para la adecuación de la actuación de los tribunales constitucionales al principio democrático**

A pesar de todo ello, la práctica constitucional europea no ha resultado en enfrentamientos graves entre el Tribunal Constitucional y otros órganos del Estado, similares, por ejemplo, al enfrentamiento entre Presidencia y Tribunal Supremo en los Estados Unidos del *New Deal*.<sup>13</sup> Ello puede quizás deberse a las especiales características que rodean el diseño de este tipo de tribunales. Una adecuada consideración del tema requiere, en todo caso, el análisis, no sólo de las potestades de los tribunales constitucionales, sino también de su legitimación democrática, y su conexión con la voluntad popular. A este respecto, varios datos merecen tomarse en cuenta.

Primeramente, y a diferencia de los altos órganos de la jurisdicción ordinaria, los miembros de los tribunales constitucionales suelen ser, total o mayoritariamente, designados por instancias parlamentarias. Esto (que no tiene por qué suponer lo que a veces se denomina "politización" o "partidización" de los tribunales constitucionales) aparece como un elemento de legitimación democrática de esos tribunales, sobre todo si este origen parlamentario, que asegura una cierta conexión con la voluntad popular, va unido a requisitos de imparcialidad y capacidad técnica, así como a procedimientos de elección que impidan el monopolio del nombramiento de los miembros del Tribunal por la mayoría parlamentaria del momento, y a garantías de la independencia de los jueces constitucionales.

---

<sup>13</sup> Aun cuando diversos países hayan producido divergencias entre tribunales constitucionales y otras instancias jurisdiccionales, notablemente los tribunales supremos: pero tales divergencias no se proyectan sobre la legitimidad democrática de las instituciones. (Serra, 1999).

Por otro lado, y también a diferencia de la mayoría de los jueces ordinarios, el mandato del juez constitucional suele ser un mandato temporalmente limitado. Ello trae como consecuencia una renovación continua y periódica de los tribunales constitucionales que, unida a su procedencia parlamentaria, impide que los jueces constitucionales se configuren como una casta definida profesionalmente y desvinculada de las creencias y sentimientos de la sociedad en cada momento respecto de lo que significa la democracia constitucional. Finalmente, la generalizada prohibición de reelección contribuye a que se produzca una circulación interna de jueces dentro del tribunal constitucional, aportando ideas y concepciones nuevas, siguiendo la evolución de la cultura jurídica, en forma regular.

Nos encontramos sin duda ante lo que pudieran llamarse técnicas de pura ingeniería constitucional.<sup>14</sup> Así y todo, responden a una concepción más profunda: la de que el legislador, en ocasiones, no es capaz de cubrir todos los frentes que resultan de la presencia de una Constitución que se quiere normativa. Es necesario proveer una instancia que pueda cubrir la necesidad de atender a esos frentes, y el tribunal constitucional puede representar en ocasiones esa instancia. Pero tal tarea no puede dejarse al margen de las exigencias del principio democrático: no cabe hablar, como a veces se hace, de una contraposición entre democracia y Estado de derecho. Por ello, las deficiencias que en éste puedan apreciarse, por desfallecimiento o incapacidad de las instancias legislativas no pueden suplirse (o no pueden suplirse solamente) por el recurso a la mera "capacidad técnica" o "imparcialidad" de órganos de la jurisdicción ordinaria, desvinculados usualmente en su origen y funcionamiento de los órganos de la voluntad popular. Ahora bien, como se ha indicado, en lo que atañe a los tribunales constitucionales, los medios proporcionados por la "ingeniería constitucional" respecto del nombramiento y régimen de esos tribunales pueden contribuir a que los órganos de la justicia constitucional cuenten, siquiera sea indirectamente, con una necesaria legitimidad democrática.

---

<sup>14</sup> Una descripción de estas técnicas puede encontrarse en López Guerra (2002b, pp. 56-76).

## Fuentes

### Bibliografía

Cappelletti, M. (1981), "The Doctrine of *stare decisis* and the Civil Law. A Fundamental Difference-or no Difference at all?", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen: Mohr, pp. 381-393.

Cruz Villalón, P. (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Díaz Revorio, F. J. (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid: Lex Nova.

Favoreu, L. (1986), *Les Cours constitutionnelles*, París: Dalloz.

Favoreu, L. (1994), *Los Tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel.

Ferreres Comella, V. (1997), *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ferreres Comella, V. (2011), "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación del Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-42.

Fromont, M. (2013), *Justice constitutionnelle comparée*, París: Dalloz.

Hernández Ramos, M. (2009), *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid: Reus.

López Guerra, L. (2000a), "Tribunal Constitucional y creación judicial del Derecho" en *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, Espín Templado, E. y Díaz Revorio, J. (eds.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 349-380.

López Guerra, L. (2000b), *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 2a. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

López Guerra, L. (2002), "Organización y posición constitucional de la justicia constitucional en Europa", *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito: Corporación Editora Nacional (59-76).

López Guerra, L. (2019), *La Constitución de España*, Valencia: Tirant lo Blanch.

López Ulla, Juan Manuel (1999), *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid: Tecnos.

Romboli, R. (1998), "Italia" *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Aja, E. (ed.), Barcelona: Ariel, pp. 89-138.

Saiz Arnaiz, A. (2015), "La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (Un análisis desde la Constitución española)", *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, López Guerra, L. y Saiz Arnaiz, A., eds. Lima: Palestra, pp. 279- 328.

Schmitt, C. (1931), *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen: Mohr.

Serra, R. (1999), *La guerra de las Cortes*, Madrid: Tecnos.

## Hemerografía

Cruz Villalón, P. (1994), "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional* (41), pp. 9-23.

Diez Picazo, L. M. (1994), "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional* (40), pp. 9-37.

Kelsen, H. (1931), "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", *Die Justiz* (6), pp. 576-628.

Pérez Tremps, P. (1994), "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", *Revista Vasca de Administración Pública* (39): pp. 89-104.

Rubio Llorente, F. (1992), "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa" *Revista Española de Derecho Constitucional* (35): pp. 9-39.





**De la democracia participativa  
a la deliberación inclusiva: "mini-públicos",  
loterías y constituciones elaboradas  
por la ciudadanía (crowdsourced constitutions).  
Comentarios muy preliminares**

---

*From participatory democracy  
to inclusive deliberation: "mini-publics",  
lotteries and crowdsourced constitutions.  
Very preliminary comments*

ROBERTO GARGARELLA\*

**Resumen**

En este artículo se abordan las iniciativas políticas favorables a la democracia deliberativa (IPDD) –esto es, las convenciones constitucionales (*crowdsourced constitutions*) o las Asambleas de Ciudadanos– más que como procesos democráticos innovadores exclusivos de países hiperdesarrollados, como la mayor contribución del constitucionalismo de principios del siglo XXI a la causa de la democracia deliberativa. Para llegar a esa conclusión, se revisan los distintos ejemplos de participación ciudadana y deliberación inclusiva. Al final del artículo, hay una respuesta a la pregunta: ¿qué se puede aprender de las IPDD en cuestiones de representación política?

---

\* Profesor-investigador en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**Palabras clave:** Derecho Constitucional, Democracia participativa, constituciones ciudadanas, mini-públicos.

### **Abstract**

This article discusses political initiatives for deliberative democracy (IPDD) –i.e., the constitutional conventions or the Citizens Assemblies– rather than as innovative democratic processes exclusive to hyper-developed countries, as the most significant contribution of early 21st-century constitutionalism to the cause of deliberative democracy. The different examples of citizen participation reviewed here allow this conclusion. In the end, an answer to the question: What can we learn from the IPDD on issues of political representation?

**Keywords:** Constitutional law, participatory democracy, citizen constitutions, mini-publics.

## **Introducción**

En lo que sigue, examinaré algunos desarrollos políticos recientes que han tenido lugar en diferentes países occidentales desde principios del siglo XXI. Estos nuevos desarrollos tienen un fuerte paralelismo con ciertas novedades surgidas en el ámbito judicial ("audiencias públicas", *meaningful engagement*, etc.). En ambos casos encontramos cambios institucionales promovidos en tiempos de crisis para fortalecer la democracia (y no dirigidos, por ejemplo, a restablecer el orden o a restringir las libertades civiles). Además, todas estas innovaciones buscaron mejorar el sistema democrático de una manera particular, es decir, revitalizando los componentes esenciales de la democracia deliberativa (Levy *et al*, 2018; Bachtiger *et al*, 2018). En algunos casos, estas reformas mejoraron el aspecto inclusivo de la democracia deliberativa, y en otros casos, tal vez los más comunes, fortalecieron las capacidades deliberativas del sistema institucional. Por estas razones, presentaré las siguientes iniciativas políticas como llevando los viejos mecanismos de la democracia participativa a una etapa "superior". Más precisamente, los tomaré como señal o símbolo de una transición desde la "participación democrática" a una nueva etapa de "deliberación inclusiva". Me referiré a estas prácticas como iniciativas políticas favorables a la democracia deliberativa (IPDD).

Las IPDD que presentaré aquí son las siguientes: la Convención Constitucional de Australia, de 1998; la Asamblea de Ciudadanos sobre la Reforma Electoral en la Columbia Británica (Canadá), de 2005; la Asamblea Ciudadana sobre Reforma Electoral en Ontario (Canadá), de 2006; el Foro de Ciudadanos de Holanda, 2006; la Reforma Constitucional de Islandia, de 2009; la Convención Constitucional de Irlanda, de 2012; La Asamblea de Ciudadanos de Irlanda, de 2016.

Me interesa señalar, desde un comienzo, que muchas de las IPDD que exploraremos en las siguientes páginas aparecieron en países que estaban atravesando graves crisis políticas, económicas o sociales. Es decir, las IPDD no pueden considerarse reservadas, de ninguna manera, a países hiperdesarrollados, es decir, países que, presumiblemente, podrían darse el "lujo" de implementar alternativas democráticas inexploradas. Las IPDD que examinaremos incluyen prácticas como las "conferencias deliberativas"; los "mini-públicos"; las "encuestas deliberativas" (los experimentos que James Fishkin imaginó hace décadas); las Convenciones Constituyentes basadas en las propuestas ciudadanas (*crowdsourced*); el uso de la lotería para la selección de representantes; entre otras.

Estas iniciativas surgieron unas tras otras: cada nueva práctica creció sin dejar de mirar hacia atrás, buscando aprender de experiencias anteriores y tratando de reparar los errores previos. La Convención Constitucional de Australia de 1998 fue la primera en permitir que ciudadanos comunes y corrientes se convirtieran en parte de la misma (la mitad de los miembros de la Convención eran ciudadanos elegidos por el voto popular, mientras que la otra mitad estaba reservada a políticos profesionales). La Asamblea de la Columbia Británica, como luego la de Ontario (ambas en Canadá), dio algunos pasos adelante en relación con la experiencia australiana. En ambos casos, las Asambleas estuvieron compuestas exclusivamente por ciudadanos que, además, y también notablemente, fueron seleccionados por sorteo. En los tres casos, las Convenciones fueron seguidas por un proceso de consulta popular. La Convención Constitucional de Islandia representó un nuevo desarrollo crucial en esta historia. Al igual que en los casos anteriores, la Asamblea estuvo compuesta únicamente por ciu-

dadanos; los ciudadanos fueron elegidos por sorteo; y a la Asamblea le siguió un referéndum popular. Sin embargo, la experiencia islandesa también fue innovadora en lo que respecta a los detalles del proceso: los islandeses abrieron la elaboración de la Constitución a la intervención activa de los ciudadanos en general, quienes pudieron presentar sus propias propuestas a través del uso de nuevas tecnologías digitales –dando lugar a lo que se conoció como el proceso ciudadano –*crowdsourcing*– de creación constitucional. Finalmente, me referiré al caso irlandés, donde se organizaron dos Asambleas sucesivas que adoptaron algunas de las iniciativas más innovadoras de los casos anteriores (es decir, sobre la participación de ciudadanos comunes; sobre el uso de loterías; sobre el proceso abierto a la intervención ciudadana), y que, dado el modo en que se organizaron, lograron producir sendos referendos populares, ambos exitosos en todo sentido: el primero fue el que consagró el matrimonio igualitario; y el segundo fue el que permitió la legalización del aborto.

Finalmente, quisiera sugerir que todas las IPDD que vamos a examinar lograron mejorar, de manera significativa, los logros del (llamado) "nuevo constitucionalismo latinoamericano". Las experiencias latinoamericanas resultaron, en general, tan excitantes como preocupantes. Típicamente, las reformas constitucionales desarrolladas en América Latina entre fines del siglo XX y principios del siglo XXI (pienso, en particular, en los casos de Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009), resultaron atractivas, en principio, en razón de al menos dos de sus características principales: ellas parecieron estar motivadas adecuadamente por ideales socialmente inclusivos (es decir, favorables a la inclusión de grupos previamente marginados, como los grupos indígenas); e intentaron ampliar las oportunidades de participación popular, particularmente, durante el proceso de elaboración de la Constitución. Sin embargo, al final del día, la mayoría de estas reformas no supieron combinar adecuadamente sus declaradas ambiciones participativas con la necesidad de la deliberación pública, y (por ésta y otras razones) terminaron creando prácticas constitucionales y textos mucho menos atractivos de lo que habían prometido.

Por el contrario, considero que la mayor parte de las IPDD que examinaremos lograron combinar con éxito sus esfuerzos participativos y deliberativos.

Sintéticamente: en mi opinión, nos encontramos frente a algunas de las novedades democráticas más interesantes ofrecidas por el constitucionalismo en los últimos 200 años. Las experiencias que vamos a examinar demuestran el valor, el atractivo y la vida efectiva de un ideal que, hace un tiempo, se consideraba completamente ajeno a la realidad: el ideal de la democracia deliberativa. Permítanme ahora examinar brevemente las experiencias anunciadas.

## **Convención Constitucional Australiana, 1998**

El primer antecedente importante que quiero revisar es el de Australia y su Convención Constitucional de 1998. La Convención de Australia fue convocada por el gobierno de John Howard (1996-2007), y su misión fue la de decidir si Australia se convertiría o no en una república –a la decisión de la Convención le seguiría un referéndum popular–. Lo que resultó particularmente interesante acerca de esta Asamblea fue que organizara la intervención de "ciudadanos comunes" como miembros activos de la convención. Esta novedad resultó notable no solo en la política australiana, sino también en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Este hecho, por lo demás, explica por qué se denominó a la Asamblea "Convención del Pueblo".

La Convención estuvo compuesta por 152 delegados procedentes de todos los diferentes estados y territorios de Australia. La mitad de los miembros fueron nombrados por el Gobierno federal (36 delegados designados por el gobierno de la *Commonwealth* y 40 miembros de los parlamentos australianos) y la otra mitad fue elegida por voto voluntario por correo (Winterton, 1998). Aquí, y a diferencia de varios de los casos que examinaremos luego, los ciudadanos designados en lugar de ser seleccionados al azar fueron elegidos; y los procedimientos, en lugar del modelo de mini-públicos deliberativos, se organizaron siguiendo el modelo de debates parlamentarios tradicionales.

La Convención se llevó a cabo del 2 al 13 de febrero de 1998, y todos –especialistas y público en general– terminaron considerándola un gran éxito. Esto fue así, primero, en razón del interés significativo generado en la población

por las cuestiones públicas entonces bajo examen, y también por la forma en la que los ciudadanos comunes se involucraron en todo el proceso (Williams, 1998). A través de este proceso, numerosos grupos que habían sido completamente excluidos de las discusiones constitucionales originales de 1890, pudieron participar en un debate constitucional crucial. Finalmente, un referéndum nacional rechazó la iniciativa sugerida por la Convención, que propuso que Australia se convirtiese en una república.

### **Asamblea de Ciudadanos de la Columbia Británica sobre la Reforma Electoral, 2005**

La Asamblea de Ciudadanos de la Columbia Británica tuvo sus orígenes en una época de grave crisis política. El encuentro fue promovido por un grupo de líderes políticos que querían cambiar un sistema electoral que funcionaba de modo muy imperfecto, pero que a la vez era difícil de modificar como resultado de la resistencia impuesta por las autoridades políticas establecidas. La solución que se encontró para esta tensa situación política fue la creación de un Congreso de Ciudadanos, cuyos miembros fueron escogidos al azar de las listas de votantes (elegidos sobre una base geográfica, y permitiendo la selección de un hombre y una mujer de cada distrito electoral). Ya en la Asamblea, los miembros escucharon las intervenciones de un grupo de expertos; discutieron sus propuestas y, finalmente, presentaron sus propias recomendaciones sobre cómo reorganizar el sistema electoral –propuesta que luego se presentaría al público en general para su aprobación final–.

Las 12 semanas iniciales de la Asamblea consistieron en una "Fase de aprendizaje", en la que los miembros de la Asamblea recibieron "aportaciones" de expertos. Esta fase inicial fue seguida por otra dedicada a las consultas públicas. Durante este segundo período, la Asamblea celebró más de 50 audiencias públicas y recibió más de 1,000 presentaciones escritas. SOlo después de este periodo, los miembros de la Asamblea comenzaron a deliberar sobre qué propuesta presentar al electorado.

El balance de la Asamblea fue notable: los ciudadanos en la Asamblea deliberaron de manera "inteligente e informada"; las deliberaciones fueron "intensas y serias"; muchos de los miembros de la Asamblea se convirtieron en "expertos en cuanto a los detalles técnicos de los sistemas electorales", después de las sesiones; y al final de los debates, los participantes pudieron "proponer una recomendación técnicamente sólida" (Ferejohn, 2008). El 25 de octubre de 2004, la Asamblea propuso que se sustituyera el sistema electoral existente (del tipo *first past the post*) por otro diferente basado en un "voto único transferible". Finalmente, una gran mayoría de los votantes aprobaron lo que decidió la Asamblea, pero no con la mayoría requerida para que la propuesta fuera confirmada. La recomendación tenía que ser aprobada por una mayoría del 60% de los votantes y mayorías simples en el 60% de los 79 distritos existentes. Este último requisito se logró, pero el voto general obtuvo el 57.7% de los votos, en lugar del 60% requerido.

### **Asamblea de Ciudadanos de Ontario sobre Reforma Electoral, 2006**

Poco después de la experiencia de la Columbia Británica, y siguiendo su notable ejemplo, la provincia de Ontario lanzó una propuesta similar, organizada de manera semejante. En marzo de 2006 se constituyó una Asamblea de Ciudadanos sobre la Reforma Electoral, que también propuso revisar el sistema electoral existente (*first past the post*) utilizado para elegir a los miembros de la Legislatura de Ontario. La Asamblea se reunió dos veces al mes durante seis fines de semana, en 2006. Celebró además numerosas reuniones públicas en toda la provincia; y luego usó otros seis fines de semana adicionales para deliberar sobre lo que se había aprendido y elaborar entonces una propuesta final. Después de las deliberaciones, la Asamblea recomendó adoptar una representación "proporcional mixta" (como la utilizada en Nueva Zelanda), en mayo de 2007. Finalmente, la ciudadanía rechazó la propuesta de la Asamblea, esta vez a través de un porcentaje más alto que en la Columbia Británica (la propuesta fue rechazada por el 63% de los votantes).

## El Foro ciudadano holandés, 2006

El Burgerforum Kiesstelsel ofrece otro ejemplo interesante en la sucesión de las Asambleas de ciudadanos aquí analizadas. El Foro holandés fue creado por el Ministerio del Interior y Relaciones del Reino, y estuvo a cargo de examinar las opciones para la reforma electoral en los Países Bajos. El Foro estuvo compuesto por 143 ciudadanos holandeses seleccionados al azar (los miembros fueron seleccionados de una muestra aleatoria de 50,400 personas, que integraron la lista de ciudadanos con derecho a votar en los Países Bajos). Los ciudadanos seleccionados podían solicitar ser candidatos a la Asamblea, lo que finalmente hicieron 1,732 personas. De esas personas auto-nominadas, las elegidas fueron seleccionadas por sorteo. Sin embargo, para garantizar el carácter representativo del grupo, se consideraron algunas características adicionales: la composición final debía reflejar proporcionalmente a los habitantes por provincia; tenía que haber una representación igual entre hombres y mujeres; y el grupo tenía que ser representativo del país, también en términos de edad (De Jongh, 2013, p. 196).

El Foro fue innovador tanto en su composición (solo ciudadanos comunes) como en el modo en que fueron seleccionados sus miembros (al azar), pero a la vez se diferenció de los ejemplos canadienses de manera significativa. Ante todo, el Foro tuvo una dimensión nacional más que local. Además, en el ejemplo holandés, las recomendaciones se presentaron ante el parlamento, en lugar de estar sujetas a un referéndum popular. También debe decirse que, en este caso, los debates organizados por el Foro no atrajeron la atención general.

El 14 de diciembre de 2006, el Burgerforum presentó su informe final a un ministro del Partido Popular saliente (VVD), recomendando algunos cambios menores en el sistema electoral. El Foro propuso un sistema de representación proporcional, en el cual los votantes emitirían un voto, ya sea para el partido de su elección, o para el candidato de su elección. En abril de 2008, sin embargo, la propuesta fue rechazada por la coalición entonces gobernante.



## La reforma constitucional de Islandia (*crowdsourcing*), 2009-2013

En el año 2009, Islandia sufría su crisis más grave, tanto económica como política. Fue en ese momento cuando un grupo amplio de ciudadanos, bajo el impulso de un colectivo de organizaciones de base, conocido como el movimiento Anthill, organizó una Asamblea Nacional que se convirtió en el primer paso en el proceso de reforma de la Constitución del país.

La Asamblea organizada entonces estuvo compuesta por 1,500 personas (1,200 elegidas al azar del registro nacional y 300 elegidas como representantes de diferentes instituciones políticas y organizaciones de la sociedad civil) para discutir, en un solo día, sobre los temas y valores que debían guiar la reorganización de las instituciones nacionales.

Sobre la base de los valores identificados por la Asamblea popular, se puso en marcha el procedimiento destinado a dictar una nueva Constitución. En consecuencia, la Asamblea de Ciudadanos fue seguida, en noviembre de 2010, por una nueva Asamblea, organizada ahora por el Gobierno nacional, con base en el modelo de la Asamblea de 2009. Este Encuentro Nacional estuvo compuesto por 950 ciudadanos seleccionados al azar, que deliberaron durante un día en 128 mesas redondas. La misión de la Asamblea era presentar un informe basado en las demandas ciudadanas, acerca de cómo reorganizar el Gobierno de la nación y su Constitución. El informe, que supuestamente expresaría la "voluntad de la nación", daría cuenta del funcionamiento del futuro Consejo Constitucional.

En su documento final, la Asamblea de 2010 concluyó que la nueva Constitución tenía que tratar diferentes temas, incluidos dos de los más importantes y controvertidos en la historia política del país: el sistema electoral y la propiedad de los recursos naturales. El 24 de marzo de 2011, el Parlamento de Islandia creó un organismo encargado de revisar la Constitución, siguiendo los criterios presentados por el Encuentro Nacional.

La Asamblea estaba conformada por 25 delegados de elección personal directa (un sistema proporcional de voto único transferible, SVT), con la exclusión explícita de los miembros de los partidos políticos. Estos delegados debían reunirse durante tres meses (con un mes adicional en caso de ser necesario) para discutir y luego presentar un informe sobre cómo modificar la Constitución. La elección de los 25 delegados (que estuvo sujeta a polémicas diversas, que exigieron la intervención de los tribunales y de los órganos políticos) se llevó a cabo en noviembre de 2010. Más de 500 ciudadanos auto-seleccionados se presentaron entonces para formar parte de esa comisión.

El proceso de redacción constitucional que siguió entonces resultó extraordinariamente abierto, lo que llevó a los comentaristas a referirse a la Constitución como una "Constitución redactada por la ciudadanía" (*crowdsourced constitution*), un experimento inédito en la historia del constitucionalismo. En los hechos, todas las personas registradas con nombre y dirección podían enviar sugerencias a la Asamblea –sugerencias que, luego de la aprobación por parte del personal local, podían ser discutidas *online*–. Para este propósito, los tres grupos en los que se dividió el Consejo diseñaron varias plataformas electrónicas; y publicaron en las redes sociales los horarios de sus reuniones y las actas de sus trabajos. Finalmente, el público terminó presentado alrededor de 360 propuestas y publicando más de 3,600 comentarios en las diferentes plataformas disponibles (Suteu, 2015).

Según el profesor Lawrence Lessig, un especialista en el uso de nuevas tecnologías, "por primera vez en la historia, y utilizando tecnologías propias del siglo XXI, se elaboró una Constitución a través de un proceso público, abierto e inclusivo". (2016). El borrador de la Constitución se terminó el 29 de julio de 2011 e incluyó muchas de las recomendaciones de la Asamblea Nacional de 2010, que fueron respaldadas por unanimidad por la propia Asamblea Constitucional.

Finalmente, el 20 de octubre de 2012 se celebró un referéndum constitucional no vinculante en el que se preguntó a los votantes si respaldaban las propuestas incluidas en el nuevo proyecto de Constitución. Las propuestas fueron

aprobadas con la participación de la mitad del electorado a través de dos tercios de votos del total. Sin embargo, dada la naturaleza no vinculante del referéndum, las propuestas tuvieron que ser ratificadas por el Parlamento islandés. Desafortunadamente, la elección de 2013 fue ganada por los opositores a la nueva Constitución, los cuales terminaron por dejar en suspenso la decisión popular.

## **La Convención Constitucional de Irlanda, 2012**

A pesar de la rica experiencia comparativa con la que contamos, en materia de consultas populares y mini-públicos, solo en Irlanda es donde tenemos un desarrollo que incluye dos procesos deliberativos amplios, uno a continuación del otro. Encontramos allí, primero, al de la Convención Constitucional celebrada en 2012-14, que se convirtió en el principal antecedente del referéndum sobre el matrimonio igualitario (2015). Este proceso inicial fue seguido, poco después, por una nueva Asamblea de Ciudadanos (2016-2018), que se convirtió a su vez en el antecedente principal del referéndum sobre el aborto de 2018 (Farrell *et al.*, 2019).

Como ocurriera en casos anteriores, la Convención Constitucional irlandesa también resultó de un proceso de crisis (en este caso, la Gran Recesión de 2010, que agravó la falta de credibilidad que afectaba ya, severamente, a las instituciones más establecidas).

La principal iniciativa a favor de la Convención provino de una campaña lanzada por el líder del mayor partido de oposición (Fine Gael), a saber, Enda Kenny; campaña a la que pronto se unió el Partido Laborista (Farrell, 2013). La Convención resultó finalmente promovida por el gobierno irlandés, y tuvo como misión cambiar una Constitución antigua y bastante rígida. La Constitución de Irlanda había sido promulgada en 1937 y solo podía modificarse mediante un referéndum y un voto mayoritario vinculante del pueblo. Sin embargo, lo cierto es que la voz ciudadana no había estado presente nunca en la determinación de los temas de la reforma (Arnold *et al.*, 2018).

Si bien la Convención estuvo inspirada en las experiencias anteriores de la Columbia Británica, Ontario y los Países Bajos, la misma se diferenció de aquéllas por contar con una composición mixta, que combinó a ciudadanos ordinarios con políticos electos. Sin embargo, como en los otros ejemplos, en el caso irlandés, los ciudadanos también fueron seleccionados al azar: dos tercios de la Convención estuvo compuesta por ciudadanos y el resto por miembros electos del parlamento. La Convención se organizó, por lo demás, en torno a ciertos principios fundamentales: igualdad, apertura, equidad, eficiencia y colegialidad.

La idea era que la Convención abordara distintos "asuntos urgentes": debía presentar informes sobre varios asuntos específicos, incluyendo la revisión del sistema electoral y la reducción de la edad para votar; la limitación del mandato presidencial a cinco años; el matrimonio igualitario; y dos propuestas dirigidas a fomentar la participación de las mujeres en la política y en la vida pública. Los diferentes temas se trataron durante 2013 en siete reuniones. Según un informe de Arnold, Farrell y Suiter, "la Convención funcionó durante catorce meses, y se reunió en promedio una vez al mes (con la excepción del período de verano). Los diez temas que se discutieron dieron como resultado casi cuarenta recomendaciones (...). Más de la mitad de estas propuestas no requerían una reforma constitucional para su implementación" (Arnold *et al.*, 2018, p. 111). Las deliberaciones de la Convención fueron informadas por presentaciones de expertos, incluyendo académicos, asociaciones civiles, etc., que trataron siempre de garantizar la igualdad de género tanto entre los ponentes como entre los panelistas.

Las recomendaciones de la Convención fueron consultivas y no declarativas. Sin embargo, hubo una de ellas que adquirió especial relevancia: la presentada en el informe de julio de 2013, sobre celebrar un referéndum para el matrimonio igualitario. El referéndum sobre la cuestión se llevó a cabo, resultando entonces la primera consulta popular en la historia del país convocada como resultado de un proceso de deliberación pública. Finalmente, en mayo de 2015, el referéndum resultó aprobado con el apoyo del 62% de los votantes.

## La Asamblea de Irlanda, 2016

La Asamblea de 2016 se inspiró en el ejemplo establecido por la Convención Constitucional de 2012. Ella se compuso, como su antecedente principal, por 99 miembros (y 99 sustitutos) seleccionados al azar (la selección fue coordinada por una empresa de investigación de mercado y un Juez del Tribunal Supremo), de acuerdo con cuatro variantes demográficas: sexo, edad, clase social y región. Se suponía que la Asamblea debía considerar cinco temas, aunque finalmente concentró sus energías en dos de ellos, a saber, el aborto y el cambio climático, dos cuestiones en relación con las cuales el Gobierno enfrentaba una intensa presión internacional.

La Asamblea funcionó como un mini-público deliberativo. Se reunió una vez al mes, durante los fines de semana (todo el día durante el sábado y en la mañana del domingo), y a sus integrantes se les distribuyó en mesas circulares de siete a ocho lugares, las cuales estaban coordinadas por un facilitador (persona a cargo de garantizar el desarrollo de las discusiones, y que los debates fueran desarrollados de una manera respetuosa y justa) que, a su vez, contaba con la ayuda de una persona encargada de tomar notas (Farrell *et al.*, 2019, p. 116).<sup>1</sup>

Existe un acuerdo común entre los expertos, los participantes y el público en general, acerca de que la Asamblea resultó un gran éxito, a pesar de los problemas que enfrentó, particularmente en lo relacionado con su composición, que cambió de modo relativamente frecuente (un inconveniente que se originó, probablemente, en el hecho de que sus miembros no recibieran honorarios a pesar de la exigente agenda que debían desarrollar). La Asamblea concluyó, tal como anticipáramos, con un referendo en 2018 y con una votación favorable a la legalización del aborto.

---

<sup>1</sup> Una sesión típica consistía, primero, en presentaciones de expertos, que desarrollaban ideas adelantadas a los panelistas por escrito; presentaciones de grupos ciudadanos; un período de preguntas y respuestas; discusiones en pequeños grupos; y momentos de reflexión en donde cada participante era invitado a escribir sus comentarios personales a diferentes preguntas.

## Asambleas de ciudadanos: condiciones contextuales

En las páginas anteriores resumí dos décadas de iniciativas políticas favorables a la democracia deliberativa (IPDD). Con ese resumen en mente, ahora estamos en condiciones de hacer un primer balance crítico de la situación existente. Para comenzar con este análisis, permítanme mencionar algunos puntos generales sobre el fenómeno bajo examen.

*Alcance.* En primer lugar, quiero dejar claro que las IPDD examinadas representan, todavía, experiencias aisladas, más que una tendencia dominante. Tales experiencias, de todos modos, sugieren que diferentes sociedades han reconocido la existencia de una crisis que afecta al sistema democrático, y reconocido también la importancia de responder a esa crisis de manera urgente.

*Democracia.* Me he referido en distintas ocasiones a un problema particular que parece afectar a nuestras sociedades, y al que describí como el problema de la *disonancia democrática*. A través de esta idea aludí a situaciones en las que la ciudadanía tiene fuertes reclamos democráticos que la estructura constitucional no ayuda a satisfacer, sino que obstaculiza. En cierto modo, las IPDD pueden verse como un intento de responder a esas crecientes demandas democráticas (demandas que constituyen lo que yo llamo "el hecho de democracia"), mediante el uso de instrumentos constitucionales alternativos o renovados.

Por lo dicho, para quienes estamos preocupados por el estado de nuestras democracias, las IPDD ofrecen razones para la esperanza. Tales experiencias: *i*) parten del reconocimiento de una situación crítica; *ii*) asumen que la crisis en cuestión es (también, a caso, principalmente) una crisis democrática; *iii*) proponen respuestas que pretenden ser sensibles a esas preocupaciones democráticas; y *iv*) tratan de responder a esas preocupaciones con alternativas destinadas a ampliar y profundizar, en lugar de limitar, el espacio de deliberación democrática.

*Crisis.* Las IPDD nos permiten confirmar una idea presentada por Jon Elster, según la cual, las constituciones "a menudo se escriben en tiempos de crisis, que

invitan a medidas extraordinarias o dramáticas" (Elster, 1995, p. 347). Sin embargo, y al mismo tiempo, nos ayudan a desafiar algunas de las reflexiones sugeridas a este respecto por el mismo autor.

De hecho, en sus escritos iniciales sobre constituciones como mecanismos de "pre-compromiso", Elster tendió a describir el proceso de elaboración constitucional como un ejercicio del tipo "Pedro sobrio, limitando a Pedro embriagado" (1988). Poco más tarde, sin embargo, Elster afirmaba todo lo contrario. Así, en su libro *Ulysses Unbound* sostuvo: "la premisa de un Pedro sobrio puede no cumplirse en la realidad. Existe una evidencia empírica abrumadora, que nos dice que las constituciones tienden a escribirse en tiempos de turbulencia y agitación, en las que las pasiones tienden a aumentar". (Elster, 2000, p. 159). Esta afirmación se muestra correcta en lo que afirma, pero incorrecta en lo que sugiere. De hecho, y éste es mi punto, las IPDD (sin excepciones, según propongo) sugieren que las constituciones se escriben en tiempos de "turbulencia y agitación en las que las pasiones tienden a aumentar" y, al mismo tiempo, que los debates constitucionales pueden desarrollarse apropiadamente, sin quedar dominados por las meras pasiones. La regla, según sugiero, es que esas situaciones de "turbulencia y agitación" (también podríamos llamarlas "momentos constitucionales") se han canalizado institucionalmente de modos consistentes con la posibilidad de llevar a cabo discusiones tranquilas y razonadas.

*El pasado limitando el presente.* Las IPDD que hemos examinado hasta aquí reafirman las preocupaciones expresadas siglos atrás por Juan Bautista Alberdi. Alberdi, como sabemos, consideraba que debía prestarse especial atención al modo en que el contexto legal prevaleciente tendía a limitar la introducción y el desarrollo de nuevas reformas (Alberdi, 1981). Este es, quizá, el elemento más preocupante en el proceso de creación o reforma de las constituciones en tiempos de crisis. En muchas de las IPDD examinadas, de hecho, hemos encontrado experiencias del siguiente tipo: i) surge una profunda crisis institucional; ii) la crisis desencadena iniciativas favorables a la adopción de reformas ambiciosas; iii) se ponen en marcha esas ambiciosas reformas; iv) la crisis vuelve a quedar lentamente bajo control; v) las autoridades establecidas (incluyendo a muchos de los que considerados responsables de la crisis) comienzan a obstaculizar o socavar las reformas que habían sido puestas en marcha luego del pico de crisis.

Por lo general, en América Latina, donde el marco institucional tiende a ser más frágil y la estructura de controles tiende a tener menos fuerza que en los países legalmente más "desarrollados", las autoridades de gobierno han tendido a beneficiarse de esas circunstancias cambiantes. En ciertas ocasiones han aprovechado esas oportunidades para garantizar que las reformas resulten inalcanzables (por ejemplo, impidiendo la aplicación de nuevas cláusulas constitucionales favorables a la participación política), y en otras han utilizado los impulsos reformistas en su propio beneficio (por ejemplo, expandiendo los poderes del Ejecutivo; reformando la Constitución para obtener una nueva posibilidad de reelección; etcétera).

### **Inclusión: Representación, "presencia", loterías**

Para examinar las IPDD desde la perspectiva de la democracia deliberativa, primero me centraré en el tema de la "inclusión política". De manera breve me detendré en preguntas como las siguientes: ¿Contribuyeron las IPDD a hacer que nuestras democracias sean más inclusivas? ¿Cómo? ¿De qué manera?

Lo primero que mencionaría es que la existencia misma de las IPDD sugiere la presencia de un problema serio de representación política, un problema de larga data, que adquiere especial relevancia en los procesos de elaboración constitucional. Permítanme presentar el problema de la siguiente manera. Desde los orígenes del constitucionalismo, tanto pensadores elitistas como democráticos—desde Edmund Burke hasta Thomas Jefferson—parecían estar de acuerdo, a pesar de sus diferencias, en la idea de que las Convenciones Constitucionales debían ser "plenamente representativas": ellas debían ser capaces de representar los diferentes puntos de vista existentes dentro de la sociedad. Tal vez, en los momentos fundacionales del constitucionalismo, el logro de ese objetivo no fue visto como imposible: si, como muchos parecían asumir, la sociedad estaba compuesta por pocos grupos internamente homogéneos, entonces, bastaba con incorporar a algunos miembros de cada grupo a la Convención para asegurar que toda la sociedad resultara representada al final (Gargarella, 1998). Razonablemente, podemos desacordar con dicho criterio pero, en cualquier caso, nuestra



preocupación aquí es diferente. Lo que nos interesa ahora es determinar cómo corresponde pensar sobre este problema en el momento actual. Más precisamente: ¿cómo podríamos asegurar una "representación plena" en el contexto de sociedades definidas por el "hecho del pluralismo" (es decir, en el contexto de sociedades con numerosos grupos internamente heterogéneos)? O, lo que es más importante para nuestros propósitos actuales: ¿qué nos dicen las IPDD (o nos podrían sugerir que hagamos) en cuestiones de representación política?

Al respecto sugeriría, en primer lugar, que las IPDD ayudan a reafirmar la importancia de un argumento bien conocido sobre la "presencia" política. El argumento dice que la "presencia real" de ciertos grupos en una Asamblea no garantiza la representación adecuada de las demandas de esos grupos, pero también que la "ausencia" de esos puntos de vista aumenta en gran medida las posibilidades de que esos intereses resulten desatendidos o tergiversados (Phillips, 1995; Kymlicka, 1995). En mi opinión, la experiencia comparativa presentada hasta aquí nos permite presentar el punto de un modo todavía más fuerte: las IPDD nos ayudan a reconocer que el "resultado" o el *output* de las Asambleas Constitucionales está fuertemente correlacionado con lo que "ingresa" en ella, es decir con los *inputs* que ella recibe. Al examinar la historia del constitucionalismo, uno podría reafirmar la importancia de esta observación. Por ejemplo, la Convención Constitucional Mexicana de 1917 fue una de las primeras en incluir una representación significativa de trabajadores entre sus miembros y, como era de esperar, también fue la primera en incluir una larga lista de derechos sociales en su texto. Más recientemente, las Convenciones Constitucionales de Bolivia (2006) o Ecuador (2007) incluyeron representantes de grupos aborígenes y, como se esperaba, produjeron documentos constitucionales que incorporaron las demandas de estos grupos. De manera similar, las IPDD sugieren que la inclusión de "ciudadanos comunes y corrientes" en los debates hizo posible discutir en público sobre cuestiones que las autoridades políticas tradicionales querían proteger del debate público (por ejemplo, el sistema electoral, el aborto, el matrimonio igualitario).

Otro hallazgo interesante que vale la pena mencionar se refiere al uso de "lote-rías" para la selección de representantes. En mi opinión, esta iniciativa particular

resultó enormemente exitosa, y exitosa en muchos aspectos diferentes. En general, cabe señalar que ni las autoridades públicas ni el público encontraron el uso de loterías en asuntos constitucionales, injustos o ineficientes. De hecho, algunas de las IPDD recibieron críticas importantes (por caso, la creación de asambleas muy numerosas; el diseño de asambleas de solo un día de duración), pero éste no fue el caso del uso de loterías. En particular, cuando tales loterías fueron refinadas con métodos destinados a tornarlas más sensibles a cuestiones de igualdad geográfica, de género o de raza, las loterías aparecieron como mecanismos indiscutiblemente justos y eficientes para la selección de representantes.

### **Deliberación antes, durante y después**

Permítanme ahora examinar las IPDD desde la perspectiva del otro pilar fundamental de una democracia dialógica, a saber, la promoción de la deliberación pública. En principio, afirmaré que la contribución de las IPDD a la causa de la deliberación pública ha sido extremadamente importante. Mi afirmación principal en el asunto sería la siguiente: cuando no están precedidas por procesos intensos de discusión pública, las consultas populares (referéndums, etc.) resultan poco atractivas, sino directamente inaceptables (Levy, 2018; Tierney, 2012; Suteu y Tierney, 2018).

En mi opinión, las IPDD, y en particular iniciativas como las de las asambleas de ciudadanos, representan la mayor contribución del constitucionalismo contemporáneo a la causa de la democracia deliberativa. Ellas han demostrado lo importante que es pensar, discutir y decidir colectivamente sobre temas públicos; y también han ayudado a mostrar que es posible tener una deliberación democrática profunda y ampliamente inclusiva aun en el contexto de democracias defectuosas y en crisis. El ejemplo irlandés, en particular, representa una excelente ilustración sobre cómo llevar a cabo esos procesos deliberativos, en situaciones políticamente muy complejas. Más específicamente, el caso irlandés deja ver que los mini-públicos pueden dotar de sentido, y enriquecer enormemente a las experiencias de democracia directa —experiencias que, en ausencia

de tal deliberación previa, carecerían de todo interés (Farrell *et al.*, 2019). Por estas razones, las diferencias entre el referéndum del Brexit, o el referéndum colombiano sobre el Proceso de Paz, con los dos referendos que siguieron a los Convenios irlandeses de 2012-14 y 2016-18, resultan extraordinarias, a favor de los procesos de discusión en Irlanda.

Permítanme decir algunas palabras más sobre el valor de los mini-públicos desde la perspectiva de la democracia deliberativa. Algunos defensores de la democracia deliberativa se han opuesto a los mini-públicos, afirmando que ellos pueden producir una "deliberación de élite". Por ejemplo, Cristina Lafont, es decir una de las autoras principales en el área de la democracia deliberativa, criticó el uso de los mini-públicos en virtud de tales razones. En su opinión, en el marco de los mini-públicos, las perspectivas de los participantes se transforman de tal manera que esas personas ya dejan de ser representativas de las opiniones de los no-participantes (Lafont, 2014, p. 40). Otros han afirmado que los mini-públicos son "instrumentos diseñados y controlados artificialmente", que pueden "contradecir potencialmente los aspectos críticos y emancipadores de la democracia deliberativa" (ver en Elstub y Pomatto, 2018, p. 309). No comparto completamente estas críticas y, como una manera de desafiarlas, presentaré a continuación una defensa inicial y provisional de los mini-públicos.

Para empezar, diría que las IPDD demostraron que los riesgos de generar una "deliberación de élite" pueden reducirse considerablemente si las asambleas se organizan de manera adecuada. Si los mini-públicos logran incluir una diversidad de puntos de vista (como generalmente lo han hecho) y son diseñados de manera favorable a la deliberación (como también ha sido el caso, con frecuencia), entonces –puede predecirse– ellos tenderán a trabajar en la dirección correcta, es decir, en la dirección de maximizar la imparcialidad (lo que generalmente ha sucedido). Por supuesto, puede darse el caso de que los resultados obtenidos después de los debates en el mini-público difieran de los que se hubieran obtenido a través de debates sociales abiertos, aunque esto sea difícil de probar. Sin embargo, lo que parece claro es que los mini-públicos ayudan a minimizar ciertos riesgos que son demasiado comunes en la política contemporánea, por ejemplo, el riesgo de tomar decisiones parciales o no neutrales

(un riesgo que aparece, por caso, cuando las élites tradicionales toman el control del proceso decisorio; cuando los grupos de presión logran que prevalezcan ciertos intereses particulares; etcétera).

Cuando los debates constitucionales (en mini-públicos) son precedidos y seguidos por debates públicos abiertos en toda la sociedad (como en los casos de Columbia Británica y Ontario), entonces –puede predecirse también– el riesgo de obtener una "deliberación de élite" disminuye. Más todavía, cuando los debates constitucionales (en mini-públicos) se nutren de la participación ciudadana (cuando los debates resultan *crowdsourced*, como en los casos de Islandia e Irlanda), entonces –también podemos predecirlo– el riesgo de generar debates alejados de los intereses de la ciudadanía también se reduce sustancialmente.

Puede resultar interesante, en este punto, contrastar lo dicho con lo que Jon Elster afirmara, en algunos de sus escritos más recientes sobre el tema. En diferentes lugares, Elster propuso un amplio debate *upstream*, es decir, previo a la elección de delegados; seguido de un debate cerrado y secreto entre los delegados; que luego concluya con un amplio debate posterior a la toma de decisiones en la Asamblea (*downstream*), por ejemplo, a través de la realización de un referéndum (Elster, 1995; Elster, 2012; Elster, 2018). Sin embargo, por razones como las antedichas, relacionadas con la importancia de la inclusión, el debate abierto, la transparencia, la necesidad de evitar la "deliberación de la élite"; etc., creo que los demócratas deliberativos deberíamos resistir una versión como ésta del proceso de elaboración de la Constitución (de manera similar, ver Landemore, 2014, p. 3).

¿Y qué decir del debate *downstream*, es decir, cómo evaluar la idea de someter las consideraciones de la Asamblea a un referéndum? Ya he expresado mi opinión sobre el tema en diferentes oportunidades, pero tal vez tenga sentido repetir algunas de esas consideraciones en este punto. Brevemente, mi reclamo sería el siguiente: la consulta pública que no esté precedida por un proceso de debate debe ser rechazada por razones democráticas. En contraste, una consulta pública

antecedida por un proceso de debate (digamos, por un mini-público) puede resultar, en principio, una buena idea. Esta última alternativa puede ser una forma interesante de expandir la base social de los mini-públicos (para hacerlos más inclusivos); y también una buena manera de fortalecer su carácter deliberativo (agregando así un nuevo obstáculo al riesgo de la "deliberación de la élite").

Sin embargo, todavía no estoy seguro del valor de tener plebiscitos en relación con asuntos públicos complejos y difíciles. Por ejemplo, ¿por qué sería una buena idea hacer que las personas voten por "sí" o "no" en relación con una Constitución compuesta de cientos de artículos, o un tratado de paz de cientos de páginas (incluso en el caso de que sean procesos precedidos por una amplia deliberación)? De esa manera, innecesariamente, tendemos a trivializar y simplificar en exceso preguntas fundamentalmente complejas. Además, de ese modo favorecemos interpretaciones manipuladoras de la elección y sus resultados (¿qué significa votar "sí" por una Constitución de 400 artículos? ¿Significa que las personas favorecen cada uno de esos artículos, por igual?). Más aún: de ese modo permitimos que las autoridades públicas utilicen los resultados del referéndum en formas que pueden ser incluso contrarias a las demandas más importantes de los votantes (tal vez, los ciudadanos votaron "sí" por un tratado de paz, porque definitivamente querían el fin de una guerra, sin embargo, y al mismo tiempo, hubieran querido rechazar enérgica y masivamente la estructura de castigos y recompensas ofrecidas por el tratado). Más aún: de esa manera inducimos a las personas a votar "sí" o "no" por razones completamente ajenas al tema en cuestión. Por ejemplo, uno podría explicar razonablemente el voto por "sí" en el referéndum Brexit, y el voto por "no" en el caso del Tratado de Paz de Colombia, por el mero deseo de la mayoría de castigar a las autoridades del caso (alguien podría argumentar, por ejemplo, que el Primer Ministro Cameron en Gran Bretaña y el Presidente Santos en Colombia promovieron dichas consultas populares, simplemente, como una forma de consolidar su propia situación de poder, y con independencia de su interés por el tema en juego). Dado este tipo de dificultades, se debe tener más cuidado al promover este tipo de consultas públicas en nombre de una deliberación inclusiva.

## ¿El fin o solo el principio?

Habiendo llegado a este punto, y antes de finalizar este estudio, me gustaría enfatizar que comparto el entusiasmo y las expectativas de muchos con respecto al tipo de innovaciones políticas exploradas en páginas anteriores. Sin embargo, al mismo tiempo quisiera llamar la atención acerca de los límites significativos (al menos de muchos) de estos logros, en todas partes y, particularmente en el contexto de democracias frágiles o defectuosas.

Permítanme ofrecer un ejemplo dramático de los problemas obvios en los que estoy pensando. El proceso constituyente ampliamente participativo (y también muy conflictivo) que se desarrolló en Ecuador, a comienzos del siglo XXI, concluyó con el dictado de la Constitución de 2008. Dicha Constitución se hizo mundialmente conocida, en particular, por una de sus cláusulas: el *sumak kawsay* o principio del "buen vivir". El *sumak kawsay* es un concepto retomado del conocimiento ancestral quechua, que "establece una visión del cosmos diferente de la visión occidental, y que surge de raíces comunales, no capitalistas" (Salazar, 2015, p. 26). Dicho principio se incorporó a la Constitución a partir de la iniciativa de grupos indígenas y representantes de dicha causa (por caso, el destacado ambientalista Alberto Acosta, quien presidió las sesiones de la Asamblea durante la mayor parte de su duración). Si la adopción de tal principio significaba algo, esto era una decisión firme de proteger la naturaleza, frente a los riesgos de una devastación capitalista. Sin embargo, poco después de la modificación de la Constitución, tanto el Congreso Nacional como la Corte Constitucional del país transformaron esos principios radicales en principios vacíos, al privilegiar interpretaciones constitucionales alternativas, que permitieron al gobierno llevar a cabo actividades de explotación con absoluta impunidad. Es decir, la cláusula más "revolucionaria" de todas las incorporadas en la Constitución, como resultado de la demanda directa de los grupos más desfavorecidos de la comunidad, resultó completamente subvertida tan pronto como se puso en marcha la nueva Constitución.

Al final, lo que enfrentamos aquí es una nueva instancia del viejo problema que preocupaba a Alberdi: ¿cómo es que el pasado puede limitar al presente?

El problema plantea importantes cuestiones que requieren ser abordadas con cierta urgencia, relacionadas con el contexto (legal, social, político y económico) dentro del cual van a insertarse las reformas deseadas. La cuestión es: al promover cambios constitucionales, debemos prestar especial atención a sus condiciones de aplicación. En particular: ¿quién quedará a cargo de poner en marcha estas reformas? ¿Quién es el que las hará cumplir? ¿Quién interpretará esos cambios (es decir, quién se encargará de interpretar el significado de "buena vida" o "matrimonio igualitario") ante conflictos particulares? (¿Acaso dicha interpretación quedará en manos de los mismos representantes de los viejos valores y prácticas tradicionales que esos cambios innovadores venían a desafiar?). Estas preguntas simplemente nos ayudan a subrayar que "grandes" reformas constitucionales como las aquí examinadas no pueden ni deben considerarse la "estación final" del constitucionalismo, sino solamente como el comienzo de una nueva serie de conflictos y debates, frente a los cuales debemos estar mejor preparados.

## Fuentes

Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires: Plus Ultra.

Arnold, T.; Farrell, D. y Suiter, J. (2018), "Lessons from a Hybrid Sortition Chamber: The 2012-14 Irish Constitutional Convention" (manuscrito inédito en manos del autor).

Bachtiger, A.; Dryzek, J.; Mansbridge, J. y Warren, M. (2018), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

De Jongh, M. (2013), "Group dynamics in the Citizens' Assembly on Electoral Reform", Dinamarca: Toptryk Grafisk, Gråsten.

Elster, J. (1995), "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke University School of Law*, (45) 1: 364-496.

Elster, J. (2000), *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press.

Elster, J. (2012), "The Optimal Design of a Constituent Assembly, en H. Landemore and J. Elster (eds), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press: 148-172.

Elster, J.; Gargarella, R. *et al.* (2018), *Constitutional Conventions*, Cambridge: Cambridge University Press.

Elstub, S. y Pomatto, G. (2018), "Mini-publics and deliberative constitutionalism," in R. Levy *et al.*, eds., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

Farrell, D. (2013), "The 2013 Irish Constitutional Convention: A bold step or a damp squib?", en J. O' Dowd y G. Ferrari, eds., *Comparative Reflections on 75 Years of the Irish Constitution*, Dublin: Clarus Press.

Farrell, D. ; Suiter, J.; Harris, C. (2019), "Systematizing constitutional deliberation: the 2016-18 citizens' assembly in Ireland", *Irish Political Studies* (34) 1: 113-123.

Farrell, D. ; O'Malley, E. y Suiter, J. (2013), "Deliberative Democracy in Action Irish-Style: The 2011 We The Citizens Pilot Citizens' Assembly," *Irish Political Studies* (28) 1: 99-113.

Ferejohn, J. (2008), "Conclusion: The Citizens' Assembly Model" en M. Warren & H. Pearse, eds. *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, R. (1998), "Full representation, deliberation, and impartiality", en J. Elster, ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press: 260-80.

Kymlicka, W. (1995), *Multicultural Citizenship*, Oxford: Clarendon Press.

Landemore, H. (2014), "Inclusive Constituion-Making, The Icelandic Example," *Journal of Political Philosophy*: 23-2.



Lessig, L. (14 de mayo, 2016), "On Iceland's Crowdsourced Constitution", *Medium, Equal Citizens*. En línea.

Levy, R. (2018), "The Elite Problem in Deliberative Constitutionalism," en R. Levy *et al.*, eds., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

Levy, R.; Kong, H.; Orr, G.; y King, J. (2018), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

Phillips, A. (1995), *The Politics of Presence*, Oxford: Oxford University Press.

Salazar, D. (2015), "My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador", *SELA*, Yale University.

Suteu, S. (2015), "Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland," *Boston College International and Comparative Law Review*, (38) 2: 251.

Suteu, S. y Tierney, S. (2018), "Squaring the Circle? Bringing Deliberation and Participation Together in Processes of Constitution-Making", en R. Levy *et al.*, eds., *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

Tierney, S. (2012), *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford: Oxford University Press.

Williams, G. (23 de mar. 1998), "The 1998 Constitutional Convention-First Impressions", Brief 11 1997-98. Parliament of Australia. Recuperado de: [https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/Publications\\_Archive/CIB/CIB9798/98cib11](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/Publications_Archive/CIB/CIB9798/98cib11)

Williams, G. (1998), "Australia's Constitutional Convention 1998," *Agenda* (5) 1: 97-109.



## El desencanto con la democracia y la importancia de los tribunales constitucionales\*

---

*The Disenchantment with Democracy  
and the Importance of  
Constitutional Courts*

LORENZO CÓRDOVA VIANELLO\*\*

### Resumen

Uno de los mayores problemas que enfrentan las democracias en la actualidad tiene que ver con el descontento con sus resultados y por las "promesas incumplidas" que se fincaron originalmente en dicha forma de gobierno. Han perdido credibilidad los partidos políticos y los parlamentos (los dos pilares democráticos por excelencia); se ha incrementado el descrédito de las instituciones públicas, y el surgimiento de liderazgos populistas está provocando cuestionamientos a los tradicionales mecanismos de control de poder. En este contexto es necesario reflexionar sobre las contribuciones de los tribunales constitucionales como salvaguardas de los sistemas democráticos.

---

\* Algunos de los planteamientos contenidos en este artículo fueron publicados en "La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales" en Astudillo y Córdova (2011, pp. 211-224).

\*\* El autor es Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctor en Teoría Política por la Universidad de Turín, Italia. Es Investigador nivel "B" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con licencia; profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM donde imparte las cátedras de "Teoría de la Constitución", "Derecho Constitucional" y "Derecho Electoral", y desde el 4 de abril de 2014 se desempeña como Consejero Presidente del Instituto Nacional Electoral. Email: lorenzo.cordova@ine.mx

**Palabras clave:** Democracia, tribunales constitucionales, populismo, control de constitucionalidad.

**Abstract**

One of the biggest problems facing democracies today has to do with dissatisfaction with their results and the ‘unfulfilled promises’ that were originally finalized in that form of government. Political parties and parliaments (two of their democratic pillars) have lost credibility; the discredit of public institutions has increased, and the emergence of populist leadership is raising questions to the traditional mechanisms of power control. In this context, it is necessary to reflect on the contributions of constitutional courts as safeguards of democratic systems.

**Keywords:** Democracy, constitutional courts, populism, control of constitutionality.

## 1. El desencanto con la democracia

En su mayoría, si no es que en todos los estudios sobre el estado de los sistemas democráticos revelan el desencanto de amplias franjas de ciudadanos con sus resultados. Es indudable que los logros en materia de procedimientos para darle igualdad al valor del sufragio y equidad a la disputa por los poderes públicos, han sido insuficientes para subsanar los grandes problemas estructurales de pobreza, desigualdad e injusticia que padecen las sociedades modernas.

Estudios de organismos internacionales como OXFAM, PNUD y la OCDE muestran que el mundo es más desigual hoy que hace un par de décadas. Por ejemplo, de acuerdo con datos de la confederación internacional OXFAM, los efectos de la concentración excesiva de la riqueza provocan que el 1% de la población más rica del planeta concentre más recursos que el resto de las personas en los cinco continentes (Esquivel, 2015). En el mismo sentido, el informe de la OCDE sobre la desigualdad de los ingresos difundido en noviembre de 2016, destaca que la desigualdad de los ingresos se mantiene en niveles récord en muchos países a pesar de la disminución del desempleo y de la mejora de las tasas de empleo en los últimos años, y que los hogares de mayores ingresos se beneficiaron más de la recuperación económica experimentada que aquellos hogares

con ingresos medios y bajos (Keeley, 2018). Más aún, los crecientes flujos migratorios internacionales, el surgimiento de partidos y candidatos antisistema, así como el ascenso al poder de gobernantes populistas que obtienen un amplio apoyo en las urnas, evidencian algunos de los grandes riesgos que enfrentan los sistemas democráticos en casi todas las regiones del mundo.

Entre la falta de resultados y los cuestionamientos al marco legal por parte de los gobernantes, en la actualidad la democracia se encuentra en los niveles más bajos de apreciación que ha tenido desde 1995, año en el que justamente iniciaron las mediciones justamente del *Latinobarómetro*. De acuerdo con la edición 2018 de ese estudio, la satisfacción promedio del continente con la democracia ha caído al 48%. Esto representa el porcentaje más bajo desde que se realizó la primera medición, cuando la percepción de satisfacción de la democracia se ubicó entonces en un 58%. Dicho de otra manera, hoy esta región del mundo refleja una satisfacción por la democracia menor de la que teníamos hace dos décadas.

Un dato que ayuda a entender lo que está sucediendo en nuestras democracias es el bajísimo nivel de confianza interpersonal, indicador que refleja los niveles de confianza entre las personas en su entorno, fuera del ámbito familiar. Este indicador en América Latina se ubica en un promedio de 14%, uno de los datos más bajos de los últimos 20 años. Esta situación nos coloca como la región con el índice de desconfianza más alto del mundo y refleja un significativo retroceso, ya que dicho nivel de confianza es inferior al que se tenía en 1995, cuando se encontraba en el 20% (*Latinobarómetro*, 2018).

Estos datos coinciden con los hallazgos del *Informe País sobre la Calidad de la Ciudadanía en México* (INE, 2015). En ese estudio, se menciona que el 72% de las personas consideran que no se puede confiar en la gran mayoría de la gente fuera del círculo familiar, y sólo el 17% considera que se puede confiar en los diputados y el 19% en los partidos políticos, instituciones, como se mencionaba, fundamentales de cualquier sistema democrático. Agrego un par de indicadores finales: el 66% de los mexicanos consideran que la ley se respeta poco o nada y para el 46% de la sociedad mexicana tener un gobierno no democrático sería

un aspecto irrelevante si ese gobierno le resuelve sus problemas. Éste es justo el mayor problema que enfrentan las democracias en el mundo: ante la insuficiencia de resultados para la sociedad resulta cada vez menos importante el carácter democrático o autoritario de un gobierno.

El hecho de que se hayan acentuado los problemas de corrupción, desigualdad, pobreza e impunidad que gravitan, si bien en diverso grado, en todas las democracias y que están presentes, en mayor o menor medida, en las diferentes dimensiones de la vida pública, pone en entredicho una y otra vez la viabilidad de las democracias constitucionales; ello con independencia de que éstas representen la expresión que mejor sintetiza la evolución del Estado moderno en los últimos tres siglos y que este tipo de gobierno sea el que más se haya difundido en todos los continentes del planeta.

El desencanto con la democracia es, por tanto, un fenómeno que caracteriza los tiempos actuales y tiene que ver tanto con los insuficientes resultados producidos por los gobiernos elegidos democráticamente, como con la forma en que han ejercido ese poder los grupos gobernantes. Dicho desencanto genera tensiones que, desde mi perspectiva, siempre deben dirimirse dentro de los rangos que establecen las leyes y los principios de un Estado constitucional democrático de derecho (es decir, con base en las "reglas del juego" del mismo). Para que todas las soluciones encuentren sustento en el derecho y en los límites que al ejercicio del poder establece la división de poderes, y el sistema de pesos y contrapesos que caracteriza a toda democracia constitucional.

El surgimiento de líderes demagógicos que acceden al poder con banderas "antisistema" podría poner en riesgo a las democracias constitucionales, cuando lo que plantean es un nuevo orden que reinvente las relaciones entre la sociedad y las instituciones del Estado, y ese "nuevo orden" suele derivar en fenómenos de concentración del poder que, por definición, desvirtúan la esencia del equilibrio de pesos y contrapesos de las democracias modernas.

De ahí que, en este texto, me propongo reflexionar sobre las bases de las democracias constitucionales, sus procedimientos, principios y la importancia de los

tribunales constitucionales para garantizar la constitucionalidad de los actos de las autoridades como la legalidad de las leyes.

## **2. Las democracias constitucionales y los procedimientos democráticos.**

### **Límites al ejercicio del poder en una democracia constitucional**

Las democracias constitucionales son formas de gobierno en las que el ejercicio del poder político está regulado y, por ende, limitado por los postulados del constitucionalismo moderno. La confluencia de ambas características (ser democrática y a la vez constitucional) en una forma de organización política específica es el resultado de una génesis histórica articulada tanto en el plano de las ideas políticas, como en el plano de las instituciones político-constitucionales. En ello, las luchas por la democracia y por el Estado constitucional coincidieron temporalmente en el combate del absolutismo monárquico y, aunque fueron distintas en sus inicios, gradualmente se entrelazaron y conjugaron de manera intensa y tendencialmente indisoluble.

Es importante subrayar que, al menos desde un plano conceptual, la existencia de una democracia como forma de gobierno no necesariamente supone la presencia de un Estado constitucional; ni un Estado constitucional implica, indefectiblemente, que el ejercicio de un poder político limitado sólo pueda ocurrir en el contexto de una forma democrática.

En abstracto es posible imaginarse a democracias en las que no se prevén límites al ejercicio del poder, como es el caso del modelo democrático elaborado por Juan Jacobo Rousseau, en el que el pueblo es el titular del poder político, soberano y, por definición, absoluto (esto es, ilimitado). O bien, por otro lado, puede pensarse en Estados constitucionales en donde la forma de gobierno no necesariamente sea democrática, como el Estado protoliberal inglés del siglo XVII, en cual la participación política estaba reservada sólo a una pequeña parte de la población (aquella que tenía propiedades); o bien, en el modelo de la monarquía

considerada por tanto John Locke y Montesquieu como la forma de gobierno más idónea.

Una de las más importantes aportaciones del constitucionalismo norteamericano, y del francés sucedido poco después, fue la de lograr conjuntar el emblemático principio democrático de la soberanía popular con la idea de un gobierno sometido a la ley (y acotado por ésta), y, sobre todo, al poder de la Constitución. Esta concepción consideraba que el gobierno para su ejercicio debía dividirse entre varios poderes que se equilibraran, frenaran y controlaran entre sí y que, además, estaba limitado en primera instancia, por el reconocimiento de una serie de derechos y libertades individuales.

Lo anterior fue logrado con la separación y distinción de dos momentos. Uno originario del Estado, en el cual el pueblo (*the people*, al que alude la Constitución norteamericana de 1787 en su Prefacio) se convierte en constituyente y en donde la soberanía que detenta se despliega plenamente para instituir un gobierno con determinadas características que son decididas sin ningún tipo de límite por el propio pueblo. El segundo momento, posterior a la constitución del Estado, que resultó del ejercicio de la voluntad emitida por la soberanía popular, e impuso el establecimiento de un conjunto de poderes públicos que actúan conforme a ciertas reglas y mediante una serie de controles y límites definidos en el acto constituyente mismo (y plasmados, en consecuencia, en la Constitución).

Sin embargo, aunque la experiencia constitucional de los Estados Unidos marcó originalmente la ruta, pervive el hecho de que las democracias constitucionales son regímenes políticos en los que está presente una tensión intrínseca entre los dos conceptos que la integran. Por un lado, el carácter democrático del sistema político y, por el otro, el carácter constitucional que recoge los postulados del constitucionalismo moderno (Salazar, 2006). En este sentido, que un Estado asuma una forma de gobierno democrática significa que existe una serie de pasos y reglas determinadas para la toma de las decisiones colectivas.

Para Norberto Bobbio, las reglas universales de procedimiento que definen a una democracia, y que la distinguen de las formas de gobierno autocráticas, se



resumen en lo que él ha llamado los "universales procedimentales" (1999, p. 380), y se sintetizan en los siguientes seis postulados:

1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica y de sexo, deben gozar de derechos políticos (o, si se quiere, derechos de participación política). Esto es, se requiere una condición de *igualdad como inclusión* de los gobernados dentro del estatus de ciudadano y, por ende, del estatus del que depende la titularidad de los derechos políticos fundamentales.
2. El voto de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás. Esto significa, una condición de *igualdad como equidad* que supone la misma capacidad de incidir en la toma de las decisiones, ya sea a través de una participación directa o mediante la elección de representantes.
3. Todos aquellos que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres de votar según su propia opinión; la cual debe haberse formado a partir de una libre selección entre diversos grupos políticos organizados que concurren entre sí. Esta premisa implica una condición de *libertad subjetiva* entendida como autonomía individual; es decir, que la voluntad de cada individuo debe haberse formado libremente, sin interferencias, coacciones o impedimentos.
4. Los ciudadanos deben ser libres también; deben estar en una situación en la que puedan escoger entre opciones diversas. Ello supone una condición de *libertad objetiva*, que se traduce en la existencia de alternativas políticas hacia las cuales inclinar su voluntad.
5. Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica. Esto implica la presencia de una *regla técnica* para decidir, que permita que la voluntad de la mayoría prevalezca por encima de la(s) minoría(s); que maximice la libertad garantizando que el mayor número de gobernados se encuentre en esa situación de poder decidir, y, sin embargo,
6. Que ninguna decisión tomada por mayoría pueda limitar los derechos de las minorías, en primer lugar el de poder eventualmente convertirse

en mayoría en paridad de condiciones.<sup>1</sup> Esta última regla expresa una serie de condicionamientos a la decisión democrática que, sin importar el grado de consensos que alcance, debe ser acotada por una serie de derechos y contenidos normativos predeterminados que anulen la posibilidad de un ejercicio tiránico del poder por parte de la mayoría.<sup>2</sup>

Estas seis reglas procedimentales de Bobbio expresan las dimensiones reconocidas y protegidas como pilares conceptuales del régimen democrático, los valores de igualdad y de libertad tanto en el plano de la inclusión (igualdad) de los gobernados en los procedimientos de toma de las decisiones colectivas, como en el plano del modo (libre) en el que dicha inclusión ocurre. Con ello, Bobbio retoma la idea de democracia que Hans Kelsen había formulado (Kelsen, 1988, p. 337), en el sentido de que, los regímenes democráticos se distinguen de las autocracias por ser formas de gobierno en las que los destinatarios de las normas (de las decisiones colectivas) participan (es decir, son incluidos) en los procedimientos de creación de dichas normas.

En ese sentido, siguiendo las ideas de Kelsen y Bobbio, "en cuanto tal, la democracia se diferencia de su forma de gobierno opuesta, la autocracia, por la libertad política (entendida como *autonomía*) que goza cada uno de los individuos que están sometidos a un gobierno, libertad que está determinada por su participación que en el procedimiento de toma de las decisiones." (Córdova, en Valadés, 2005, p. 102). Una participación que puede ocurrir de manera inmediata y directa en el momento de adopción de la decisión colectiva en cuanto tal, como ocurre en los casos en los que estamos ante formas de *democracia directa*, o bien de manera mediada o indirecta, es decir, a través de representantes electos por los gobernados que actúan por ellos en el momento decisorio, como sucede en las formas de *democracia representativa*.

---

<sup>1</sup> La categorización de cada una de los universales procedimentales de Bobbio, ha sido sugerida por Michelangelo Bovero (2010).

<sup>2</sup> La "omnipotencia de la mayoría" como uno de los riesgos intrínsecos de la lógica democrática y que desnaturaría a la misma democracia ya había sido advertida desde la primera mitad del siglo XVIII por Alexis de Tocqueville (1967, p. 257).

De esta manera,

en la democracia los gobernados son libres (autónomos) en la medida en la que forman parte de la pirámide decisional del Estado y por lo tanto participan directamente o indirectamente en la formación de la voluntad colectiva. Por el contrario, la autocracia parte de la imposición de las decisiones por parte del titular del poder, excluyendo y, por lo tanto, colocando en una situación de no-libertad (heteronomía) a los gobernados. (Córdova, en Valadés, 2005, p. 102).

Y esta condición, desde el ángulo de la estructura de una democracia constitucional, supone que el poder del Estado está acotado, por la Constitución y los principios y derechos que se desprenden de la misma.

La autonomía que caracteriza a las democracias presupone que la voluntad de los gobernados coincida, en la mayor medida posible, con los mandatos contenidos en las decisiones políticas que los vinculan. Para ello, la democracia parte de la inclusión de los gobernados en el procedimiento de toma de las decisiones públicas. De ahí que se diga que las democracias se basan en la autodeterminación colectiva.

El principio democrático implica, por tanto, que las decisiones democráticas son tales en la medida en la que resultan de un procedimiento incluyente en donde todos los ciudadanos tienen, directamente o a través de sus representantes, la posibilidad de incidir en el sentido de las decisiones colectivas y, con ello, intentar plasmar su voluntad en las normas emitidas por el poder y que los vinculan políticamente. De esta manera, gracias a esa participación inclusiva, se pretende que las decisiones reflejen la voluntad y el sentir de la mayoría de los gobernados con independencia del carácter vinculante (heterónimo) que distingue a las decisiones públicas. En ello radica el elemento distintivo de las democracias que, según Bobbio, consiste en que las decisiones colectivas sean adoptadas por el máximo de consenso y el mínimo de imposición por los destinatarios de las normas; dicho de otra manera, la actuación del "mayor grado posible de libertad individuo, es decir, la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación compatible con la existencia de un orden social." (Kelsen, 1988, p. 340).

En síntesis, en las democracias, las decisiones colectivas son el resultado de un procedimiento en el que el órgano creador de las mismas (el órgano legislativo, en primerísima instancia) o bien coincide con el conjunto de los destinatarios de dichas decisiones (el conjunto de ciudadanos al que identificamos como "pueblo"), en caso de que estemos ante formas directas de democracia; o bien se integra por un conjunto de representantes de aquellos que reflejan en su proporción las distintas voluntades relevantes que están presentes en la sociedad y actúan en nombre y representación de éstas, cuando estamos ante formas de democracia representativa (Bobbio, 1999, p. 370 y ss.). Así, a partir del principio de autodeterminación colectiva que distingue a la democracia como forma de gobierno, las decisiones colectivas responden directa o indirectamente, al menos hipotéticamente, al sentir político de la mayoría de los ciudadanos.

### **3. Dos enfoques en el control de la constitucionalidad**

He señalado que la conjunción de la democracia y el constitucionalismo moderno fue un proceso histórico, en el que la "lucha por la democracia" y la "lucha por el Estado constitucional" dieron lugar a una forma de gobierno en la que el poder político está regulado y limitado mediante instrumentos de control jurisdiccional.

Entre los enfoques conocidos para garantizar la constitucionalidad de las decisiones destacan el control difuso, que se expresa en el sistema norteamericano de justicia, y el control centralizado propuesto por Kelsen; quien plantea que la garantía de constitucionalidad de los actos y de las leyes sólo puede recaer en un tribunal que está al margen de las diferencias que generan la política y el ejercicio del poder.

De ahí, la conjunción que lograron los llamados "padres fundadores" de los Estados Unidos entre el principio democrático de la soberanía popular con la idea de un gobierno dividido en poderes, sometido a una Constitución y a las leyes que de ella se derivan. Sin embargo, para que este modelo lograra la estabilidad necesaria que garantizara su permanencia, fue necesario crear un me-

canismo que limitara la acción de los gobernantes electos por el pueblo a los principios expresados en el texto constitucional.

La solución encontrada por el constitucionalismo norteamericano fue la creación de lo que hoy denominamos un mecanismo difuso de control constitucional. Es decir, un mecanismo que validara las leyes y los actos de gobierno con los principios establecidos en la Constitución, concediendo a todos los jueces la capacidad de resolver sobre la constitucionalidad de las normas y de decidir, en consecuencia, si aplicarlas o no.

Como observaron claramente los autores de la Constitución norteamericana y que un siglo y medio más tarde Kelsen explicaría con precisión, la Constitución determina los principios a los cuales deben ajustarse las leyes, por lo que la validez de las normas que componen un ordenamiento determinado se sustentan en los procedimientos y, en su caso, en los contenidos establecidos en ella. Por esta razón, la llamada "garantía de la Constitución" es el mecanismo mediante el cual un poder del Estado –el Poder Judicial– verifica la correspondencia entre las leyes y la Constitución, e indirectamente, de todas las normas inferiores a ella, con el fin de mantener la coherencia formal y sustancial del ordenamiento jurídico en su conjunto, anulando, para ello, todas las normas y actos juzgados como inconstitucionales.

La finalidad de este control jurisdiccional de constitucionalidad es garantizar que todas las normas de un ordenamiento jurídico se relacionen entre sí de forma coherente, pues debe existir un órgano cuya tarea específica sea verificar que toda legislación y toda la producción normativa al interior de dicho ordenamiento sea acorde a las disposiciones constitucionales en dos aspectos: el formal y el material. Es decir, cualquier acto de creación normativa debe seguir los procedimientos y reglas establecidos en la Constitución (en última instancia) y, además, su contenido debe apegarse a lo establecido en la norma fundamental.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Una reflexión amplia de este fenómeno jurídico puede verse en Lorenzo Córdova (2009).

La idea kelseniana de un control jurisdiccional de dicha garantía de coherencia normativa con la Constitución busca que la facultad de anular normas o actos inconstitucionales recaiga en un órgano que no participe de la tarea legislativa o gubernamental, de tal modo que ninguna autoridad estatal pueda ser juez y parte en la resolución sobre la validez de sus decisiones. Al respecto, vale la pena recordar que la función fundamental de toda Constitución es establecer límites al ejercicio del poder. Por lo tanto, los poderes ejecutivo y legislativo y sus actos son sobre los que, primordialmente, debe ejercerse la revisión y, por lo tanto, son precisamente estos los que no deben ser responsables de calificar la constitucionalidad o legalidad de sus propias determinaciones.

Es importante señalar que la propuesta de Kelsen es fundamentalmente diferente del control jurisdiccional de constitucionalidad que prevalece en el sistema estadounidense. El control difuso que describo líneas arriba tiene como principal efecto que todos los jueces, independientemente de su jerarquía, pueden determinar si una norma es acorde con lo dispuesto en la Constitución y decidir sobre su aplicación en un caso concreto. Esto, en un sistema que otorga a los precedentes un efecto casi vinculante sobre la resolución de los casos futuros, bajo la lógica del *stare decisis* es suficiente para generar una virtual nulidad de una norma previamente considerada como inconstitucional.

Por el contrario, en el contexto europeo, el control centralizado en un tribunal constitucional especializado, denominado por Kelsen como "órgano supremo central" (1988, p. 166), puede resolver al respecto pero, por tratarse de una corte de jerarquía superior, su determinación sería suficiente para tener el efecto de anulación en todo el sistema de una norma juzgada inconstitucional y que es la consecuencia del tipo de control constitucional conocido como "control abstracto" (que conlleva la "expulsión" del orden jurídico de la norma contraria a la Constitución).

El hecho de que un Tribunal resuelva sobre la constitucionalidad no sólo resuelve el problema práctico de garantizar que el ordenamiento jurídico mantenga su coherencia y consistencia internas, sino que también refuerza el principio de división de poderes y constituye un mecanismo adicional de balance entre

los órganos del Estado. Esta configuración es un reflejo de la concepción constitucional de Estado que caracteriza a Kelsen, en el sentido de que debe haber una búsqueda permanente de equilibrio entre los poderes para evitar lesionar los derechos reconocidos por la Constitución. Es decir, el objetivo de todo Estado constitucional debe ser proteger a las minorías frente a eventuales abusos de las mayorías y el control jurisdiccional de la Constitución es, para Kelsen, la vía idónea para lograrlo.

En este punto, queda claro que, desde la perspectiva kelseniana, la garantía de la Constitución es una función política y no sólo jurisdiccional, pues la legitimidad de los actos y decisiones de las autoridades depende de su concordancia con las leyes y éstas, a su vez, son producto de la lucha por el poder político mediante principios y reglas comunes a todos. Y es precisamente por este hecho que el control de constitucionalidad debe ser facultad de un tribunal constituido ex profeso para ello, y que sea ajeno a los eventuales conflictos e intereses políticos que se manifiestan en el seno del gobierno y del parlamento.

#### **4. Aspectos de la polémica Kelsen-Schmitt sobre el control de la constitucionalidad**

Las modernas cortes constitucionales con su conformación y el alcance de sus decisiones son, desde su nacimiento, un elemento central de la lucha entre autoritarismo y democracia, como lo demuestra el debate sostenido al respecto entre el propio Kelsen y Carl Schmitt, el cual, a casi cien años desde su desarrollo, no deja de tener implicaciones y enseñanzas para nosotros.

A diferencia de Kelsen, para Schmitt la Constitución no es una norma (o en su caso, un conjunto de normas) que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino la expresión de la unidad de un pueblo que "adquiere conciencia de su existencia colectiva" (1984, p. 38);<sup>4</sup> por

---

<sup>4</sup> El significado que Schmitt le da a la idea de Constitución, entendida como la "decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo", es el resultado de su concepción organicista de la

lo que la salvaguarda de la Constitución no significa garantizar la concordancia de las normas con ésta, sino proteger la unidad y, con ello, la existencia política de un pueblo.

La garantía de la Constitución en la propuesta de Schmitt consiste en la protección de la unidad del pueblo en contra de quienes rompan la unidad del Estado, por lo que, la defensa de la constitucionalidad consiste en limitar los intereses privados y garantizar la integridad y la homogeneidad de la nación; tarea que no puede realizar el poder legislativo por estar sometido a las presiones e intereses de diferentes grupos o facciones, pero tampoco de una corte, pues el poder judicial no puede ser un instrumento adecuado para cumplir con una tarea que es fundamentalmente "política", lo que obliga a que sea el gobierno y, con más precisión, el jefe de Estado, quien realice esta función.

En otras palabras, para que sea efectivo el control constitucional, y la unidad estatal no se disuelva en una correlación plural de fuerzas sociales, es necesario un poder capaz de situarse por encima de los intereses de grupos y partidos. Dicha tarea debe atribuirse a un jefe —el Presidente— elegido directamente por el pueblo y verdadero representante de la unidad nacional, capaz de expresar la voluntad general de ese pueblo —en el sentido que Rousseau le da a este concepto— y, por lo mismo, de guiarlo políticamente; de tal suerte que la función de garantizar la constitucionalidad se funde en el máximo líder, quien distingue entre el amigo y el enemigo y "salva", mediante su acción y su fuerza, al pueblo de sus contrarios.

---

sociedad. La Constitución no es para este autor una norma (o, en su caso, un conjunto de normas), que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que "adquiere conciencia de su existencia colectiva". En consecuencia, custodiar a la Constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la "constitucionalidad de las normas", sino, por el contrario, *proteger la unidad y, por ello, la existencia política de un pueblo*. Esta particular concepción revela, una vez más, el profundo rechazo que Schmitt le profesa a las concepciones normativistas. Los conceptos schmittianos del derecho, en general, y de Constitución, en particular, rebasan el ámbito normativo y asumen connotaciones existenciales. Para Schmitt, la Constitución existe más allá de las normas positivas, desde el momento en que representa la manifestación de la unidad de un pueblo, la cual debe poder existir y por ello ser protegida incluso en las situaciones excepcionales en las cuales las normas dejan de tener eficacia. Véase Córdova Vianello (2006).



Sin embargo, para Kelsen, presentar al Presidente como el poder neutral que expresa la voluntad unitaria el pueblo es una ficción que no toma en cuenta el hecho de que, en realidad, esa elección se produce a través del mecanismo de la votación secreta o individual y no mediante una aclamación espontánea. No hay que olvidar que el Presidente es elegido por una mayoría (y en ocasiones, hasta por una minoría) de los electores que están en "lucha" con otros grupos de electores; por lo que, ver en la designación electoral del Presidente la manifestación de la voluntad del pueblo entero y, más aún, presentar las decisiones de éste como la expresión concreta de esa voluntad unitaria, significa simplemente cerrar los ojos frente a una realidad existente, en donde el pluralismo y la diversidad política que caracteriza a una sociedad dada se expresan en su complejidad y se recrean periódicamente en las urnas.

Por estas razones es claro que los dos mecanismos de control de constitucionalidad propuestos por Hans Kelsen y por Carl Schmitt, respectivamente, son el resultado coherente de dos concepciones totalmente opuestas del Estado, de la democracia e incluso de la política. En efecto, la idea schmittiana de la Constitución como la expresión política de la unidad del pueblo se sustenta en el principio de que el pueblo no es una mera suma de individuos, sino un sujeto colectivo unido por vínculos de afinidad que le permiten identificarse y diferenciarse de otros pueblos; de tal suerte que, la política es diferenciación frente a los otros y el combate a los contrarios, a diferencia de Kelsen, quien la concibe como la constante búsqueda de la convivencia pacífica de individuos (o grupos de individuos) libres y diferentes a través de las normas jurídicas.

## **5. Importancia de los tribunales constitucionales para salvaguardar la democracia en tiempos de descontento**

Una "democracia-constitucional" supone, como señalábamos, no sólo que un régimen político sea democrático (en el sentido antes apuntado), sino que también sea un "Estado constitucional". Y un Estado constitucional supone, por su lado, la conjugación de una serie de técnicas de control del poder encaminadas a la regulación y, por ello, limitación del mismo para evitar abusos en su

ejercicio. Para decirlo en palabras de Luigi Ferrajoli, "la construcción jurídica de la democracia constitucional es, ante todo, la construcción del sistema de sus garantías." (2007, p. 87).

El Estado constitucional se ha delineado a partir del respeto y actuación de seis principios básicos que se fueron consolidando a lo largo de tres siglos de evolución del constitucionalismo y que constituyen postulados concurrentes de limitación del poder.

Y son justamente esos principios los que me ayudan a fundamentar la postura respecto de que, más allá de todas las insuficiencias o deficiencias de los gobiernos democráticos, la división de poderes y el fortalecimiento de los tribunales constitucionales son la mejor garantía de que el poder obtenido en las urnas se ejerza democráticamente y dentro de los límites establecidos por la Constitución.

En ese sentido, a los seis principios del constitucionalismo moderno, que señalo a continuación, los consigno con un verbo para que sean leídos como las razones por las cuales los Tribunales constitucionales deben apuntalarse y defenderse, si queremos consolidar los sistemas democráticos en el futuro, en un escenario de elevado descontento con las instituciones de la democracia, como el que apuntaba al inicio de este texto:

1. *Garantizar la inviolabilidad de los derechos fundamentales como límite al poder del Estado.* Reconocer este límite permite preservar la convivencia pacífica, procesar y resolver los conflictos que pueden presentarse entre los miembros de la comunidad, así como para garantizar el respeto y protección de los derechos de los que cada individuo es titular.
2. *Mantener la división de poderes como principio de organización del poder del Estado.* La idea de división de poderes, que distingue entre sí a las funciones estatales legislativa, ejecutiva y judicial, se funda en el reconocimiento de dos principios, el *de legalidad* y el *de imparcialidad*. El primero de ellos, basado en la distinción de las "funciones", significa la

dependencia de las funciones ejecutiva y judicial de la legislativa. El segundo, basado en la distinción de los "órganos", significa la independencia del órgano judicial frente a las instancias legislativas y ejecutivas (Bobbio, 2004, pp. 136-137).

Dicho de otra manera, ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo deben de intervenir en las atribuciones del otro y menos aún, en las atribuciones del Poder Legislativo, en el cual, la cúspide la representan los tribunales constitucionales. Esta delimitación del poder del Estado implica que existen dos formas clásicas de limitación del poder político; por un lado, mediante el reconocimiento de ciertos derechos como una frontera material y, por otro lado, a través de la separación de las funciones del poder estatal, como una frontera formal del ejercicio de las potestades públicas, asumiendo que el mejor modo de organización del Estado es aquél en donde las distintas funciones estatales a esta idea son ejercidas por órganos diversos.

3. *Subrayar el principio de legalidad en todas las decisiones.* Este principio presupone que es lícito (en el sentido que le dio Montesquieu) únicamente aquel poder que es ejercido de conformidad con las leyes establecidas. Este principio, entendido como límite a la actuación del poder público prevé que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente facultado por las normas y que, en cuanto tal, el único poder reconocido como válido es aquel que funda su actuación en la premisa de la autorización por parte de una norma jurídica.
4. *Mantener el principio de supremacía constitucional.* La concepción del sistema jurídico que asume el constitucionalismo supone la existencia de una jerarquía jurídica en donde la validez de una norma depende de que haya sido producida conforme a los mecanismos de creación normativa preestablecidos por el propio ordenamiento, por un lado, pero también que sus contenidos no contravengan a aquéllos de las normas jerárquicamente superiores.
5. *Defender el principio de rigidez constitucional.* Esto supone que la norma constitucional sólo debe ser reformada por los poderes constituidos y expresamente facultados para tal efecto. El principio de rigidez de la

Constitución se convierte en un límite para la actuación legislativa de las mayorías políticas ordinarias, ya que éstas no pueden intervenir en la Constitución, salvo condiciones y procedimientos especiales para evitar que la Constitución quede a expensas de las cambiantes orientaciones políticas que se generan en una democracia auténtica, que por definición es plural y equitativa.

6. *Preservar el principio de control de constitucionalidad.* Como consecuencia de los principios de supremacía y de rigidez constitucional, el constitucionalismo ha convenido la necesidad de contar con algún mecanismo de garantía que permita preservar tales principios frente a la posibilidad de que los órganos constituidos emitan alguna norma sin seguir las reglas y postulados que para la creación de normas establece la Constitución. Esos mecanismos de garantía buscan proteger la supremacía constitucional determinando la eventual falta de congruencia de las normas inferiores y determinando su no aplicación cuando no su expulsión (vista la invalidez que se deriva de su contravención con los procedimientos o contenidos constitucionales) del ordenamiento jurídico. Ese mecanismo de control de la congruencia del sistema normativo jurídico con los derechos, normas y principios reconocidos y establecidos por la Constitución es, como ya señalé en este texto, lo que se conoce como "control de constitucionalidad".

Probablemente el mayor desafío que enfrentarán las democracias en los próximos años tenga que ver con el descontento que han generado las expectativas incumplidas de la democracia. Dicho descontento ha dado lugar a diversos fenómenos de desafección, a una baja valoración de los partidos y legisladores e incluso a ciertos niveles de desprecio o incluso desconfianzas por las instituciones creadas como resultado de los procesos de democratización o bien de consolidación democrática que caracterizaron a la segunda mitad del siglo pasado. La crisis de los sistemas de partidos, así como el creciente surgimiento de fuertes liderazgos populistas que recogen, de una u otra forma, los planteamientos políticos y jurídicos de Schmitt, que desafían nuestra actual institucionalidad democrática, son fenómenos que representan un delicado y en

muchos sentidos un reto vital para la institucionalidad democrática. Y si la capacidad de actuación de los Estados constitucionales democráticos de derecho radica en la capacidad que tienen de satisfacer derechos los derechos y las expectativas de bienestar que demandan sus respectivas sociedades, las perspectivas de una eventual recesión o bien de un estancamiento de las economías en el mundo se convierten en una expectativa de malos vientos que ensombrece a nuestras democracias.

Por ello, para evitar cualquier regresión democrática, sostengo que lo mejor que podemos hacer quienes estamos convencidos que la mejor forma de gobierno que ha ideado la humanidad es la democracia, es reforzar la garantía y protección de los derechos y libertades, defender la división de poderes y, especialmente, resguardar la autonomía de los tribunales constitucionales.

Concluyo citando una de las primeras bases del control de constitucionalidad, generada por el constitucionalismo estadounidense en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. La sentencia elaborada por el juez Marshall no deja lugar a dudas del sentido del control de las leyes conocido como *judicial review* cuando señala:

O la Constitución es una ley superior o suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Legislativo le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Por ello, sin importar el sentido en el que soplen los vientos de eventuales mayorías, incluso respaldadas con un incuestionable sustento popular expresado en las urnas, la tarea –vital como nunca en los tiempos que corren– de los tribunales constitucionales de resguardar la supremacía y vigencia del orden constitucional se convierte hoy, sin medias tintas, en una defensa de la democracia y del Estado constitucional de derecho.

## Fuentes

Astudillo, C. y Córdova Vianello, L. (2011), *Reforma y control de la Constitución*, México, IJ-UNAM, 2011.

Bobbio, N. (1999). *Teoria generale della politica*. Turín, Einaudi.

Bobbio, N. (2004). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, FCE.

Bovero, M. (2010). "La democracia y sus condiciones", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 60, núm. 253.

Córdova Vianello, L. (2005). "Repensar la gobernabilidad de las democracias", en Valadés, Diego (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, UNAM.

Córdova Vianello, L. (2006). "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15.

Córdova Vianello, L. (2009). *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México, FCE, 2009.

Esquivel, G. (2015). *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*. México, OXFAM.

Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: Teoria del diritto e dalla democrazia*, t. II. Roma-Bari, Editori Laterza.

Keeley, B. (2008). *Desigualdad e ingresos. La brecha entre ricos y pobres*. OCDE, UNAM/IEE.

Kelsen, H. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM.

Salazar, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, FCE.

Tocqueville, A. de (1967). *La democracia en América*. México, FCE.

Schmitt, C. (1984). *Dottrina della costituzione*, Milán, Giuffrè.

## Otros

INE (2015). *Informe País sobre la Calidad de la Ciudadanía en México*, México, INE.

Latinobarómetro (2018). *Informe 2018*. Santiago de Chile, Corporación Latino-barómetro.





---

# TRAYECTORIAS CONSTITUCIONALES

---



## La Suprema Corte en el tiempo de la justicia social

---

*The Supreme Court in the time of social justice*

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA \*

### Resumen

La Suprema Corte mexicana ha desempeñado funciones esenciales para la vida democrática de nuestro país de acuerdo con las demandas y necesidades de cada momento histórico. Mediante el desarrollo expansivo de los derechos humanos, y la defensa del federalismo y de la división de poderes, la Corte se ha convertido en una institución clave para el Estado de derecho. ¿Cómo llegamos hasta aquí y qué desafíos tenemos por delante? En este artículo presento una reflexión histórica sobre la vida institucional de la Corte con énfasis en las exigencias de cada momento, los avances logrados y las tareas pendientes. La primera parte aborda (1) el régimen autoritario; (2) el control constitucional del conflicto político; y (3) la protección sustantiva de los derechos humanos, lo que permite reconstruir la imagen contemporánea de nuestro Tribunal Constitucional. Argumento que esta imagen conduce a una pregunta urgente: ¿qué hace falta para que la Corte realice plenamente los valores que le impone la Constitución y continúe avanzando por su senda progresista, democrática y transformadora? Esto conduce a una nueva etapa en la vida institucional de la Corte: el tiempo de la justicia social. Construyendo sobre la base del desarrollo institucional alcanzado hasta

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

este momento y a la luz de la propuesta normativa del constitucionalismo transformador, argumento que en este punto corresponde a la Corte ser un auténtico motor de cambio social, especialmente para los grupos más vulnerables y olvidados de la sociedad mexicana.

**Palabras clave:** cambio constitucional, Suprema Corte, justicia constitucional, derechos humanos, constitucionalismo transformador, justicia social.

### **Abstract**

The Mexican Supreme Court has played an essential role for the democratic life of our nation. The Court has been generally responsive to the demands presented in different times of our history. Through the expansive interpretation of human rights and defending both federalism and the separation of powers, the Court has consolidated itself as a key institution for governance and the Rule of Law. How did we get here and what are the challenges ahead of us? This paper presents a historical reflection on the Court's institutional life, underlining the demands of different stages, the Court's achievements and its unresolved tasks. The first part addresses (1) the authoritarian regime, (2) the constitutional review of political conflict; and (3) the substantive protection of human rights. This enables me to reconstruct the contemporary image of our Constitutional Court. I argue that this picture leads us to address a pressing question: what must the Court do to fully achieve its mission of developing the values of the Constitution and continue advancing on its progressive, democratic and transformative path? This question leads to the inauguration of a new stage for the Court: the age of social justice. Building on the basis of our previous institutional achievements and drawing from the normative theory of transformative constitutionalism, I argue that it is time for the Court to consolidate itself as a driving force for social change, especially focused on the most vulnerable and neglected members of our society.

**Keywords:** constitutional change, Supreme Court, constitutional adjudication, human rights, transformative constitutionalism, social justice.

## **Introducción**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desempeñado funciones esenciales para la vida democrática de nuestro país de acuerdo con las demandas y necesidades de cada momento de su historia. A lo largo de los últimos veinticinco años, la Suprema Corte se ha ido consolidando como un auténtico tribunal

constitucional, y ha contribuido a transitar de un régimen autoritario a una democracia constitucional.

La Corte ha sido sobre todo un contrapeso real a la acumulación indebida del poder, ha privilegiado el pluralismo y la deliberación democrática, ha sido un factor de fortalecimiento de otras instituciones y ha afianzado la protección de un amplio abanico de derechos humanos. Mediante la construcción de una nueva cultura constitucional a través de la defensa del federalismo y la división de poderes, y la ampliación constante de los derechos, la Corte se ha convertido en una institución clave para el Estado de derecho.

Con todo, la construcción de ese legado no ha sido tarea sencilla. Como todas las grandes instituciones del mundo, la Suprema Corte ha tenido que construir su legitimidad en el tiempo, enfrentando desafíos, aprovechando oportunidades y centrando sus esfuerzos en aquellas tareas que han sido más urgentes de enfrentar en distintos momentos de la joven democracia mexicana.

Desde los inicios de la transición democrática he escrito sobre los distintos momentos del constitucionalismo mexicano, con la intención de entender y dar cuenta de las exigencias, conquistas y desafíos que este Alto Tribunal ha tenido que afrontar en cada uno de ellos (Zaldívar, 2002a; Zaldívar, 2002b). Me parece que estas fases en la labor de la Suprema Corte pueden entenderse como momentos de cambio claves en el constitucionalismo mexicano y que comprender su contexto e implicaciones es fundamental no solo para conocer el camino que ha recorrido la justicia mexicana, sino también para discutir las preguntas y los retos centrales de nuestro constitucionalismo actual.

En este artículo presento una reflexión histórica sobre la vida institucional de la Corte. ¿Cómo llegamos hasta aquí y qué desafíos tenemos por delante? En la primera parte reseño la evolución de la Suprema Corte en el constitucionalismo mexicano con énfasis en las exigencias de cada momento, los avances logrados y las tareas pendientes: (1) el régimen autoritario; (2) el control constitucional del conflicto político; y (3) la protección sustantiva de los derechos humanos.

La reseña de las etapas del desarrollo institucional de la Suprema Corte permite reconstruir la imagen contemporánea de nuestro Tribunal Constitucional y, a partir de ahí, reflexionar sobre las exigencias del presente. Solo mirando de cuerpo completo a nuestra justicia constitucional –preguntándonos por los logros conquistados en los últimos veinticinco años de labor institucional y por aquello que aún no hemos afianzado– tendremos una visión clara de los caminos que habremos de recorrer en el futuro.

Lo anterior nos enfrenta a una pregunta inevitable: ¿qué hace falta para que la Suprema Corte realice plenamente los valores que le impone la Constitución y continúe avanzando por su senda progresista, democrática y transformadora? Esta reflexión conduce a inaugurar una nueva etapa en la vida institucional de la Corte.

Consecuentemente, en la segunda parte, defenderé que ha llegado el momento de que la Corte responda a la exigencia constitucional de alcanzar *la justicia social*. Pues además de ser el árbitro constitucional de los conflictos políticos, fuente de estabilidad democrática y defensora de los derechos, también debe ser un motor de cambio social. Así como en algún tiempo fue un instrumento esencial para el proceso de democratización de nuestro país y para el desarrollo de los derechos humanos, hoy más que nunca está llamada a serlo en la generación de los cambios urgentes que se reclaman en distintos ámbitos de la sociedad, especialmente para los grupos más vulnerables y olvidados de la sociedad mexicana.

Como lo he señalado previamente, la Suprema Corte goza de una posición estratégica para el impulso y el desarrollo de los derechos humanos. Sin negar los progresos alcanzados, me parece que su función debe estar encaminada a enfrentar las demandas sociales de dignidad e igualdad, haciendo realidad el derecho a la justicia social que consagra nuestra Constitución. Esto significa reafirmar nuestro compromiso con la interpretación y protección de los derechos humanos con especial atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (también llamados DESCAs).

Desterrar la desigualdad, abatir la pobreza y reivindicar los derechos de los más vulnerables son tareas urgentes de nuestro tiempo, para las que es imprescindible un papel activo de la Suprema Corte. Esa labor reclama nuestra atención desde hoy y define la ruta a seguir en los próximos años.

### **Primera etapa: los años del régimen presidencialista**

Para comenzar a narrar la historia de la vida institucional de la Suprema Corte debemos recordar cuál era el estado del México desde la perspectiva política y de justicia, antes de la reestructuración de 1994 (Zaldívar, 2005). Así, debemos reconocer que durante la mayor parte del siglo XX, el país vivió bajo un régimen autoritario que impactó a todas las esferas de la vida pública (Zaldívar, 2002a). La Suprema Corte no fue la excepción: se constituyó en un elemento más del sistema político mexicano que contribuyó a la legitimación del régimen priísta. A pesar de que en todas las etapas de la Corte podemos encontrar ministras y ministros de altísima calidad intelectual y ética, sabemos que los regímenes autoritarios inciden de forma extensa sobre la vida política y social, afectando especialmente a las instituciones.

De manera consecuente, la Suprema Corte tuvo escasa relevancia política en aquellos años. La justicia constitucional no participó en la toma de decisiones trascendentes de los órganos del poder ni sirvió como un órgano relevante de control constitucional. En esa medida, el Poder Judicial se limitó a cumplir una función de controlador de la legalidad y de defensor en ciertas materias de las llamadas garantías individuales.<sup>1</sup>

Dos ejemplos ilustran bien las dinámicas de legitimación y sujeción frente al régimen en aquel tiempo por parte de la judicatura. En primer lugar, en la esfera electoral, la Corte defendió reiteradamente la no justiciabilidad de los derechos políticos con un argumento, a mi parecer, francamente cuestionable: que en

---

<sup>1</sup> Es importante recordar que en aquel momento la Constitución mexicana conservaba el anacronismo de denominar garantías individuales a los derechos.

contra de la violación de los derechos políticos no procede el juicio de amparo porque no se trata de garantías individuales, negando así el carácter de derechos humanos a los derechos políticos.

En materia penal, los criterios de la Suprema Corte contribuyeron a institucionalizar la práctica de la tortura y otras violaciones a los derechos humanos de las personas. El Máximo Tribunal mexicano dio mayor validez a las confesiones realizadas ante policías judiciales o agentes del Ministerio Público, sin presencia del abogado del indiciado, y a pesar de que las confesiones eran arrancadas por medio de la tortura.

Por otra parte, como consecuencia de la centralización del poder de aquel presidencialismo absorbente, la solución de los conflictos políticos, lejos de llevarse por la vía de los tribunales, se desahogaba de manera vertical, piramidal y, fundamentalmente, por medio de criterios políticos arbitrarios.

De esta manera, la función de la Constitución de Querétaro –existente en el texto pero desprovista de sus efectos prácticos ideales– fue la de un discurso legitimador que contenía el programa social del Constituyente de 1917, por un lado, y recoger todas las reformas que le fueran útiles al Presidente en turno, por el otro.

Así, la Constitución sirvió como una careta para dar la apariencia de un régimen democrático y enmascarar el autoritarismo. La soberanía popular, el sistema federal, la división de poderes, la supremacía constitucional y, en general, todos los principios existentes en los países democráticos estaban presentes en el papel pero no incidían en la realidad. De manera paralela, una y otra vez se llevaban a cabo reformas electorales tendientes a legitimar el engaño y a controlar mediante el derecho a los opositores.

Naturalmente, en los años del régimen autoritario la Corte no desempeñó un papel de contrapeso al poder centralizado que caracterizó a nuestro sistema político. Por el contrario, a través del juicio de amparo funcionaba prácticamente como un tribunal de casación; como revisor de la legalidad de los actos de auto-



ridad y, de manera muy limitada, como garante de algunos derechos constitucionales. La solución a los conflictos políticos no provenía de la aplicación de las normas constitucionales por parte de un órgano autónomo e independiente, sino que se les daba una salida política, de manera vertical y autoritaria. En tal sentido, la Constitución no funcionaba como auténtica norma jurídica suprema.

Este escenario condujo a un constitucionalismo meramente nominal Loewenstein (2018). En los constitucionalismos de este tipo, la Constitución no juega una función normativa sino de mero programa político. No se concibe como una norma jurídica para cumplirse sino como un programa político para ser venerado; un instrumento legitimador del grupo gobernante, en vez de auténtica norma suprema vinculante para el gobierno y la sociedad.

Lo anterior significa que la Constitución se convirtió en instrumento del poder y no en un freno al ejercicio desmedido del mismo. En la mentalidad del régimen autoritario, la Constitución fue creada y reformada con ese objetivo; su papel fundamental era ese y, en esos años, lo cumplió muy bien.

Debido a la precariedad institucional de entonces, es muy difícil hablar de un constitucionalismo mexicano en esta etapa, por lo menos en la acepción de limitación al poder. En estas condiciones, el control del poder político, el fortalecimiento de la democracia o la protección de los derechos fundamentales solo fueron ideas distantes de un Estado moderno que, en México, no podían florecer.

\*\*\*

Al cierre del siglo XX la transición política que atravesaba el país, marcada por una creciente dificultad para preservar la unidad del poder político y la cohesión de sus estructuras, amenazaban la subsistencia del régimen autoritario. Este escenario brindó nuevas oportunidades para un primer cambio constitucional significativo. Como veremos, la Corte recibió el andamiaje institucional apropiado para transitar a una segunda etapa, y aprovechó las oportunidades

para sentar las bases de la justicia constitucional por lo menos en un sentido importante.

## **Segunda etapa: el control constitucional del conflicto político**

En mi opinión, la segunda etapa del constitucionalismo mexicano se detona a partir de la reforma judicial que entró en vigor en enero de 1995, una de las más significativas que ha tenido lugar en el contexto de la transición democrática de México. Esencialmente, la reforma redujo de 21 Ministros numerarios y hasta cinco supernumerarios a 11 Ministras y Ministros; instauró el Consejo de la Judicatura Federal; amplió los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales y estableció las acciones de inconstitucionalidad. Además, la transición proporcionó a la Corte oportunidades renovadas de autonomía e independencia judicial al dotarla de una integración nueva y de instrumentos procesales adicionales para hacer frente a la realidad política.

Estos cambios en la composición y facultades de la Corte le permitieron asumir el papel fundamental que hasta ese entonces no había tenido y consolidarse como un árbitro de los conflictos políticos. Así, la estructura, las garantías de independencia y las nuevas facultades que le fueron otorgadas le permitieron contribuir de manera importante al proceso de transición de un régimen autoritario a una democracia constitucional.

A mi parecer, el rasgo más importante de esta etapa es que los conflictos en el poder político dejaron de dirimirse fundamentalmente en la sede del Ejecutivo para comenzar a resolverse por la vía judicial. Así, la Corte tuvo la oportunidad de resolver una gran cantidad de asuntos de la mayor relevancia en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. El que las disputas políticas se fueran encauzando por la vía de los medios de control constitucional obligó a los actores políticos a comportarse conforme a las normas de la Constitución y, en este sentido, la función jurisdiccional contribuyó a comprender que sus contenidos normativos son referente para la validez de los actos de los actores políticos.

En ese sentido, la segunda etapa condujo al reconocimiento del papel de norma jurídica que tiene la Constitución, cuyo contenido íntegro es interpretado y posteriormente aplicado por un órgano jurisdiccional con la capacidad de anular cualquier acto de gobierno que la contravenga. Todo lo que está en la Constitución tiene valor normativo; todo su contenido es justiciable bajo los parámetros que la Corte considere apropiados en cada caso y, en tal sentido, es el presupuesto de validez de todas las leyes y actos del orden jurídico nacional.

De acuerdo con este constitucionalismo sustancial –y no meramente nominal– la Corte comenzó a dotar de contenido a las normas constitucionales y establecer los parámetros para su cumplimiento, haciendo valer por vez primera los principios y valores del texto constitucional. Ello tuvo consecuencias en nuestra cultura política pues sentó las bases para nuevas prácticas, actitudes y pautas de comportamiento sensibles al valor normativo de nuestra Constitución.

Como se observa, la segunda etapa nos acercó en buena medida a los sistemas democráticos contemporáneos, en los que los conflictos políticos se traducen en controversias jurídicas de carácter constitucional que deben ser resueltas por órganos independientes e imparciales. En esta etapa, asimismo, la Corte aprovechó sus capacidades institucionales para ser un contrapeso efectivo a la acumulación indebida de poder, favorecer el debate democrático, el pluralismo y la participación política.

Como lo he expresado en otros textos, en este periodo del constitucionalismo el derecho constitucional se hace proceso; la política se vuelve justiciable; las etapas del proceso político se convierten en objeto de conocimiento jurídico y vinculante para los actores políticos; la lucha por el poder se somete a las reglas del juego preestablecidas y la política se ve obligada a desenvolverse dentro de los límites fijados por la Constitución.

\*\*\*

A los diez años de la reestructuración de la Suprema Corte tuve la oportunidad de reflexionar sobre el camino recorrido hasta este punto. El progreso alcanzado

en la esfera competencial en esos años era innegable. Sin embargo, en aquel momento advertí que, para que se diera una auténtica consolidación de la justicia constitucional, aún quedaban dos tareas pendientes de la mayor importancia que le permitiesen responder a las exigencias actuales de justicia: la modernización del juicio de amparo y el desarrollo sustantivo de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales a través de las resoluciones de la Suprema Corte.

Respecto del juicio de amparo anoté que, para romper el círculo de nuestra historia independiente entre anarquía y autoritarismo, y consolidar un auténtico régimen democrático capaz de controlar el ejercicio del poder y asegurar la gobernabilidad, no podíamos continuar con una institución procesal diseñada para responder a otra realidad; misma que, además, por décadas fue interpretada de manera conservadora y anacrónica. Para tomarnos los derechos en serio subrayé—, resultaba indispensable modernizar nuestros instrumentos procesales a fin de que defendiesen a las personas de los ataques contra sus derechos fundamentales y permitiesen reconocer nuevos derechos (Zaldívar, 2002c).

Por esa razón, en su momento, apuntalé la necesidad de una reforma profunda al juicio de amparo y detallé las líneas de acción de esa transformación. El juicio de amparo tenía que ser capaz de reparar violaciones a derechos sociales y proteger derechos reconocidos en tratados internacionales; incorporar el interés legítimo para la tutela de intereses difusos y colectivos; reparar lesiones existentes pero que no encontraban reconocimiento en la noción tradicional del derecho subjetivo; ampliar el concepto de autoridad para superar el criterio formalista centrado en el sujeto y atender más bien al acto; establecer la declaratoria general de inconstitucionalidad y la interpretación conforme en amparos contra normas generales entre otros aspectos.<sup>2</sup>

Como es sabido, la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013 incorporó la gran mayoría de estas propuestas, sentando las bases procedimentales para una protección más efectiva y de mayor alcance para las personas.

---

<sup>2</sup> Para un revisión exhaustiva del diagnóstico que efectuamos en ese momento y de las propuestas detalladas de cambio que eran necesarias, véase: Arturo Zaldívar, 2005, pp. 22-30.

Sin embargo, el paso crucial y decisivo para contar con una doctrina sólida sobre derechos fundamentales no ocurrió de una sola vez, tuvo que desdoblarse a lo largo del tiempo, caso por caso, con el trabajo perseverante de las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte.

En ese sentido, si los últimos años habían sido del control de las esferas competenciales de los poderes, el reto era que los próximos diez años fueran de desarrollo de los derechos humanos. Como lo señalé en la sala de audiencias del Tribunal Pleno en el otoño de 2005, era crucial que la Suprema Corte se abocara en la etapa subsiguiente a definir el alcance de los derechos humanos. En efecto, el paradigma contemporáneo del Estado constitucional solo puede alcanzarse mediante la labor cotidiana de los órganos de control constitucional para la defensa y promoción de esos derechos.

Hoy podemos afirmar que la Suprema Corte se tomó muy en serio esa tarea.

### **Tercera etapa: el tiempo de los derechos humanos**

Siempre he sostenido que los derechos humanos son el fundamento de la democracia y del Estado de derecho. Un desarrollo expansivo y robusto de los derechos de las personas es instrumental para construir una sociedad justa e igualitaria; con dignidad, sin discriminación y con plena capacidad de participar en la vida social y política de mujeres y hombres. Los derechos son clave para el progreso humano, apuntalan el desarrollo social y abonan a la paz y la justicia.

Como es sabido, en México hubo una reforma constitucional de gran calado en 2011 que incorporó derechos humanos contenidos en más de 210 instrumentos internacionales. Aunque antes de la reforma existían muchas dudas del potencial de la misma para impactar en la vida concreta de la gente, la Suprema Corte aprovechó esta oportunidad para impulsar al constitucionalismo mexicano a una nueva etapa que incorporara la pieza faltante de nuestra justicia constitucional: una doctrina consistente de derechos humanos.

Para fines analíticos, la tercera etapa se divide en dos momentos (Zaldívar, 2017). En el primero de ellos, la Corte fijó los contornos teóricos y conceptuales de la reforma constitucional a través de su interpretación. Así, determinó que la recepción de los derechos humanos de fuente internacional implicaba que estos se integraran a los contenidos en la Constitución para constituir un parámetro de control de la regularidad constitucional.

De esta manera, la Corte precisó que las personas son titulares de una serie de derechos que se integran, complementan y armonizan a través del principio de interpretación conforme y, a la luz de ese conjunto de derechos, debe analizarse la validez de las normas y actos del Estado mexicano. Adicionalmente, al integrar los derechos de fuente internacional, la Corte precisó los contornos del control difuso de constitucionalidad que habría de aplicarse por las juezas y los jueces a lo largo y ancho del territorio nacional. Por último, determinó que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.

Con todo, la labor de la Corte no se limitó a definir los fundamentos conceptuales y operativos de la reforma; a través de sus sentencias y de manera persistente a lo largo de los últimos años, ha desarrollado y dado contenido específico a los derechos humanos de las personas, de tal forma que el lenguaje jurídico actual se ha convertido, progresivamente, en un lenguaje de los derechos.

Así, podemos afirmar que, después de la reforma de 2011, el trabajo de la Corte se ha centrado en desarrollar una gran cantidad de derechos a través de su doctrina constitucional en asuntos que trascienden la vida cotidiana de las personas, y respecto de los cuales anteriormente no existían criterios que establecieran los parámetros para su cumplimiento. Los siguientes ejemplos concretos ilustran el legado de la Suprema Corte en esta etapa.

En materia de derechos de la infancia, la Corte ha construido una doctrina realmente transformadora sobre el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Mediante este principio se ha impactado extensamente sobre la forma en la que se entiende el derecho de familia y otras materias relacionadas. Actualmente, el interés superior de niñas, niños y adolescentes se concibe como el eje que debe guiar toda contienda donde se encuentren involucrados los derechos de los niños. Este principio reconoce la especial vulnerabilidad del menor y justifica medidas de protección reforzada a cargo de las autoridades y de la sociedad en general. Por mencionar algunos ejemplos, la Corte reconoció una extensa suplencia de la queja en beneficio de los niños,<sup>3</sup> sus derechos a ser escuchados en los procesos en que participen,<sup>4</sup> a crecer en un entorno libre de violencia, a la filiación y a la identidad.<sup>5</sup>

El primer precedente sobre la protección de la infancia en casos de *bullying* escolar,<sup>6</sup> la decisión en la que estableció que la separación entre menores de sus madres en reclusión debe ser sensible y gradual,<sup>7</sup> y la primera sentencia que determinó que el límite de la libertad religiosa de los padres Testigos de Jehová es la vida y la salud de sus hijos,<sup>8</sup> son algunos ejemplos fruto de esta prolífica etapa.

La Suprema Corte también ha avanzado significativamente en materia de igualdad de género en distintos ámbitos. Vale la pena reparar en dos ejemplos

---

<sup>3</sup> "MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.", Tesis [J.]: 1a./J. 191/2005 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 167. Reg. digital 175053; "JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS." Tesis [J.]: 1a./J. XVI/2011 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 616. Reg. digital 162797.

<sup>4</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de octubre de 2012.

<sup>5</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 13 de noviembre de 2015.

<sup>6</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015.

<sup>7</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 644/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 08 de marzo de 2017.

<sup>8</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1049/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2018.

concretos. Primero, estableció que las parejas son libres de escoger por común acuerdo el orden de los apellidos de sus hijos,<sup>9</sup> pues la prohibición de hacerlo y la imposición del apellido masculino perpetuaba un estereotipo de género inadmisibles. Segundo, la Corte dio reconocimiento jurídico a la doble jornada laboral que desempeñan las mujeres que trabajan, pero que también desarrollan labores en el hogar, protegiendo su derecho a recibir una pensión alimenticia de sus parejas que refleje esta realidad.<sup>10</sup>

En relación con la protección que merecen los derechos de las minorías, la Corte ha establecido una abundante jurisprudencia sobre los derechos de las personas de la comunidad LGBT+, indígenas, personas con discapacidad y adultos mayores. En específico, la Corte ha impulsado el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas y promovido la protección de los grupos y personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. La protección de los derechos las parejas del mismo sexo a formar una familia a través del matrimonio<sup>11</sup> y a recibir prestaciones de seguridad social, son algunos casos.<sup>12</sup>

Respecto a los derechos de las personas y pueblos indígenas, la Corte desarrolló el derecho a la consulta previa,<sup>13</sup> estableció que las lenguas indígenas son también lenguas nacionales; y detalló que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a usar y difundir su idioma en todos los medios de comunicación.<sup>14</sup> En este ámbito, la Corte también definió el derecho de las personas indígenas a contar con un intérprete y traductor,<sup>15</sup> y a que se consideren en juicio sus costumbres y especificidades culturales.

---

<sup>9</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 208/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de octubre de 2016.

<sup>10</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de octubre de 2015.

<sup>11</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 05 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 710/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 de noviembre de 2016.

<sup>13</sup> Sentencia recaída a la Controversia Constitucional 32/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de mayo de 2014.

<sup>14</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 622/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de enero de 2016.

<sup>15</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 59/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de noviembre de 2012.



En el campo de los derechos de las personas con discapacidad, la Corte ha subrayado, persistentemente, la necesidad de adoptar un modelo social de la discapacidad, desde el cual se realicen ajustes razonables para que estas personas puedan acceder plenamente a sus derechos.<sup>16</sup> Asimismo, ha determinado que la figura del estado de interdicción viola el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la capacidad jurídica, ya que restringe de manera absoluta la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad.<sup>17</sup> De igual manera, la Corte señaló que los adultos mayores constituyen un grupo vulnerable que merece especial protección, pues con frecuencia se encuentran en una situación de dependencia familiar, discriminación y, en ocasiones, abandono.<sup>18</sup>

Respecto a la autonomía de las personas la Suprema Corte ha desarrollado ampliamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dando cobertura a diversos derechos específicos como el derecho a la reasignación sexual,<sup>19</sup> la posibilidad de divorciarse sin necesidad de acreditar alguna causal,<sup>20</sup> y el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos.<sup>21</sup> El eje central de estas decisiones ha sido el reconocimiento de que cada persona puede elegir y materializar el plan de vida que le parezca valioso.

En materia penal, otro campo donde encontramos un amplio desarrollo, la Corte ha generado una extensa doctrina sobre los supuestos constitucionales en los que se puede detener válidamente a una persona, precisando los estándares para la detención en flagrancia,<sup>22</sup> caso urgente<sup>23</sup> y el arraigo. De igual forma,

---

<sup>16</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de octubre de 2013.

<sup>17</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 2019.

<sup>18</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 de abril de 2014.

<sup>19</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 6/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 06 de enero de 2009.

<sup>20</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 73/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de febrero de 2015.

<sup>21</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 04 de noviembre de 2015.

<sup>22</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 384/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de agosto de 2018.

<sup>23</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 312/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 31 de mayo de 2017.

la Corte estableció las implicaciones específicas del derecho a la presunción de inocencia,<sup>24</sup> las exigencias del derecho a la defensa,<sup>25</sup> el debido proceso, la asistencia consular,<sup>26</sup> el derecho a poner inmediatamente a los detenidos a disposición del Ministerio Público,<sup>27</sup> la prohibición de tortura, el derecho a la no autoincriminación<sup>28</sup> y el derecho a interrogar a los testigos de cargo.

La Suprema Corte también ha sido enfática en que la libertad de expresión es una "piedra angular" de toda sociedad democrática. En esa línea la Corte ha desarrollado una abundante doctrina, cuya finalidad ha sido clarificar los supuestos en los que una persona debe responder civil o penalmente por la difusión de sus expresiones. De manera particular, la doctrina constitucional ha protegido la actuación de los periodistas, cuya función resulta trascendental en un Estado constitucional.<sup>29</sup> Por lo demás, su doctrina ha enfatizado que los funcionarios públicos deben tolerar mayores niveles de intromisión en sus derechos debido al carácter de sus funciones.<sup>30</sup>

La justicia constitucional en materia de derechos humanos también ha impactado áreas del derecho tradicionalmente reservadas al legislador y a los códigos ordinarios. Por ejemplo, la Corte ha sido impulsora de un nuevo paradigma de la responsabilidad civil, procurando que los daños sean resarcidos de forma adecuada. En ese sentido, se han incorporado a nuestro sistema los daños punitivos y el derecho a una justa indemnización.<sup>31</sup> Siguiendo este hilo con-

---

<sup>24</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 349/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de septiembre de 2012.

<sup>25</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3007/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de mayo de 2015.

<sup>26</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4980/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de marzo de 2015.

<sup>27</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 478/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de abril de 2012.

<sup>28</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3457/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de noviembre de 2014.

<sup>29</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de noviembre de 2011.

<sup>30</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 04 de noviembre de 2015.

<sup>31</sup> Sentencias recaídas a los Amparos Directos 30/2013 y 31/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2014.

ductor, la Corte ha precisado de manera consistente los deberes que tienen los hospitales y los médicos tratándose de negligencia médica, articulando esto al consentimiento informado como un derecho de los pacientes y estipulando que son los médicos quienes deben probar que actuaron con debida diligencia.<sup>32</sup>

Todos estos ejemplos son una muestra ilustrativa –aunque no exhaustiva– de la intensa labor que ha venido realizando la Suprema Corte. Son testimonio de que las Ministras y Ministros se tomaron en serio la importancia de concentrar los esfuerzos de los últimos años en desarrollar una función protectora de los derechos mediante sus resoluciones, con lo cual –desde mi punto de vista– la tercera etapa ha cumplido con sus objetivos en términos generales.

\*\*\*

Estas tres etapas dan cuenta de los enormes avances en la vida institucional de nuestro Tribunal Constitucional y de los aportes que ha hecho a nuestra democracia. La Corte ha dejado atrás los tiempos de autoritarismo, ha encauzado de manera efectiva las controversias del poder político por la vía constitucional y ha trabajado y unido voces de distintos sectores sociales para desarrollar una doctrina rica y extensa sobre derechos humanos.

Con todo, en este punto es imprescindible preguntarnos cuál es el compromiso de la Suprema Corte de nuestros días y para los años que vienen. Me parece que vivimos un momento de extraordinaria participación ciudadana propicio para inaugurar una nueva etapa constitucional; un nuevo momento que haga sentido para nuestros días y que permita esbozar una ruta crítica para la justicia constitucional mexicana.

---

<sup>32</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 93/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de noviembre de 2011; Sentencia recaída al Amparo Directo 51/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 02 de diciembre de 2015.

## El derecho a la justicia social, una demanda inaplazable

La Constitución mexicana emanó de la lucha revolucionaria con la promesa de cimentar una sociedad con paz, democracia, justicia y libertad. Como he señalado antes, la voluntad del Constituyente fue optar por una visión en la que el desarrollo se traduzca en bienestar social (Zaldívar, 2014). Nuestra Constitución recoge un proyecto constitucional sustentado en un amplio consenso popular que abreva del pensamiento liberal, pero que también establece claramente un programa de cambio social de gran calado. Este proyecto de transformación, desafortunadamente, permanece inacabado, pues las demandas generalizadas de justicia social siguen insatisfechas en todo el país (CONEVAL, 2019).

Desde mi perspectiva, acabar con la pobreza y disminuir la brecha de desigualdad que nos separa a los mexicanos debe ser una política de Estado fundada en una visión de derechos humanos y respaldada por un amplio consenso político y social. En ese contexto, me parece que la Suprema Corte tiene una posición institucional desde la cual puede contribuir a materializar el programa social de nuestra Constitución. Es función del Tribunal Constitucional del Estado mexicano interpretar la norma fundamental como modelo de vida para la comunidad política y contribuir a su vigencia efectiva. Así, si en el pasado hemos entendido que la Constitución es una norma jurídica plenamente vinculante, y que a la Corte corresponde la protección de *todos* los derechos humanos que aquélla consagra, entonces la Corte tiene el deber constitucional de dotar de contenido y eficacia a los DESCAs sin demora.

Mientras que los derechos individuales han experimentado un auge en esta segunda década del siglo XXI, la garantía y el desarrollo de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Suprema Corte ha sido endeble, lo que ha impedido generar un cambio tangible en las condiciones materiales de la vida de los mexicanos. Por ejemplo, aunque la Corte ha desarrollado una doctrina en torno al derecho al mínimo vital; ordenado la construcción de hospitales para satisfacer las necesidades de salud de algunas

localidades y resuelto casos vinculando a las autoridades a otorgar algunas prestaciones, dista mucho aún de contar con una jurisprudencia robusta y de gran alcance sobre estos derechos, capaz de generar un impacto estructural en nuestro país. Como consecuencia, aun cuando estos derechos están cabalmente reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales firmados por México, han enfrentado importantes dificultades en cuanto a su desarrollo y eficacia. Ello ha impedido que la Corte se consolide a plenitud como un factor de cambio social.

Existen numerosas razones para ese rezago. Una de las más importantes es que la satisfacción de los derechos sociales y económicos se ubica en el cruce del mercado, la economía y las políticas públicas. Estos campos están reservados tradicionalmente al ámbito decisional de los poderes democráticamente electos. En esta línea se sostiene, por ejemplo, que los jueces no deben resolver sobre derechos de este tipo porque sus decisiones tienen importantes impactos presupuestales, además de que requieren considerar variables complejas de política pública que los tribunales son incapaces de ponderar y cuyas consecuencias no pueden prever; o bien, porque son decisiones que demandan credenciales democráticas que los jueces no tienen (King, 2012).

Me parece que, si bien existen retos en la adjudicación de los DESCAs, ello no significa que la Corte no tenga ningún papel relevante en la esfera de los derechos sociales, o que carezca de legitimidad para proteger derechos de ese tipo. Por el contrario, la tarea de la Suprema Corte en la protección de los derechos sociales no es ilegítima en absoluto; bien entendida, esta labor es una exigencia constitucional.

En efecto, si nuestra Constitución impone a todas las autoridades la obligación de proteger todos los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, entonces, es momento de abandonar la visión obsoleta que concibe a los derechos sociales como un catálogo de promesas y buenos deseos, y asumirlos cabalmente como normas jurídicas con plena exigibilidad. Esto significa entender que los DESCAs obligan a la Corte a hacer efectivo, progresivamente, el programa social

de la Constitución. A partir de este nuevo paradigma, es tarea de las juezas y los jueces asumir un proyecto de interpretación constitucional transformador que promueva el cambio social y permita obtener resultados tangibles en la vida de las personas.<sup>33</sup>

No se trata de diseñar políticas públicas en las sentencias sino de darle contenido y alcance a los derechos sociales que reconoce la Constitución. En ese sentido, tampoco basta para abatir la desigualdad y la pobreza la implementación de políticas desde el Ejecutivo, sino que es crucial un papel activo de todos los jueces en la interpretación y construcción progresiva del contenido de estos derechos.

Desde la interpretación de los derechos sociales la Corte puede impulsar a los otros poderes a justificar sus decisiones de política pública a la luz de un contenido robusto de los DESCAs, lo que detonará un valioso proceso de deliberación interinstitucional y fomentará la responsabilidad política. La Corte puede, a partir de sus criterios, retroalimentar la labor de quienes toman decisiones de política pública con parámetros razonables y coherentes basados en los derechos humanos. Así entendida, la justicia constitucional hace una contribución única a la justicia social: que el diseño de la política pública internalice el respeto pleno de los derechos sociales (Davis, en Rosenfeld y Sajó, 2012).

La idea que los jueces constitucionales deben comprometerse con métodos interpretativos a través de los cuales se promueva el cambio social tiene un sólido desarrollo en la academia. La perspectiva del constitucionalismo (Zaldívar, 2018) transformador confiere a los jueces constitucionales la función estratégica de perseguir una transformación social a través del Derecho en contextos políticos y sociales propicios, con el objeto de transitar hacia una sociedad más democrática, participativa e igualitaria.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> El potencial de las cortes para impulsar la transformación social en las democracias jóvenes ha sido ampliamente explorado. Para un ejemplo que examina principalmente los casos de Hungría, Sudáfrica, Colombia, India, Brazil, Angola y Bolivia (véase Gargarella, Domingo y Roux, 2006).

<sup>34</sup> Esta idea se dio a conocer a partir del trabajo seminal de Karl E. Klare (1998). El constitucionalismo transformador también ha tenido un desarrollo en el contexto de las constituciones latinoamericanas (Bogdandy *et al.*, 2017) y, específicamente, en el contexto de la Constitución de Querétaro.

De acuerdo con lo anterior, en los próximos años la jurisprudencia de la Suprema Corte debe ser, por un lado, el ejemplo que defina y consolide el papel de los jueces en el desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y por el otro, ser el motor de cambio que haga realidad el programa transformador de la Constitución, para avanzar hacia una mayor justicia social.

Así como en los años más recientes la Corte ha dotado de contenido a los derechos civiles y políticos haciendo de ellos derechos plenamente efectivos y tangibles en la vida cotidiana de las personas, en una nueva etapa de nuestra justicia constitucional, esta debe comprometerse activamente con los valores y los principios del Estado social.

\*\*\*

El tiempo que vivimos es propicio para emprender el proyecto transformador que ordena nuestro texto constitucional. Actualmente atravesamos un momento definitorio de amplio consenso social sobre la necesidad de consolidar nuestra democracia y caminar a una mayor justicia social. En esta etapa de nuestra vida institucional debemos atender las demandas de justicia de la sociedad, especialmente de los grupos más desfavorecidos.

La Corte ha sido vital en la consolidación de las instituciones en nuestro país. No se podría explicar la transición democrática de México sin el papel equilibrador, garante de la división de Poderes, del federalismo y, ante todo, defensor de los derechos humanos que la Corte ha desempeñado en las últimas dos décadas. Sin embargo, llegó el momento de construir sobre este legado y destinar esfuerzos para convertirnos en un factor decisivo de cambio social.

No debemos postergar la efectividad del derecho a la justicia social que consagra nuestra Constitución. No debemos eludir la satisfacción de las necesidades materiales básicas y el respeto a la dignidad de las personas, especialmente de los más desprotegidos, que permanecen en un olvido intolerable. El tiempo de la justicia social es el tiempo de los grupos vulnerables que exigen el pleno

disfrute de los derechos y libertades previstos en la Constitución, condición necesaria de la vida democrática. El derecho a la justicia social, contenido desde hace más de cien años en nuestra Constitución, hoy en día es inaplazable.

## Fuentes

CONEVAL (2019), "Diez años de medición de pobreza multidimensional en México: avances y desafíos en política social, Medición de la pobreza serie 2008-2018", 5 de agosto de 2019.

Davis, D.M. (2012), *Socio-Economic Rights*, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.

Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (2006), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor*, Reino Unido: Ashgat.

King, J. (2012), *Judging Social Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

Klare, K. E. (1998), "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* (14) 1.

Loewenstein, K. (2018), *Teoría de la Constitución*, España: Ed. Ariel.

Von Bogdandy, A. et al. (2017), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002a), "Suprema Corte y democracia en México", *Lex*, año VII (84), junio de 2002.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002b), "La justicia constitucional en México. Balance y retos", en *Tribunales y justicia constitucional*, México: UNAM, pp. 421-440.



Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002c), "Hacia una nueva Ley de Amparo", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica (05)* UNAM, México, 2002c, pp. XIX-XXVIII.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2005), "La trascendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a diez años de su reestructuración", en *Décimo aniversario de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: SCJN.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2014), "La Suprema Corte ante la transformación de México", *Nexos*, 1 de agosto de 2014.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2017), "La Suprema Corte en la democracia mexicana", *Nexos*, 1 de septiembre de 2017.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2018), "Retos de la Suprema Corte", *Nexos*, 1 de noviembre de 2018.



# El mandato transformador del sistema interamericano de derechos humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario\*

---

*The transformative mandate of the Inter-american human rights system.  
Legality and legitimacy of an Extraordinary jurisgenerative process*

ARMIN VON BOGDANDY\*\*

## Resumen

Este artículo lleva a cabo un análisis del mandato del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y cómo su evolución ha contribuido a la consolidación de un constitucionalismo transformador a lo largo de América Latina. La base de la evolución de dicho mandato se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así como en el vínculo entre este instrumento jurídico regional y el derecho constitucional de múltiples Estados latinoamericanos. El papel de la Corte Interamericana de

---

\* Esta contribución se basa en una ponencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión del 40o. aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se refiere a otras conferencias dadas durante las celebraciones en San José, que se publicarán en breve en la página web de la Corte. Agradezco a la *Dienstagsrunde* por sus críticas y a Ximena Soley por el apoyo investigativo. Traducción de David Geng y revisión de Miriam Lorena Henríquez Viñas, Rene Uruña y Mariela Morales Antoniazzi.

\*\* Director en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido clave para este fin, y una muestra de su legitimidad pudo constatarse durante el éxito del reciente festejo por su 40 aniversario. A fin de aportar elementos que permitan analizar los logros del sistema, el presente texto propone ver más allá de los criterios formales centrados en el cumplimiento de las sentencias. Para tal efecto, se arguye que es necesario evaluar su impacto, entendido éste de manera más amplia que el estricto cumplimiento. Finalmente, el artículo también propone involucrar en el debate a los críticos del SIDH, pues ello contribuiría a robustecer su agenda transformadora.

**Palabras clave:** Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitucionalismo Transformador, Tribunales Nacionales Latinoamericanos

### **Abstract**

This article undertakes an analysis of the mandate of the Inter-American System of Human Rights, and how its evolution has contributed to the consolidation of a transformative constitutionalism across Latin America. At the core of such evolution is the American Convention of Human Rights, as well as the relationship between this regional framework and the constitutional law of multiple Latin American countries. The role of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) has been key for thrusting the system's mandate. Moreover, the recent success of the Court's 40th anniversary celebrations are an indication of its legitimacy. In order to provide further elements that allow for analyzing the achievements of the IAHRs, the current text proposes to look beyond formal criteria focused on compliance with the Court's rulings. Instead, it is necessary to evaluate its impact, understood as a broader issue than compliance. Finally, the article also proposes to involve the IASHR's critics in the debate for further strengthening the transformative agenda.

**Keywords:** Inter-American System of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Transformative Constitutionalism, National Courts in Latin America

## **Introducción**

Para estudiar el derecho constitucional en América Latina frente al derecho internacional, no hay instrumento más importante que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En los últimos cuarenta años, este instrumento se ha convertido en un pilar del constitucionalismo transformador

latinoamericano. A nivel mundial es quizás el instrumento más relevante de este tipo. Ello hace cuestionarse: ¿cómo ha sido posible este desarrollo extraordinario? Y: ¿es válido y legítimo? Las respuestas exigen, ante todo, estudiar si está sustentado por su mandato.

El constitucionalismo transformador significa interpretar y aplicar las normas de carácter constitucional de manera que impulsen un cambio social profundo para conseguir determinados objetivos constitucionales.<sup>1</sup> En América Latina, el constitucionalismo transformador es definido por los desafíos que plantean la violencia extendida (CIDH, 2018, cap. IV), la exclusión social (CEPAL, 2019, pp. 153ss.), la desigualdad extrema (CIDH, 2017) y la debilidad de muchas instituciones nacionales.<sup>2</sup> Tal debilidad obedece, entre otros factores, a fenómenos como el hiper-presidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción (von Bogdandy *et al.*, 2017, pp. 5, 7).

Por supuesto, los tribunales no pueden ni deben impulsar tal cambio por sí solos. Transformaciones de esta dimensión requieren un gran esfuerzo de múltiples actores de toda la sociedad con decidida voluntad política (Huneeus, 2011; Dulitzky, 201, p. 533; Soley, en von Bogdandy *et al.*, 2017, pp. 338, 344). Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado a través de su doctrina del control de convencionalidad, todas las instituciones (y no solo el Poder Judicial) son responsables de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, esto no reduce la importancia de la contribución del poder judicial para perseguir dichos objetivos, lo que se puede constatar en varios países: p. ej., la sanción sobre el terrorismo de Estado en Perú, la inclusión de los pueblos indígenas en el proceso político en Ecuador, la protección de

<sup>1</sup> El término fue acuñado por Karl E. Klare (1998, pp. 146, 150).

<sup>2</sup> Roberto Gargarella (2019) plantea que América Latina se caracteriza por sus "democracias defectuosas". En tal sentido, los problemas que considera distintivos de los sistemas constitucionales defectuosos son seis: 1) la exclusión política, económica y social; 2) el problema de la "disonancia democrática" (elitismo que sigue presente en el entramado institucional que excluye políticamente a la sociedad y no le permite articular los asuntos comunes); 3) las dificultades derivadas de la concentración de poderes; 4) los problemas generados por una multiplicidad de derechos sociales que el sistema institucional invoca, pero no ayuda a satisfacer; 5) el problema del perfeccionismo moral; y, 6) los altos niveles de violencia político-social existentes.

personas homosexuales en Chile (caso *Barrios Altos vs. Perú*)<sup>3</sup> o —como ejemplo de un proceso llevado a cabo mayormente por un solo Estado—, el impulso para un verdadero sistema de salud pública en Colombia (Sentencia T-760/08).

Estructuro mi argumento en seis pasos. El primero explica cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) recibió, a través de una evolución constitucional en América Latina, su mandato para apoyar el constitucionalismo transformador. El segundo atiende a la legitimidad social de la que goza este mandato hoy en día. El tercer paso se focaliza en el derecho común de los derechos humanos, quizás su instrumento transformador más relevante, mientras el cuarto examina las salvaguardias para su ejercicio legítimo. El quinto paso está destinado a esbozar algunas medidas para evaluar el éxito del Sistema al ejercer su mandato y en sexto lugar, concluiré con una nota sobre el valor de la crítica.

## 1. La evolución del mandato

Desde principios del siglo XXI, la Convención Americana brinda a las instituciones del Sistema Interamericano un mandato para participar en el constitucionalismo transformador en las Américas. Este mandato es el fundamento jurídico de una jurisprudencia de los derechos humanos que aborda los problemas estructurales en la región, en concreto, las instituciones débiles, la exclusión social y la violencia. Esta jurisprudencia configura un tipo de *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (Restrepo, 1978, p. 137; Häberle, 2004, p. 581; Kotzur, 2003) un derecho común de derechos humanos que tiene influencia real en la vida de las personas.

¿Cómo es esto jurídicamente posible? En la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se observan disposiciones específicas para fomentar tal

---

<sup>3</sup> Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (14 de marzo de 2001) Series C no. 75, Fondo; Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (3 de septiembre de 2001) Series C no. 83, Interpretación de la Sentencia de Fondo; Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006) Series C no. 162, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (27 de junio de 2012) Series C no. 245, Fondo y Reparaciones; Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) Series C no. 239, Fondo, Reparaciones y Costas.

mandato. De hecho, prácticamente nadie sospechaba ni en 1969, ni en 1978, que la Convención pudiera brindar la base para un constitucionalismo transformador. Basta recordar las políticas y orientaciones de los gobiernos de aquella época.<sup>4</sup> No obstante, cuatro décadas más tarde, sí se puede constatar que la Convención Americana encomienda tal mandato al Sistema Interamericano y sobre todo a su Corte.

¿Cómo sucedió esto? En los años sesenta y setenta la mayoría de los países de América Latina estaba bajo gobiernos autoritarios o represivos. Solo a partir de los años ochenta la mayoría de los países de la región se orientaron hacia la democracia. Mientras lo hacían, tenían ideas claras sobre qué hacer. La máxima "¡nunca más!" a las dictaduras militares fue significativa entre ellas. Pero los países también buscaron un consenso social más amplio.

Partiendo de estos objetivos, adoptaron varias medidas. Cabe poner de relieve que en la mayoría de las constituciones se incluyeron amplios catálogos de derechos, a menudo progresivos. También abrieron sus constituciones hacia los tratados internacionales de derechos humanos. Incluso ciertas constituciones atribuyeron un rango especial a los tratados de derechos humanos en su ordenamiento jurídico interno (Morales, 2014). De este modo, las constituciones superaron un entendimiento de la soberanía con frecuencia excesivamente rígido y se sumaron a un sistema regional para afianzar la garantía de los derechos humanos.

En este contexto, la Corte Interamericana –inspirada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las ONG y, notablemente, por las fuerzas nacionales afines– empezó a interpretar las disposiciones de la Convención de una manera evolutiva que condujo a una forma específica de constitucionalismo transformador, a una forma ‘latinoamericana’. El constitucionalismo transformador, es decir, el entendimiento del derecho constitucional como un instrumento de cambio profundo se puede encontrar en varios

---

<sup>4</sup> Sobre el antes inimaginable potencial de la Convención, así como la evolución inesperada que condujo a resultados innovadores: Farer, T. J. (1997); Ragone, S. (en von Bogdandy, 2017, p. 281).

países. La Constitución mexicana de 1917, la Constitución italiana de 1947 o la Constitución portuguesa de 1976 son buenos ejemplos. Pero los tribunales de estos países no siguieron el programa transformador establecido en el texto constitucional. A diferencia de ello, la Corte Suprema de India y las Cortes Constitucionales de Sudáfrica y Colombia se tomaron en serio sus constituciones transformadoras y su mandato, generando así una jurisprudencia distinta que aborda problemas estructurales.<sup>5</sup> De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia jugó un papel relevante en el camino hacia el acuerdo de paz colombiano, el cual recibió en 2016 el premio Nobel de Paz.<sup>6</sup>

El constitucionalismo transformador es un fenómeno global, pero existen dos singularidades latinoamericanas que se deberían destacar. Primero, su constitucionalismo transformador no solo es apoyado por la constitución nacional, sino también por un régimen internacional con dos instituciones operativas: la Comisión y la Corte Interamericanas (Uprimny, 2011, pp. 109, 104). Segundo, este sistema de dos niveles es complementado por un diálogo horizontal entre instituciones nacionales que comparten esta visión, fundamentalmente, por los jueces nacionales encargados de la justicia constitucional, pero también por fiscales o defensores del pueblo, sin olvidar a las ONG y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otros. A través de este discurso regional, las instituciones nacionales de varios países involucradas en el constitucionalismo transformador se apoyan mutuamente y, por consiguiente, fortalecen este fenómeno. El plano internacional es esencial para este anclaje horizontal, porque las decisiones de la Corte Interamericana disponen de gran parte de la sustancia que impulsa el discurso regional.<sup>7</sup> Los jueces nacionales pueden conectarse más profundamente cuando discuten sobre un sistema regional común, sobre casos que les conciernen a todos. Este proceso dinámico sustenta la legitimidad de

---

<sup>5</sup> Para ahondar en el fenómeno global: Bonilla, D. ed. (2013); Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015); Hailbronner, M. (2017, p. 527).

<sup>6</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo - FARC-EP y Gobierno de Colombia (2016); Lina M. Céspedes-Báez, L. y Prieto Ríos, E. (2017); Alexandra Huneeus, A. y René Urueña, R. (2016, p. 161).

<sup>7</sup> Instituciones relevantes parecen ser el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y The rule of law-program of the Konrad Adenauer-Stiftung, véase *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (IIJ-UNAM) y *Yale Law School Latin American Legal Studies* (Yale Law School).



la Corte Interamericana, cuyo fundamento está formado por una densa red de finas raíces que crecen en el tejido social de cada Estado de la región.

Con el paso atrevido de crear la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH contribuyó decisivamente a propiciar este desarrollo.<sup>8</sup> El término "derecho común" representa la noción para lo que se está configurando, ya que el control de convencionalidad conlleva el que la jurisprudencia surgida de la interpretación de la Convención y emanada de la Corte tenga que informar e incluso guiar a cada juez de la región.

Ciertamente, como subraya la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay del 11 de abril de 2019, la cosa juzgada afecta solamente a las partes en litigio. Sin embargo, es también fundamental considerar los demás efectos de una sentencia internacional que son universalmente reconocidos. Para no ser arbitraria, cualquier corte internacional incluso la Corte Interamericana, en principio, debe aplicar la misma interpretación a casos futuros similares. De ello deriva la función orientadora de su jurisprudencia para cada tribunal nacional basada en una constitución que atribuye al derecho internacional de los derechos humanos un papel importante en el ordenamiento interno (Mosler, 1982, p. 355).<sup>9</sup> En este marco, el control de convencionalidad es ciertamente una interpretación avanzada de esta doctrina reconocida, pero nada fuera de su ámbito lógico.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006); Ferrer Mac-Gregor, E. (2010, pp. 151-188); Henríquez, M. y Morales Antoniazzi, M. eds. (2017).

<sup>9</sup> Es reveladora la discusión sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Constitucional Federal Alemana *Urt. v. 14.10.2004*, 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307; *Urt. v. 4.5.2011*, 2 BvR 2365/09 = BVerfGE 128, 326 (364 ff.); BVerfGE 128, 326 (368); BVerfG, *Urt. v. 12.6.2018*, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 129; Corte Constitucional Italiana, decisiones No. 348 y No. 349/2007.

<sup>10</sup> Resulta ilustrativa la respuesta del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile ante la Declaración de Presidentes, pues el 24 de abril de 2019, Haroldo Brito, sostuvo que "En la actualidad resulta impensable un control jurisdiccional que desatienda la aplicación de los tratados internacionales o los estándares elaborados para los órganos de control de los tratados, puesto que si algo distingue a la jurisprudencia actual es ser más proclive a la integración del derecho internacional de los derechos humanos en la decisión de los casos" (El Dinamo, 2019). El 26 de abril de 2019 la Corte Suprema de Justicia chilena hizo público su veredicto de dejar sin efecto los fallos condenatorios de 8 personas mapuche bajo la Ley Antiterrorista. Esta resolución es adoptada en cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 2014 en el caso *Norin Catrیمان y otros vs. Chile*, en la que determinó que dichas condenas resultaron de procesos que no cumplieron con el debido proceso y fueron discriminatorios. Comunicado vía electrónica.

En consecuencia, cada juez nacional se convierte en un juez interamericano, lo que expande enormemente el alcance de la Convención Americana. Para entender el alcance social y político de esta doctrina, se ha de recordar la relevancia política de diversos casos paradigmáticos, p. ej., las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por actores a menudo vivos y a veces aún poderosos.

Parece fácil describir esta interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como "activismo judicial", que iría más allá del mandato o pudiendo calificarse de *ultra vires*, y por ende no conforme a la Convención. Y aun así, pocas instituciones nacionales han llegado a esta conclusión.<sup>11</sup> En general se acepta la interpretación evolutiva como válida y legítima. La misma Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay del 11 de abril de 2019, aunque crítica en varios puntos, reconoce el valor fundamental de tal operación del sistema. ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no ha sido el resultado de un proceso unilateral de arriba-abajo de una corte buscando hegemonía, sino más bien de un proceso en el cual han coadyuvado numerosos actores.

Primero, la mayoría de las constituciones atribuye un papel clave a la Convención Americana y sus instituciones en su ordenamiento jurídico interno, es decir, están integradas en las bases constitucionales de los Estados Parte de la Convención. Doctrinalmente se define como el bloque de constitucionalidad, formado por la constitución nacional y la Convención (Góngora, 2011). Por lo tanto, en términos de teoría constitucional, este desarrollo del mandato se puede explicar como un caso de cambio constitucional. La doctrina del cambio constitucional muestra la profundidad en que pueden impactar los cambios morales y políticos en las sociedades en cuanto al significado de la ley, sin que se produzca ningún cambio formal (Georg Jellinek, Bruce Ackerman) (Bernal,

---

<sup>11</sup> Entre estas, la decisión de la Corte Suprema de Argentina en *Fontevecchia* parece de importancia particular (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2017: párr. 6 y ss., esp. 12). El Gobierno de República Dominicana expresó su rechazo a una resolución de la Corte IDH de fecha 12 de marzo de 2019, en la que ha reiterado tener competencia para conocer casos dominicanos relativos al derecho de la nacionalidad. Se argumenta que se contraría la decisión del Tribunal Constitucional número 256-14 de noviembre de 2014 que declaró la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH de fecha 19 de febrero de 1999.

2016, p. 9). Se trata sobre todo de las disposiciones estructuradas de manera abierta, siendo el ejemplo clásico los derechos humanos. La doctrina de la interpretación evolutiva constituye la base metodológica para este cambio.<sup>12</sup>

Segundo, la jurisprudencia de la Corte IDH responde a las expectativas e interpretaciones aportadas por numerosos actores (Soley, en von Bogdandy, 2017, pp. 352-355). De hecho, la interpretación evolutiva de la Corte se enriquece con los distintos progresos *in situ* en toda la región, jugando un papel clave las organizaciones de la sociedad civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de litigio estratégico ante la Corte facilita a un fortalecimiento de tales organizaciones de la sociedad civil, que no solo son esenciales para los derechos humanos, sino también para la democracia en la región.

Tercero, instituciones nacionales han reconocido este impulso transformador del mandato. Hay actores nacionales que encomiendan a la Corte IDH resolver bloqueos institucionales a nivel doméstico, es decir, desencadenar acciones para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos (Parra Vera, 2017, p. 511). Los tribunales nacionales han aceptado y respaldado esta interpretación, entendiendo su valor para el cumplimiento de sus mandatos constitucionales nacionales, lo que se puede constatar en la integración de la jurisprudencia interamericana en muchas decisiones nacionales. Ciertos jueces nacionales incluso reconocen la construcción de un "derecho común" y se refieren a sí mismos explícitamente como "jueces interamericanos" (véase Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México); Carmenmaría Escoto (Costa Rica) y Dina Ochoa Escribá (Guatemala)). Y también la rama política ha respondido positivamente. Solamente consideren el caso de Uruguay, que en 2018 nombró juez para la Corte Interamericana a un magistrado de su Corte Suprema que había exigido la implementación de la sentencia Gelman de la Corte Interamericana contra Uruguay (OEA, 2018). Sin duda fue una señal de apoyo importante, considerando la crítica que recibió la Corte Interamericana por dicha decisión (Gargarella, 2013).

---

<sup>12</sup> Esta doctrina característica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy discutida por Rudolf Bernhardt (2007, p. 91) y George Letsas (2007, cap. 3).

Por supuesto, no todos están de acuerdo en que la Corte IDH asuma este mandato poderoso y transformador; al contrario, se ve enfrentado a inercia y resistencia. Pero las fuerzas que interpretan la Convención de tal modo tienen suficientes argumentos para sostener su fundamentación jurídica y, no menos importante, cuentan con suficiente respaldo para avanzar en este camino. El mandato goza de sólida legitimidad social.

## **2. La legitimidad del mandato transformador**

Los festejos del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana brindan una excelente posibilidad para estudiar la legitimidad social del Sistema Interamericano al promover este mandato transformador. Las celebraciones de los aniversarios de instituciones internacionales en general, y de sus cortes en particular, no son un gasto inútil de fuerza, tiempo y dinero (Vauchez, 2012). Al contrario, estas festividades sirven para el buen funcionamiento de estas instituciones y el cumplimiento de sus mandatos. Sustentan lo que, sin duda, es su recurso máspreciado: su legitimidad social. Sin una amplia aceptación social ningún tribunal puede cumplir su misión.

En el caso de la conferencia organizada para conmemorar el 40 aniversario, puede afirmarse que representa un brillante ejemplo de cómo se pueden utilizar las celebraciones para reforzar precisamente la legitimidad social. De hecho, la celebración muestra un gran éxito en términos jurídicos, políticos y sociales.

El éxito en el aspecto jurídico es fácil de constatar. En primer lugar, la celebración ha propiciado numerosas contribuciones científicas de alto nivel tanto por la academia como por juristas de la praxis.<sup>13</sup> Éstas han evaluado y elogiado el trabajo del Sistema en general y de la Corte en particular, reforzando con ello su autoridad. Al mismo tiempo, los ponentes formularon varias propuestas

---

<sup>13</sup> Véanse las contribuciones en el próximo volumen de las memorias del 40 Aniversario de la Corte Interamericana.

sobre el modo de avanzar, respaldando así los diferentes caminos que pueda tomar el Sistema. La autoridad académica de los ponentes afianza la legitimidad de la Corte.

Esta celebración igualmente ha sido un éxito político, como lo demuestra el número y el perfil de los asistentes (Corte IDH, 2018a). La mera presencia de representantes de varias instituciones públicas importantes constituyen una manifestación del respaldo político del que goza el Sistema Interamericano. Sin embargo, una presencia más visible de más Estados que están sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH habría sido bienvenida. Ahora bien, haber logrado que todas las instituciones representadas en el evento conmemorativo hayan expresado su apoyo a la labor del SIDH revela un hecho de alta connotación política.

La Corte IDH, en el marco de la ceremonia, contó con manifestaciones positivas del Poder Ejecutivo. Dos voces fueron particularmente significativas en este sentido. El Presidente de Costa Rica intervino en dos ocasiones a fin de expresar su profundo compromiso con el Sistema Interamericano, pese a una situación de conflicto político interno en cuanto a la autoridad de la Corte Interamericana (Murillo, 2018; Gutiérrez, 2018; Romero, 2018). Tal apoyo por parte del más alto representante del país anfitrión es revelador. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas, probablemente el más alto representante del sistema internacional, estuvo presente en esta celebración en honor a la Corte y expresó su apoyo inequívoco al Sistema Interamericano. Este apoyo no es evidente, teniendo en cuenta la tensión subyacente entre los sistemas regionales y universales: después de todo, la fragmentación del derecho internacional sigue siendo un problema (Payandeh, 2015).

En cuanto al Poder Judicial, la semana de festividad dejó en evidencia que la Corte Interamericana está apoyada por una red de tribunales, tanto internacionales como nacionales. Los otros dos tribunales regionales de derechos humanos, el europeo y el africano, participaron en el evento y estuvieron representados por sus presidentes y otros jueces. Para algunos de los jueces africanos

dicha participación conllevó viajes verdaderamente extenuantes; por lo tanto, su presencia es una clara señal de apoyo. Incluso dio lugar a un acuerdo de cooperación suscrito entre los tres tribunales regionales de derechos humanos, lo que demuestra la voluntad de profundizar su interacción (Corte IDH, 2018).

Los conflictos o desacuerdos entre la Corte Interamericana y otros tribunales internacionales debidos, por ejemplo, a cuestiones como la fragmentación, pali-decen en comparación con los que pueden surgir con los tribunales nacionales. Solo hay que considerar la audacia de la Corte Interamericana con la doctrina del control de la convencionalidad. Por lo tanto, la presencia de juezas y jueces de tribunales nacionales, sobre todo de aquellos con los cuales hay tensiones, es de una enorme trascendencia (Corte IDH, 2018b).<sup>14</sup> Más importante aún, todos expresaron su apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general y a la Corte IDH en particular. Si se tiene en cuenta que también se expresaron profundos desacuerdos, la manifestación de reconocimiento adquiere un valor adicional. Obviamente, la dimensión real del apoyo de los poderes judiciales nacionales a la Corte Interamericana no se puede deducir de estas pocas declaraciones, aunque es cierto que la Corte Interamericana no está sola.

Finalmente, el evento fue un éxito social. La inesperada afluencia de participantes hizo necesario trasladar las celebraciones a las salas más grandes de Costa Rica. La semana de celebraciones parece haber fortalecido el sistema social que, en definitiva, determina el éxito de la Convención Americana. Por lo tanto, cabe destacar la participación de una serie de organizaciones sociales y de víctimas individuales. Se hizo evidente que el Sistema Interamericano no solo está integrado por instituciones oficiales, sino por los individuos y los grupos de individuos, que son una parte activa del Sistema. Tal como lo expresó Lucrecia Molina Theissen (*caso Molina Theissen vs. Guatemala*): su participación activa ante los órganos del SIDH la convirtió en una *ciudadana*.

---

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal (Brasil), Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Corte Suprema de Justicia (Chile), Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Corte Constitucional de Colombia, Corte Suprema de Costa Rica.

La amplitud y profundidad del Sistema Interamericano, i.e. el que vincule a diferentes instituciones nacionales con la sociedad civil, impacta en la legitimidad de la Corte. Al mismo tiempo, denota la fuerza oculta del Sistema: consiste en mucho más que en sus instituciones, la Corte y la Comisión, sus siete jueces, siete comisionados y su personal. El Sistema Interamericano se basa hoy en una red robusta de miles y miles de personas cuyo objetivo es transformar América Latina a la luz de los derechos humanos.

Las celebraciones han esbozado quién pertenece al Sistema y cuál es su identidad. Un sistema jurídico a menudo se identifica por sus grandes casos, que son constantemente invocados por sus miembros y que forman parte de su narrativa (Yang, 2018, p. 6 y ss.). La Corte, en la publicación diseñada con ocasión de la celebración titulada "40 Años Protegiendo Derechos" señala cuáles son las decisiones que desde su punto de vista son trascendentales (Corte IDH, 2018c, p. 42-55). La importancia de estas decisiones ha sido reiterada por casi todos los participantes. Otro elemento central de la identidad es la finalidad del Sistema Interamericano. En este sentido, ha habido un amplio consenso durante las celebraciones: combatir la violencia y la exclusión social y fortalecer las instituciones débiles. La creencia de estar involucrado en un proyecto de tal dimensión robustece la identidad del grupo.

### **3. Un derecho común latinoamericano como la personificación del mandato**

Una parte esencial de la legitimidad e identidad del Sistema Interamericano es la convicción de múltiples actores jurídicos de que el Sistema contribuye al desarrollo de una normativa regional de derechos humanos para aproximarse a los problemas estructurales de la región (von Bogdandy *et al.*, 2017, p. 3-27), que abarca tanto el derecho internacional como el nacional. Este derecho latinoamericano no es un castillo en el aire. Aunque seguramente todavía no es un entendimiento jurídico compartido por todos los actores jurídicos relevantes, sí tiene impacto real en la región. Después de esta semana de celebraciones, tres rasgos de este derecho común destacaron visiblemente.

Un primer rasgo fundamental de un *derecho común latinoamericano de derechos humanos* es la creencia compartida de que el derecho común latinoamericano realmente existe, y que abarca la Convención Americana y los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez su manifestación más visible sea que varios jueces, tanto nacionales como internacionales, se consideran a sí mismos como jueces *interamericanos*, como se mencionó *supra*.

Esta autocomprensión se encuentra en los jueces de la Corte Interamericana, algo que no es obvio en lo absoluto. No muchos jueces internacionales se consideran parte de un sistema que igualmente está compuesto por jueces nacionales. Sin embargo, dicha autocomprensión es todavía más significativa y transformadora para los jueces nacionales, considerando el dualismo rígido que durante largo tiempo era un elemento principal del constitucionalismo latinoamericano (Acosta Alvarado). Con este telón de fondo, las declaraciones de los jueces nacionales durante las celebraciones tienen mayor repercusión. Todos ellos afirmaron y resaltaron su firme convicción de ser también jueces interamericanos, pese a los profundos desacuerdos que a veces surgen. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, juez de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y su actual Presidente, afirmó categóricamente que todo juez mexicano es a la vez un juez interamericano. La presidenta (en funciones) de la Corte Suprema de Costa Rica, Carmenmaría Escoto, afirmó sin reservas que, a pesar de los desacuerdos, su Corte contribuye a la construcción de un *ius commune* interamericano.<sup>15</sup>

Esta creencia no se limita en absoluto a los jueces. Viviana Krsticevic, una perseverante litigante en la Corte IDH, afirmó: "En mi experiencia, se puede hablar de un derecho común cuando la gente, las víctimas, el movimiento de derechos humanos, los funcionarios del Estado, e incluso los presidentes y expresidentes, lo consideran una construcción jurídica dotada de autoridad. Creo que los juristas y los profesionales del derecho son solo una parte del colectivo/grupo pertinente".<sup>16</sup>

<sup>15</sup> La presentación se publicará en breve en la obra contentiva de las Memorias del 40 Aniversario.

<sup>16</sup> Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en un correo electrónico al autor.



Un segundo elemento de este derecho regional común es que se nutre de las decisiones de los diferentes tribunales del Sistema, y especialmente de los más altos tribunales (tribunales supremos, tribunales constitucionales y la Corte Interamericana). Es significativo que los tribunales estatales citan a la Corte Interamericana y esta última cita a las nacionales. Una característica fundamental del derecho común latinoamericano es que las decisiones judiciales nacionales deben, en principio, reconocer la autoridad de la Corte Interamericana.<sup>17</sup> Al mismo tiempo, las decisiones judiciales nacionales definen el horizonte en el que opera la Corte Interamericana, como lo demuestran sus numerosas referencias a las decisiones nacionales.

Por supuesto, persisten interrogantes e incluso desacuerdos en torno al funcionamiento de este derecho común. Pero una vez más, en las presentaciones y conferencias dictadas durante las celebraciones se puso de manifiesto la convergencia en cuestiones cruciales. Más sustancial fue aun el que ninguna persona, sobre todo ningún representante de la Corte Interamericana, abogó por la supremacía incondicional de todas las decisiones de la Corte Interamericana para todos los tribunales nacionales en cualquier situación. Por el contrario, el llamamiento ha sido a favor de soluciones matizadas. Además, parecía poco probable que todos los actores involucrados compartieran un único enfoque doctrinal. Al mismo tiempo, parece existir, al menos entre los participantes, un amplio consenso sobre el hecho de que los desacuerdos no deberían acabar perjudicando el Sistema Interamericano.

Esto lleva al tercer rasgo fundamental del derecho común latinoamericano de los derechos humanos: la percepción de un sinnúmero de actores de que el sistema común les permite *cumplir mejor sus mandatos*. La mayoría de las constituciones

---

<sup>17</sup> Véase arriba la referencia a la postura de la Corte Suprema de Justicia de Chile frente a la Declaración de los cinco Presidentes (nota al pie número 10). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México sobre matrimonio igualitario AR 581/2012 se cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (<http://bit.ly/2lZke1o>), decisión que, después de reiterarse en 5 sentencias, se convirtió en jurisprudencia. Otro ejemplo paradigmático es la decisión ADR 6181/2016 (<http://bit.ly/2lZko90>) que se vincula a la justicia con perspectiva de género a mujeres que sufren violencia y enfrentan cargos penales por agredir a sus victimarios. Se cita a la Corte IDH en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Para una visión general sobre el diálogo co-evolutivo: Góngora Mera, M. (2017).

nacionales y la Convención Americana encomiendan a los jueces la tarea de abordar, dentro del ámbito de sus competencias y procedimientos, la violencia, la exclusión social y la debilidad de las instituciones. Todos los ponentes destacaron que, para fomentar el cambio social en la región en este marco, es esencial la cooperación. El derecho común latinoamericano de los derechos humanos sirve para hacer frente de manera conjunta a los grandes desafíos de la región. Aunque nadie proclamó que los tribunales puedan superar por sí mismos tales desafíos, muchos parecían convencidos de que tienen que desempeñar un papel fundamental para alcanzarlos.

Permanecen sin resolverse innumerables dificultades. No obstante, se puede afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico, que se compone de elementos que tienen su origen en ordenamientos jurídicos diferentes y que están conectados por un impulso común. Este derecho es más que un tigre de papel o el producto de una imaginación hiperactiva. Ha sido institucionalizado y operativizado por actores concretos con autoridad. Ciertamente, este derecho latinoamericano de los derechos humanos no determina todas las relaciones de poder en la región. Por el contrario, a menudo colisiona con otros enfoques, valores e intereses. De ahí, una línea de ataque es que este derecho común es producto de un "activismo judicial desenfrenado" (Malarino, 2010).<sup>18</sup> ¿Pero realmente es así? Esta cuestión nos conduce a explorar las salvaguardias para mantener la validez y la legitimidad de la ejecución del mandato.

#### **4. Cuestiones de validez y legitimidad**

El mandato para impulsar un constitucionalismo transformador en América Latina a través de un derecho común de los derechos humanos es un mandato abierto, pero no indeterminado. Los jueces no pueden simplemente hacer lo que crean mejor. Están guiados y restringidos por los marcos de los casos, la metodología jurídica, la colegialidad y los procedimientos, los precedentes y la necesidad de construir y proteger la autoridad de la Corte IDH.

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, supra nota 20; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), Sentencia 1939/2008 (18 de diciembre de 2008), No. 08-1572.

La ejecución del mandato está restringida por los desafíos que provienen de la realidad social. Interpretar la Convención a la luz de la realidad social en América Latina significa sobre todo abordar la debilidad de las instituciones, la exclusión social y la violencia (Piovesan, en von Bogdandy *et al.*, 2017, pp. 50-51). Existe en América Latina un acuerdo amplio de que estos son los desafíos que las naciones tienen que afrontar. Del mismo modo está claro que el constitucionalismo transformador necesita ser promovido por medidas estructurales, que atiendan las deficiencias estructurales (Huneeus, 2015; Abramovich, 2009). El mandato de la Corte IDH va, por esa razón, mucho más allá de decidir si en el caso concreto hubo una violación de la Convención Americana. Ello explica las órdenes de reparaciones creativas y de gran alcance que se han convertido en una llave clave del constitucionalismo transformador (en von Bogdandy *et al.*, 2017: Soley, pp. 346-348; Morales y Saavedra, pp. 267-275). Es importante que la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay del 11 de abril de 2019 no rechace este desarrollo por completo, sino que se limita a enfatizar que las reparaciones 'guarden una debida proporcionalidad', las 'exigencias propias del estado de Derecho' y 'los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados'.<sup>19</sup>

Aunque sea un ámbito amplio, con gran discrecionalidad por parte de la Corte Interamericana, existen, no obstante, normas y salvaguardias contra un "activismo judicial desenfrenado" (Schönberger, 2012, p. 296; von Bogdandy y Venzke, 2014, pp. 156 ss.) Ciertas voces se orientan hacia los "métodos" del razonamiento jurídico, parte del cual son los "métodos de interpretación jurídica". Cualquier decisión jurídica debe estar vinculada *lege artis* a la fuente fundamental de la autoridad de una corte, en nuestro caso a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, no se debería sobrevalorar estos métodos. La investigación especializada muestra que estos métodos, inclusive los méto-

---

<sup>19</sup> Se han generado por parte de la Academia y de la sociedad civil, entre otros, reacciones advirtiendo los problemas que se pueden derivar de la Declaración A título enunciativo: del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Chile (Schönsteiner, 2019); el Posicionamiento del Observatorio del SIDH de la UNAM y de la Universidad Iberoamericana de México suscrita por profesores e investigadores de diversos países latinoamericanos y europeos (A.A.V.V., 2019); Human Rights Watch (Ruíz, 2019); CEJIL y *más de 200 organizaciones y personas* (CEJIL, 2019); DPLF (Cerqueira, 2019).

dos de interpretación casi nunca determinan el resultado de una decisión, sobre todo de las decisiones de cortes supremas, constitucionales o internacionales. El propósito de estos métodos es más bien enmarcar la decisión y brindar estándares de crítica.

Pero los "métodos" representan solo un estándar de salvaguardia entre otros. Justamente el proceso de selección de los jueces interamericanos constituye otra salvaguardia. Cada juez es seleccionado y elegido con una idea determinada de qué representa el mandato de la Convención. Tras cuarenta años de funcionamiento, su empuje transformador es incuestionable para todo el mundo jurídico. La selección y el nombramiento de jueces en el Sistema Interamericano es de importancia especial, ya que solo hay siete jueces o comisionados que son elegidos únicamente por seis o cuatro años con una única posibilidad de reelección. Ello implica que la Corte Interamericana, con apenas unos cuatro nombramientos, podría cambiar radicalmente su perspectiva y convertirse en la punta de lanza de aspiraciones autoritarias o neoliberales; la sala constitucional del Tribunal Supremo venezolano brinda un ejemplo deprimente (Brewer-Carías, 2017).

Al elenco de salvaguardias se suma el principio de colegialidad. En una corte de derechos humanos, cada decisión se basa en el juicio de varios jueces. El juez *Hércules* de Dworkin da una idea errónea de lo que pasa en San José. Las controversias entre jueces están incorporadas en los sistemas y disponen una característica central para enmarcar y restringir cualquier decisión.

Más orientación y restricciones brotan del proceso que desarrolla el caso, los actores con sus alegatos, la hoja de ruta y el contexto específico del caso, y las probables implicaciones de las diferentes decisiones posibles. La identidad del Sistema, creada por el camino que ha recorrido hasta ahora, establecido en la jurisprudencia, así como el legado de las luchas que lo alcanzaron, es otro factor limitante. Por último, y no menos trascendental, está la anticipación de la recepción que una decisión probablemente reciba, en particular de los tribunales nacionales, de los actores políticos, de la opinión pública, de la sociedad civil y de la academia. La autoridad de los tribunales, su activo fundamental, nunca está realmente consolidada, sino que se basa en una interacción continua

con una amplia gama de partes interesadas. Ello es particularmente cierto para los tribunales internacionales. Por todas estas razones, los tribunales internacionales de derechos humanos son instituciones más bien limitadas.<sup>20</sup>

## 5. Evaluando los logros

Quizás el estándar de éxito más común de los tribunales internacionales es el grado de cumplimiento de las sentencias. Sobre todo, cuando se trata de cambios sociales, parece evidente centrarse en la cuestión de si los Estados cumplen con una sentencia. Es bien sabido que las estadísticas que reflejan el llamado "cumplimiento" no favorecen a la Corte IDH.<sup>21</sup>

Ahora bien, debemos mirar más allá del cumplimiento. El cumplimiento no debería ser el criterio decisivo para evaluar el funcionamiento de un tribunal internacional, sobre todo de una corte de derechos humanos que aborda problemas estructurales (Cavallaro y Brewer, 2008; Soley, 2017, pp. 347-348; Howse y Teitel, 2010); especialmente cuando su mandato es el de contribuir a un constitucionalismo transformador. La Corte Interamericana, al ejercer este mandato, suele ordenar reparaciones que son a menudo difíciles de acatar plenamente, como la persecución de individuos que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte aspirara a un cumplimiento total tendría que renunciar a su mandato, lo que carece de sentido. En el constitucionalismo transformador el criterio de cumplimiento debería dar paso a otros criterios más amplios, como el impacto. Ello es válido para el proceso (y no solo el resultado) del cumplimiento y los numerosos actores involucrados en el mismo.<sup>22</sup>

Si se pone el énfasis en el impacto, emergen y se perfilan otros criterios (Parra, en Bogdandy et al, 2017; Engstrom, 2018). Lo más sorprendente es el impacto

<sup>20</sup> Ximena Soley y Silvia Steininger (2018) tocan el tema sobre el problema de las contrarreacciones contra los tribunales de derechos humanos.

<sup>21</sup> Para un análisis riguroso sobre el cumplimiento, Fernando Basch et al. (2010, p. 9) y Damián A. González-Salzberg (2011); para una vista más matizada sobre el cumplimiento: Cavallaro, J. y Brewer, S. (2008); respecto a la Comisión, Dulitzky, A. (2017, pp. 299-304). Respecto a decisiones contra Colombia: Anzola, S., Sánchez, B. E. y Uruña, R. (2015, pp. 447 y ss.)

<sup>22</sup> Respecto a decisiones contra Colombia: Anzola, Sánchez y Uruña (2015) y Engstrom (2017).

a largo plazo. Hace cuarenta años, los derechos humanos de la Convención Americana eran cláusulas latentes, estándares que solo unos pocos actores tomaban en serio.<sup>23</sup> Por el trabajo del Sistema Interamericano, de la Corte, de la Comisión así como de las instituciones e individuos que constituyen su sistema social, a lo largo de estas cuatro décadas, los derechos humanos han pasado a ser operativos en ámbitos relevantes. Actualmente, numerosos discursos y conflictos políticos en la región son enmarcados y desarrollados en un lenguaje nuevo, el lenguaje de los derechos humanos. Siendo juristas, sabemos que la forma, el lenguaje y las palabras importan y que desempeñan un papel preponderante.

A la pregunta de si América Latina es hoy un lugar mejor debido al impacto de la Convención Americana, se podría contestar que la situación sigue siendo grave para muchas personas. No obstante, parece seguro adoptar la premisa que muchas personas estarían peor sin el Sistema Interamericano y su impacto en las Constituciones nacionales.

## 6. Crítica

Si algo ha faltado en la semana de la celebración de los cuarenta años ha sido una crítica seria. En cierto modo, el silencio al respecto es comprensible si se tiene en cuenta la percepción extendida de que el Sistema Interamericano es débil y está amenazado por fuerzas hostiles. Dado que estas celebraciones han demostrado la legitimidad de la que goza el Sistema, hay buenas razones para buscar la fuerza innovadora que proviene de la crítica (Simmel, 1992; Hirschmann, 1994, pp. 202-212; Frankenberg, 1997, pp. 32 y ss., 133 y ss., 213 y ss).

A lo largo de estas líneas, me vienen a la mente varios temas para futuros seminarios. Se podría debatir si de verdad todo el *corpus iuris latinoamericano* es un logro. Esto es poco probable, a la luz de la complejidad de los asuntos que llegan a la Corte.<sup>24</sup> Una señal importante podría enviarse si la Corte o la

<sup>23</sup> Véase la contribución a esta conferencia de los 40 años de la Corte Interamericana celebrada en Costa Rica en Julio de 2018 por parte de Rafael Nieto Navia, antiguo presidente de la Corte IDH.

<sup>24</sup> Por ejemplo, se podría cuestionar la solidez doctrinal de la jurisprudencia sobre *ius cogens*. Para una visión general de los casos en los que el concepto de *ius cogens* ha sido abordado por la Corte IDH: Contreras-Garduno y Alvarez-Rio (2016); para una visión crítica de esta jurisprudencia, véase Gerald L. Neuman (2008).

propia Comisión promovieran una reflexión sobre los puntos ciegos del derecho común internacional-latinoamericano en cuanto a las decisiones del sistema que son percibidas como objetables. Un evento de este tipo podría generar una crítica constructiva que acabaría fortaleciendo el Sistema y su mandato transformador.

Otra iniciativa podría ocuparse de la tensión, o incluso paradoja, que se notó regularmente durante las celebraciones. Muchos elogiaron la contribución de la Corte para la garantía de los derechos humanos en la región, mientras que se lamentaban de la terrible situación de los derechos humanos. Por una parte, parece que se han hecho progresos y, por otra, que no se han producido cambios sustanciales. ¿Cómo se relacionan estas dos declaraciones entre sí? ¿Es suficiente declarar que la situación sigue siendo terrible porque no se respetan los derechos humanos? ¿O tal vez hay causalidades más complejas detrás de todo el panorama?<sup>25</sup> Se trata, en últimas, de reflexionar sobre la relación entre constitucionalismo transformador del mandato Interamericano y el tradicional formalismo jurídico de América Latina. El estudio de esta cuestión podría dar lugar a otra útil perspectiva crítica.

Finalmente, quizás valdría la pena involucrar a aquellos que no creen que el Sistema Interamericano sea tan maravilloso. Hay quienes consideran que la Corte debería ser más formalista, y que su forma actual de razonar socava la racionalidad específica del derecho. Hay quienes opinan que los objetivos del Sistema Interamericano se alcanzan mejor a través de otros mecanismos que podrían verse frustrados por un enfoque basado en los derechos humanos. Hay quienes creen que la agenda de los derechos humanos se interpone en el camino de un proyecto verdaderamente importante: avanzar hacia sociedades más justas mediante un crecimiento económico sólido. Por último, hay quienes creen que este proyecto transnacional, precisamente debido a ese carácter, se construye sobre arena, ya que solamente un poder estatal puede propiciar tal cambio.

---

<sup>25</sup> Las investigaciones estadounidenses de David Kennedy (2004) y Samuel Moyn (2018) probablemente encabezan este tema. Siempre se deberían reflejar los antecedentes específicos estadounidenses de esta investigación.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a pesar de toda la profundidad y la amplitud que ha adquirido en los últimos cuarenta años, es solo una de las diversas fuerzas que compiten por dar forma al futuro de las Américas. Para continuar su camino exitoso, parece probable que el constitucionalismo transformador deba construir coaliciones más amplias. Ello también debe entenderse como parte del mandato del Sistema Interamericano, en su vocación de conectar el derecho constitucional aún más sólidamente a un derecho internacional que fortifique sus principios fundamentales.

## Fuentes

### Bibliografía

Anzola, S., Sánchez, B. E. y Urueña, R. (2015), *Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*, Documentos Justicia Global 11. Colombia: Uniandes.

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

Bernal, C. (2016), "Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica" en *Cambio constitucional informal*, Albert, R. y Bernal C. (eds.), Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Bernhardt, R. (2007), "Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", en: *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Breitenmoser, Stephan et al. (eds.), Londres: Nomos Publishers.

Brewer-Carías, A. (2017), *La consolidación de la tiranía judicial*, Caracas-Nueva York: Editorial Jurídica Venezolana International.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2017), *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Washington: OEA.



Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2018), *Informe Anual 2018*, Washington: OEA.

CEPAL (2019), *Panorama Social de América Latina, 2018*, Santiago: Naciones Unidas.

Céspedes-Báez, L. y Prieto Rios, E. (2017), *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Bogotá: Universidad del Rosario.

Dulitzky, A. (2014), "El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?", en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Rivera, J. C. (ed.), Argentina: Abeledo Perrot.

Dulitzky, A. (2017), *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: Modelos para Desarmar*, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Engstrom, P., ed. (2018), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Nueva York: Palgrave Macmillan.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2010), "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en *Formación y perspectivas del Estado en México*, Fix-Zamudio, H. y Diego Valades, D. (eds.), México: El Colegio Nacional-UNAM: 151-188.

Frankenberg, G. (1997), *Die Verfassung der Republik*, Alemania: Suhrkamp.

Gargarella, R. (2019), "Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas", Disertación en el Seminario García Pelayo, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Góngora, M. E. (2011), *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, C. R.: IIDH.

Góngora Mera, M. (2017) "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales," *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Bogdandy, A. et al. (eds.), Rio De Janeiro: Elsevier: 312-337.

Henríquez, M. y Morales Antoniazzi, M. eds. (2017), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Chile: DER Ediciones.

Kennedy, D. (2004), *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, New Jersey: Princeton University Press.

Kotzur, M. (1978), *De la soberanía al derecho constitucional común*, México: UNAM.

Letsas, G. (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Morales Antoniazzi, M. (2014), *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México: UNAM.

Mosler, H. (1982), "Schlußbericht über das Kolloquium", en *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, Maier, I. y Schumde (ed.): Alemania: Müller.

Moyn, S. (2018), *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Parra Vera, O. (2017), "El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al 'empoderamiento institucional'", en Bogdandy et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*.

Payandeh, M. (2015), "Fragmentation within International Human Rights Law", *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law*,

Andenas, M. y Bjorge, E. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press: 297-319.

Piovesan, F. (2017), "*Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*", en Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, pp. 50-51.

Restrepo Piedrahita, C. (1978), *Tres ideas constitucionales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015), *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires: Siglo xxi Editores.

Simmel, G. (1992), "Der Streit", *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Rammstedt, O. (ed.), Alemania: Gesamtausgabe.

Soley, X. (2017), "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*: 337 y ss.

Uprimny, R. (2011), "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina", *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito C. (ed.), México: Siglo XXI Editores.

Von Bogdandy, A. y Venzke, I. (2014), *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.

Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. Soley, X., (2017), "*Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*", en *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford: OUP.

Yang, N. (2018), *Die Leitentscheidung*, Berlin: Springer.

## Hemerografía

A.A. V.V. (2019, 9 de mayo), "Posicionamiento frente a la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos emitida por los gobiernos que encabezan", Ciudad de México. Disponible en: <http://bit.ly/2m0paDb>

Abramovich, V. (2009), "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *Sur- International Journal on Human Rights* (6) 11.

Acosta Alvarado, P. (2016), "Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno", *Estudios Constitucionales* (14) 1: 15-60.

Basch, F. *et al.* (2010), "La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (12).

Cavallaro, J. L. y Brewer, S. (2008), "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law* (102) 4: 768-827.

CEJIL (2019, 1 de mayo), "Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH.", *CEJIL*. Disponible en: <http://bit.ly/2kmC7Hf>

Cerqueira, D. (2019, 3 de mayo), "Impericia jurídica, insolencia histórica e incoherencia diplomática: a propósito del manotazo de cinco países de Sudamérica al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Blog Justicia en Las Américas.

Contreras-Garduno, D. y Alvarez-Rio, I. (2016), "A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on *Jus Cogens*", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (14): 113-132.

Corte IDH (2018a, 23 de julio), "Más de 1500 personas asisten a la semana de eventos en conmemoración del 40 aniversario de la creación de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos", *Comunicados de Prensa Corte-IDH*. Disponible en: <http://bit.ly/2IVH8qJ>

Corte IDH (2018b, 19 de julio), "40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Agenda Corte IDH*.

Corte IDH (2018c), *40 años Protegiendo Derechos*, Costa Rica: Corte IDH. Disponible en: <http://bit.ly/2IVKdXP>

Engstrom, P. (2017), "Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System", *Revista Direito & Práxis* (2) 8: 1250-1285.

Farer, T. J. (1997), "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", *Human Rights Quarterly* (19): 514 y ss.

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo–FARC-EP–Gobierno de Colombia (2016), "Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto y La Construcción de Una Paz Estable y Duradera". Disponible en: <http://bit.ly/2mnkdox>

El Dínamo (2019, 24 de abril), "Corte Suprema y polémica por CIDH: 'La justicia está ligada a tratados internacionales'". Disponible en: <http://bit.ly/2kmj9QV>

Gargarella, R. (2013), "Sin lugar para la soberanía popular: Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *SELA*, Doc. 125.

González-Salzberg, D. A. (2011), "La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (8) 15: 229-231.

Gutiérrez Wa-Chong, T. (2018, 16 de marzo), "Fabricio Alvarado: 'Corte Interamericana no puede legislar en el país'", *La República.net*. Disponible en: <http://bit.ly/2m0jboJ>

Häberle, P. (2004), "Mexiko – Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts – ein jus commune americanum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (52): 581.

Hailbronner, M. (2017), "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South", *American Journal of Comparative Law* (65) 3: 527-565.

Hirschmann, A. O (1994), "Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society", *Political Theory* (22).

Howse, R. y Teitel, R. (2010), "Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters", *Global Policy Journal* (1) 2: 127-136.

Huneus, A. (2011), "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal* (44) 3, art. 2.

Huneus, A. (2015), "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts", *Yale Journal of International Law* (40).

Huneus, A. y René Urueña, R. (2016) "Introductio to Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law", *American Journal of International Law Unbound* (110): 16-165.

Klare, K. E. (1998), "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* (14)1: 146-188.

Malarino, E. (2012), "Judicial Activism Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of The Inter-American Court of Human Rights", *International Criminal Law Review* (12) 4: 665- 695.

Murillo, A. (2018, 17 de julio), "Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha", *Semanario Universidad*. Disponible en: <http://bit.ly/2mesPgS>

Neuman, G. L. (2008), "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *European Journal of International Law* (19): 101-123.

OEA (2018, 5 de junio), "Concluyó la 48a. Asamblea General de la OEA", Comunicado de Prensa, Fotonoticia FNC-94314.

Romero, F. (2018, 11 de enero), "Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le 'impongan' agenda LGTBI", Costa Rica: *Elmundo.cr*. Disponible en: <http://bit.ly/2IUo6ko>

Ruíz, M. (2019, 25 de abril), "Advierten que una declaración firmada por la Argentina debilita la defensa de los DD.HH.", *La Nación*. Disponible en: <http://bit.ly/2kFcdic>

Schönberger, C. (2012), "Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen: Referat und Leitsätze", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (71): 296-335.

Schönsteiner, J. (2019, 25 de abril), "Reacción a la carta de cinco gobiernos para limitar rol del Sistema Interamericano", Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos UDP. Disponible en: <http://bit.ly/2kmo702>

Soley, X. y Steininger, S. (2018), "¿Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2018-01.

Vauchez, A. (2012), "Keeping the Dream Alive: The European Court of Justice and the Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence" *European Political Science Review* (4) 1: 51-71.

## Sentencias

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), Sentencia 1939/2008 (18 de diciembre de 2008), No. 08-1572.

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Segunda de Revisión, 31 de julio de 2008, Sentencia T-760/08

## Casos

Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), Series C No. 154, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (<http://bit.ly/2lZke1o>).

Corte IDH, caso *Molina Theissen vs. Guatemala* (4 de mayo de 2004) Serie C No. 106, Méritos.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2017, 14 de febrero), "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Suprema Corte de Justicia de la Nación: AR 581/2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación: ADR 6181/2016.



## El control de constitucionalidad de las leyes en España

---

*The judicial review  
of the laws in Spain*

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ\*

### Resumen

Este escrito trata de ofrecer una aproximación al sistema de control de constitucionalidad de las leyes existente en el ordenamiento español. Para ello, se examinan sus diferentes elementos –objeto, criterio, procedimientos, sentencia y efectos– y se ponen de relieve los principales problemas interpretativos planteados por la correspondiente regulación constitucional y legal.

**Palabras clave:** Control de constitucionalidad, inconstitucionalidad, sentencias interpretativas, España.

### Abstract

This paper attempts to offer an approximation to the system of control of constitutionality of existing laws in the Spanish legal system. To this end, its different elements –object, criterion, procedures, sentence and effects– are examined and the main inter-

---

\* Presidente de la Sala 3a. del Tribunal Supremo de España. El texto, hasta ahora inédito, está llamado a formar parte de un volumen de conjunto sobre el Derecho Constitucional Español, que debería aparecer en un futuro próximo.

pretative problems raised by the corresponding constitutional and legal regulation are highlighted.

**Keywords:** Control of constitutionality, unconstitutionality, interpretative judgements, Spain.

## 1. Objeto del control de constitucionalidad

Para identificar las normas que pueden ser objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad, los arts. 161.1.a) y 163 de la Constitución Española (CE) utilizan expresiones diferentes. El art. 161.1.a) habla de "leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley" al tratar del recurso de inconstitucionalidad, mientras que el art. 163 dice "norma con rango de ley" con respecto a la cuestión de inconstitucionalidad.

Se trata de expresiones distintas, cuyo significado técnico-jurídico no es necesariamente idéntico. La "fuerza de ley" hace referencia a la peculiar capacidad de la ley para regular situaciones jurídicas e innovar el ordenamiento sin otros límites que los dimanantes de la Constitución (fuerza activa), así como a su resistencia a ser modificada o derogada por normas que no tengan su misma capacidad innovadora (fuerza pasiva). El "rango de ley", por su parte, tiene que ver con el nivel que la ley ocupa en la jerarquía normativa, es decir, con su inmediata subordinación a la Constitución sin que haya entre una y otra niveles jerárquicos intermedios. Dicho esto, no cabe duda de que ambos preceptos constitucionales van referidos no solo a las leyes en sentido propio, sino también a aquellas otras normas que tienen una fuerza o un rango similar a los de la ley. La cuestión crucial es, así, si la fuerza de ley y el rango de ley van necesariamente unidos, de manera que las normas englobadas en cada una de esas dos rúbricas son las mismas. En otras palabras, se trata saber si la utilización de dos expresiones distintas en los arts. 161.1.a) y 163 CE responde a razones sustantivas o si, por el contrario, es una mera licencia literaria.

Pues bien, es pacífico que a efectos de determinar el objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad –tal vez no en otros contextos– las normas

con fuerza de ley y las normas con rango de ley son coincidentes. Y aunque la Constitución no dice qué tipos de normas están incluidas en esta categoría, sí lo hace el art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC):

Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.
- c) Los Tratados internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Es evidente que el precepto legal transcrito tiene un carácter puramente declarativo, no constitutivo; es decir, se trata de una simple comprobación que hace el legislador de los tipos de normas que, por sus características objetivas, tienen fuerza o rango de ley. La fuerza y el rango de ley no puede darlo o quitarlo la propia ley, sino que deriva de consideraciones constitucionales: la peculiar capacidad innovadora de ciertos tipos de normas, y su nivel inmediatamente subordinado a la Constitución en la escala jerárquica. Lo que hace el art. 27.2 LOTC solamente es verificar qué tipos de normas reúnen efectivamente esas características, existiendo consenso doctrinal en que esa lista es correcta: todos los tipos de normas allí enumerados tienen objetivamente fuerza y rango de ley.

Problema diferente es si la lista del art. 27.2 LOTC es cerrada o exhaustiva: ¿hay alguna norma de otro tipo de la que quepa objetivamente predicar la fuerza o el rango de ley y que pueda, por consiguiente, ser objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad? Al menos una vez se ha dado una respuesta afirmativa: con ocasión del Real Decreto 1673/2010, que declaró el estado de alarma para hacer frente a una huelga de controladores aéreos que amenazaba

con paralizar el país, el Tribunal Constitucional afirmó su jurisdicción exclusiva para controlar la validez de los actos del Gobierno y de las Cortes Generales relativos a la declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio regulados en el art. 116 CE (STC 83/2016). Así, incluso si no hay intervención parlamentaria –tal como ocurre con la declaración inicial del estado de alarma, que la acuerda el Gobierno por sí solo– queda excluida la posibilidad de control por parte de los tribunales ordinarios. La razón que el Tribunal Constitucional dio para fundar su monopolio en esta materia es, precisamente, que tales actos tienen fuerza de ley, en el sentido de capacidad para innovar determinadas situaciones jurídicas sin otros límites que los dimanantes de la Constitución.

Al tratar del objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad, hay que hacer referencia también a las leyes preconstitucionales, es decir, a las leyes anteriores a la entrada en vigor de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo una doble vía para combatir la disconformidad con la Constitución de las leyes preconstitucionales: frente a ellas cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional –por definición, el recurso de inconstitucionalidad es aquí invariable, dado que debe interponerse en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley– y cabe, asimismo, que los jueces y tribunales ordinarios las declaren derogadas por incompatibilidad con alguna norma constitucional (STC 4/1981, 73/1996 y 224/2006). La razón de esta doble vía de impugnación deriva de que la Constitución Española contiene una cláusula de derogación genérica, recogida en el inciso final de su disposición derogatoria: "Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución." Ello significa, según el Tribunal Constitucional, que los jueces y tribunales ordinarios no están obligados a plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren que una ley preconstitucional aplicable al caso no es conforme con la Constitución: pueden declararla derogada con base en el inciso final de la citada disposición derogatoria y, en consecuencia, descartar su aplicación. Pero, dado que la ley preconstitucional no deja de ser una norma con rango de ley en el sentido del art. 163, el Tribunal Constitucional también admite que frente a ella se plantee cuestión de inconstitucionalidad. Los jueces y tribunales

ordinarios son sustancialmente libres de optar por una u otra vía, de modo que en materia de leyes preconstitucionales no existe un monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Dicho esto, es preciso destacar que las consecuencias de seguir una u otra vía no son idénticas. La declaración de derogación hecha por un tribunal ordinario solo surte efectos en el correspondiente proceso (*inter partes*), comportando la inaplicación de la ley en ese caso. Y ni que decir tiene que otro tribunal podría entender que esa misma ley preconstitucional no contraviene la Constitución, de donde se seguiría que no ha sido derogada y que debe ser aplicada. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por el Tribunal Constitucional tiene efectos generales (*erga omnes*) y determina la anulación de la ley.

Es interesante observar que la respuesta española al problema de las leyes preconstitucionales disconformes con la Constitución difiere de la dada en Alemania, donde la presencia de una cláusula de derogación genérica en el texto constitucional se interpreta como una exclusión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional. En Italia, en cambio, la ausencia de una cláusula de derogación genérica ha conducido a entender que las leyes preconstitucionales quedan sometidas al mismo régimen de impugnación de todas las leyes.

Mención aparte merecen las leyes derogadas. La derogación de la ley puede determinar que el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad formulados frente a ella cuando aún estaba en vigor pierda su finalidad. De aquí que el Tribunal Constitucional a veces declare la pérdida sobrevenida de objeto del procedimiento cuando la ley recurrida o cuestionada es derogada antes de que se dicte sentencia. Ahora bien, la mera circunstancia de que una ley haya sido derogada no excluye necesariamente que pueda seguir siendo objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional y que éste deba dictar sentencia en el correspondiente recurso o cuestión de inconstitucionalidad. Ello ocurre en todos aquellos supuestos en que la ley derogada sigue desplegando algún tipo de efecto o, por decirlo con palabras del art. 163 CE, cuando es "aplicable al caso". A este respecto hay que tener en cuenta que "las leyes no tendrán

efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario" (art. 2 CC), por lo que, aun cuando hayan sido derogadas, siguen rigiendolas situaciones surgidas durante su período de vigencia. De aquí que pueda tener sentido que el Tribunal Constitucional examine la compatibilidad con la Constitución de una ley derogada (STC 109/2001, 67/2005, 81/2009, entre otras). Por lo demás, tampoco desaparece el objeto del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad cuando la norma legal derogada es luego sustancialmente reproducida en un texto refundido (STC 173/2005).

## **2. Criterio o medida del control de constitucionalidad**

Una vez aclarado qué normas pueden ser objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad, es preciso establecer con qué deben ser confrontadas, es decir, cuál es el criterio o la medida de la constitucionalidad. Si se prefiere, puede hablarse de "normas de referencia", una expresión de origen francés, en el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes.

Pues bien, está fuera de discusión que todos los preceptos recogidos en la Constitución pueden operar, en principio, como criterio de la constitucionalidad. Es verdad que algunos enunciados de la Constitución son sumamente vagos o genéricos y, por ello mismo, resultan de difícil aplicación por sí solos. Por poner un ejemplo obvio, los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1o. CE –libertad, justicia igualdad y pluralismo político– mal podrían, si no son puestos en conexión con otros preceptos constitucionales, servir por sí solos de base para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Pero ello es un problema atinente a la interpretación y aplicación de la Constitución; y no, en puridad, de identificación del criterio de la constitucionalidad.

Es igualmente innegable que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es criterio de la constitucionalidad de las leyes. El conjunto de principios y doctrinas elaborados por el Tribunal Constitucional al interpretar la Constitución es, en la práctica, tan importante como el propio texto constitucional. Sobre

el significado de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el que tiene la última palabra. Así se desprende, sin sombra de duda, de su condición de "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 LOTC). A este respecto debe también recordarse que el art. 5 LOPJ comienza ordenando que los jueces y tribunales ordinarios "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".

Hasta aquí todo es claro. La cuestión es si, más allá de los preceptos de la Constitución y del significado que a los mismos ha atribuido el Tribunal Constitucional, existen otras normas cuya vulneración puede conducir a una declaración de inconstitucionalidad de la ley. El art. 28.1 LOTC da una respuesta afirmativa a este interrogante:

Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

Al igual que ocurría con el art. 27.2 LOTC en lo atinente al objeto del control de constitucionalidad, también el art. 28.1 LOTC tiene un carácter declarativo, más que constitutivo; es decir, las leyes a que se refiere –las que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas– no deben ser tomadas en consideración en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad porque así lo disponga el referido art. 28.1 LOTC, sino porque así se desprende de la función que a esas leyes atribuye la Constitución misma. La existencia de leyes que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es consecuencia de la opción del constituyente de no crear por sí mismo las Comunidades Autónomas, ni establecer directamente la distribución de competencias entre ellas y el Estado. Es sabido que, dada la falta de consenso suficiente sobre esta materia, la Constitución se limitó a fijar un marco dentro del cual podrían crearse las Comunidades Autónomas y atribuir compe-

tencias a estas. De aquí que la distribución de competencias no se encuentre en la Constitución, sino en cada uno de los Estatutos de Autonomía y, en su caso, en otras leyes constitucionalmente habilitadas para delimitar, regular y armonizar competencias autonómicas. Los Estatutos de Autonomía y esas otras leyes complementan, así, la Constitución y deben ser tomados en consideración como criterio de la constitucionalidad a la hora de determinar si una ley estatal o autonómica respeta el orden competencial.

Ocurre, sin embargo, que el art. 28.1 LOTC se diferencia del art. 27.2 LOTC en un extremo: no identifica cuáles son esas leyes que dentro del marco constitucional distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Es pacífico que dentro de esta categoría están comprendidos los Estatutos de Autonomía, ya que son éstos quienes crean las Comunidades Autónomas y les atribuyen competencias; y es asimismo pacífico que también están incluidas las leyes previstas en el art. 150 CE –es decir, las leyes marco, las leyes orgánicas de transferencia y delegación y las leyes de armonización– pues todas ellas son innegablemente mecanismos extra-estatutarios de atribución o regulación de competencias autonómicas. Dicho esto, lo dispuesto en el art. 28.1 LOTC también es predicable en la práctica de la legislación básica dictada al amparo del art. 149 CE; y ello porque es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional que la contradicción entre la ley autonómica y la legislación básica del Estado no se traduce, en principio, en la mera inaplicación de aquélla, sino que se trata de un problema de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional (STC 163/1995, entre otras muchas). Ello implica que, para determinar si la ley autonómica es inconstitucional por vulneración de la legislación básica, esta última debe ser tomada en consideración como criterio o medida de la constitucionalidad.

Para designar el conjunto de normas estatales que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades, la doctrina ha adoptado una expresión de origen francés que ha hecho fortuna: el "bloque de la constitucionalidad". Es una expresión muy gráfica, ya que pone de manifiesto que se trata de normas que, junto con la Constitución, forman una unidad, al menos a efectos de juzgar la constitucionalidad de otras leyes. Ahora bien, es importante no



perder de vista que no deja de ser una metáfora: las normas del bloque de la constitucionalidad no tienen el mismo valor que la Constitución misma. Son normas dictadas en virtud de potestades creadas y reguladas por la Constitución y, por consiguiente, son normas jerárquicamente subordinadas a la Constitución. Ello significa que los preceptos recogidos en los Estatutos de Autonomía, las leyes previstas en el art. 150 CE y la legislación básica tienen rango de ley, pueden ser objeto de impugnación mediante recurso o cuestión de inconstitucionalidad y, llegado el caso, pueden ser anulados por el Tribunal Constitucional. Así lo recuerda expresamente el propio art. 28.1 LOTC cuando habla de leyes dictadas "dentro del marco constitucional". Que incluso preceptos estatutarios pueden ser declarados inconstitucionales es algo fuera de toda duda (STC 31/2010). Las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad tienen, así, dos caras: por un lado, son leyes subordinadas a la Constitución a todos los efectos; y, por otro lado, en la medida en que sean conformes con la Constitución, son criterio de la constitucionalidad en lo atinente al orden competencial en el Estado autonómico.

### 3. El recurso de inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad, previsto en el art. 161.1.a) CE, permite una impugnación directa de las leyes y demás disposiciones con fuerza de ley: está abierto a determinados órganos de naturaleza política y por un plazo relativamente breve. Esto significa que su función es esencialmente de pacificación del procedimiento legislativo: si durante la elaboración de la ley se han manifestado dudas sobre su conformidad con la Constitución, es posible disiparlas inmediatamente mediante la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad por alguno de los sujetos políticos legitimados para ello. El recurso de inconstitucionalidad opera, así, como una especie de prolongación del procedimiento legislativo, ahora en sede jurisdiccional. Esto es lo que quería decir Hans Kelsen cuando calificaba al Tribunal Constitucional como "legislador negativo": mientras que el Parlamento elabora y aprueba la ley, el Tribunal Constitucional –como una especie de tercera cámara– puede invalidarla por inconstitucional. Esta función pacificadora del recurso de inconstitucionalidad presenta, sin embargo, un riesgo de politización, ya que involucra al Tribunal

Constitucional en controversias políticas aún vivas. Esto explica que un país tan influyente para el control de constitucionalidad concentrado como es Italia, tradicionalmente se haya resistido a introducir el recurso de inconstitucionalidad.

La otra característica inherente al recurso de inconstitucionalidad es que, por utilizar una fórmula alemana, da lugar a un control de constitucionalidad "abstracto". Dado que el recurso de inconstitucionalidad solo puede interponerse durante un plazo relativamente breve, el juicio del Tribunal Constitucional no puede, por definición, tomar en consideración la experiencia aplicativa de la ley impugnada: es un juicio abstracto sobre el texto o enunciado de la ley, que no puede apoyarse en los problemas prácticos que la ley haya planteado o en las distintas interpretaciones que a la misma hayan dado los jueces y tribunales.

Entrando ya en la regulación del recurso de inconstitucionalidad, la legitimación para interponerlo corresponde, por imperativo expreso del art. 162.1 CE, únicamente al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, así como a los Gobiernos y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Obsérvese que el único de estos sujetos legitimados que no puede ser calificado de "político" en sentido propio es el Defensor del Pueblo, que es una institución llamada a la defensa de los derechos de los ciudadanos como comisionado de las Cortes Generales (art. 54 CE).

Sobre la delimitación de la legitimación que hace el art. 162.1 CE conviene hacer dos observaciones. La primera es que la legitimación de cincuenta Diputados o Senadores –que no tienen por qué pertenecer a una misma fuerza política– exige una voluntad expresa de impugnar una ley determinada y, por consiguiente, deben dar a quien los representa un apoderamiento específico. No valen los poderes genéricos para impugnar cualesquiera leyes que puedan aprobarse (STC 47/2005).

La otra observación tiene que ver con la legitimación de los Gobiernos y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: el art. 32.2 LOTC la

limita a "las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía". Así, aunque el art. 162.1 CE nada diga expresamente al respecto, se entiende que los ejecutivos y legislativos autonómicos no pueden erigirse en guardianes de la constitucionalidad en general, sino que únicamente pueden combatir aquellas leyes que reputen contrarias a sus competencias o a sus atributos de autogobierno. Por ejemplo, la STC 223/2006 negó legitimación a un Gobierno autonómico para impugnar el reglamento parlamentario de la correspondiente Asamblea Legislativa. Más aún, el art. 32.2 LOTC impide la impugnación por los ejecutivos y legislativos autonómicos de leyes de otras Comunidades Autónomas. Es verdad que, a tenor del art. 161.1.d) CE, el conflicto de competencia puede entablarse entre dos Comunidades Autónomas y ninguna duda cabe que puede recaer sobre una ley autonómica; pero habrá de versar sobre una extralimitación competencial, no sobre otras posibles tachas de inconstitucionalidad que puedan hacerse a dicha ley autonómica.

El recurso de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley o disposición con fuerza de ley impugnada (art. 33.1 LOTC). El plazo, sin embargo, puede ampliarse hasta nueve meses cuando el reproche de inconstitucionalidad tenga que ver con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este supuesto, el art. 33.2 LOTC faculta al Gobierno de la Nación y al correspondiente Gobierno autonómico a reunir la llamada Comisión Bilateral de Cooperación, donde se entablará una negociación. Para la ampliación del plazo se precisa, en todo caso, que la iniciación de la negociación sea comunicada al Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la ley o disposición con fuerza de ley. Ni qué decir tiene de que todo ello vale tanto para normas legales autonómicas, como estatales.

La interposición del recurso de inconstitucionalidad debe hacerse directamente mediante escrito de demanda, de manera que hay un único trámite para que el recurrente despliegue toda su argumentación frente a la norma legal impugnada. Lo siguiente es dar traslado de dicho escrito a los demás sujetos que habrían estado legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad

contra esa misma norma legal, los cuales disponen de un plazo común de quince días para personarse en el procedimiento y hacer las alegaciones —a favor o en contra— que estimen oportunas. Con ello queda concluso en procedimiento y listo para dictar sentencia.

La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional nada dicen sobre la posibilidad de desistimiento del recurso de inconstitucionalidad. En algún momento hubo dudas al respecto, fundamentalmente por parte de quienes consideran que los problemas de constitucionalidad son de orden público y, por tanto, indisponibles. En la práctica, sin embargo, el Tribunal Constitucional admite el desistimiento; lo que no deja de ser lógico, desde el momento en que los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad no están obligados a hacerlo. Dicho esto, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta Diputados o Senadores, el desistimiento debe hacerse por los mismos que lo interpusieron; no por otros distintos aunque pertenezcan a la misma fuerza política (Auto del Tribunal Constitucional 9 de marzo de 1999).

Conviene señalar, en fin, que la interposición del recurso de inconstitucionalidad no tiene efecto suspensivo, de manera que la norma legal impugnada sigue desplegando su eficacia en tanto no sea declarada inconstitucional. La única excepción viene dada por el art. 161.2 CE: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses." Este precepto constitucional no se refiere expresamente a las leyes, sino que habla de "disposiciones"; palabra que en el lenguaje jurídico español designa cualquier texto normativo con independencia de su rango, especialmente los reglamentos. La palabra "resoluciones", por su parte, designa los actos administrativos singulares. Pues bien, a pesar de esta ambigüedad lingüística, se entiende que el art. 30 LOTC sí contempla la posibilidad de que el Gobierno invoque el citado art. 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con el correspondiente efecto suspensivo; algo que, por lo demás, ha sido siempre admitido por el Tribunal Constitucional.

#### 4. El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía

El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía es una variedad del recurso de inconstitucionalidad que permite impugnar normas estatutarias –en sustancia, reformas de los Estatutos de Autonomía– que ya han sido aprobadas pero aún no han entrado en vigor. De aquí que se trate de una modalidad preventiva de control de constitucionalidad.

Este procedimiento no está previsto en la Constitución. La versión originaria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regulaba un recurso previo de inconstitucionalidad que podía interponerse frente a todas las leyes orgánicas, no solo las aprobatorias de Estatutos de Autonomía. Aquel procedimiento, de origen puramente legal, fue derogado en 1985, como reacción de la mayoría parlamentaria de la época frente a lo que consideraba una utilización abusiva y obstruccionista del mismo por parte de la oposición. Cualquiera que sea la valoración que pueda hacerse de aquella decisión, lo cierto es que el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, que había sido diseñado como un medio de verificar *a priori* la conformidad de los Estatutos de Autonomía con la Constitución, nunca fue empleado para este fin; y sí, por el contrario, para combatir otras clases de leyes orgánicas.

La Ley Orgánica 12/2015 restableció el recurso previo de inconstitucionalidad, dando una nueva redacción al art. 79 LOTC, si bien ahora queda limitado a los proyectos de Estatutos de Autonomía o de reforma de los mismos. El objetivo ha sido evitar declaraciones de inconstitucionalidad de reformas estatutarias ya aprobadas y vigentes, e incluso refrendadas por el cuerpo electoral de la correspondiente Comunidad Autónoma, tal como ocurrió señaladamente con el nuevo Estatuto de Cataluña de 2006. Se trata, así, de solventar cuanto antes las posibles sombras de inconstitucionalidad de normas tan importantes para la vida política como los Estatutos de Autonomía.

Objeto de este procedimiento, como queda dicho, pueden ser los proyectos de Estatutos de Autonomía o de reforma de los mismos. La legitimación corres-

ponde a los mismos sujetos que la tienen para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el plazo es de solo tres días, a contar desde la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de la aprobación definitiva del Estatuto de Autonomía o de su reforma. La interposición del recurso previo de inconstitucionalidad comporta la automática suspensión de todos los trámites subsiguientes –básicamente la sanción, la promulgación y la publicación– incluido, en su caso, el referéndum de ratificación por el cuerpo electoral de la correspondiente Comunidad Autónoma.

La tramitación posterior es idéntica a la del recurso de inconstitucionalidad, si bien el art. 79 LOTC dice que habrá de resolverse en el plazo improrrogable de seis meses y que tendrá preferencia sobre cualesquiera otros asuntos de que esté conociendo el Tribunal Constitucional.

Si el Tribunal concluye que el proyecto recurrido es conforme con la Constitución, se retoman los trámites finales que habían sido suspendidos. Y si concluye que no lo es, la promulgación queda condicionada a que las Cortes Generales supriman o modifiquen aquellos preceptos del proyecto declarados inconstitucionales. Es importante destacar que la adaptación del proyecto a lo declarado por el Tribunal Constitucional es encomendada por el art. 79 LOTC solo a las Cortes Generales, sin participación de la correspondiente Asamblea Legislativa autonómica; lo que parece significar que la misma ya no puede retirar el proyecto, ni vetar las modificaciones introducidas por las Cortes Generales.

Cualquiera que sea la decisión del Tribunal Constitucional en este procedimiento, no impide que el Estatuto de Autonomía o su reforma puedan ser luego objeto de recurso o cuestión de inconstitucionalidad ordinarios.

## 5. La cuestión de inconstitucionalidad

En la cuestión de inconstitucionalidad, contemplada en el art. 163 CE, la impugnación de las normas con rango de ley se produce de manera indirecta o incidental, es decir, con ocasión de un proceso cuyo objeto principal es otro: si en el curso de este surge la duda sobre la conformidad con la Constitución

de una norma legal relevante para el caso, cabe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Aquí, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de inconstitucionalidad, la iniciación del procedimiento de control de constitucionalidad ya no corresponde a sujetos de naturaleza política, sino al juez o tribunal que esté conociendo del caso; y, además, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede hacerse cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma legal cuestionada. Mediante la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se convierte en un colaborador de los jueces y tribunales ordinarios o, si se prefiere observar el fenómeno desde el otro lado, los jueces y tribunales ordinarios operan como filtro del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional. Así, la función de la cuestión de inconstitucionalidad ya no es tanto de pacificación, como de depuración permanente del ordenamiento jurídico, permitiendo la anulación de normas legales en cualquier momento en que se aprecie su disconformidad con la Constitución.

Mientras que el recurso de inconstitucionalidad –como se dijo– es "abstracto", la cuestión de inconstitucionalidad permite un control de constitucionalidad "concreto" de las normas con rango de ley; y ello porque, al plantearse por un juez o tribunal en el curso de un proceso, surge de la experiencia práctica y tiene necesariamente en cuenta los problemas de interpretación y aplicación que la norma legal cuestionada plantea. Más aún, en la cuestión de inconstitucionalidad puede ser relevante la propia evolución en la interpretación no solo de la norma legal, sino de la propia Constitución, de manera que dudas de constitucionalidad que no surgieron tiempo atrás aparezcan ahora.

La regulación de la cuestión de inconstitucionalidad se halla en el art. 163 CE, así como en los arts. 35 a 37 LOTC. Es útil recordar lo que dispone el mencionado precepto constitucional:

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Pues bien, la primera condición para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es que haya un órgano judicial conociendo de algún proceso. El art. 35 LOTC en vez de hablar de "órgano judicial", dice "Juez o Tribunal"; lo que viene a ser lo mismo. Es claro que debe tratarse de juzgados o tribunales encuadrados en el Poder Judicial, y no de cualesquiera otros órganos que, con mayor o menor independencia, tengan encomendada la resolución de litigios e impugnaciones. Ello excluye, por citar solo algunos ejemplos bien conocidos, a los tribunales económico-administrativos, los tribunales arbitrales, los secretarios judiciales, etcétera.

Menos lineal, en cambio, es el discurso en lo que toca a la expresión "en algún proceso". El problema surge con respecto a aquellas atribuciones distintas de la potestad jurisdiccional –es decir, distintas de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (art. 117.3 CE)– que la ley encomienda a los jueces y tribunales. No son pocas. El criterio del Tribunal Constitucional en este punto no es diáfano. Su respuesta ha sido afirmativa en el proceso de menores (STC 36/1991) o en la autorización judicial de entrada en domicilio (STC 76/1992); pero el primero es probablemente manifestación de la potestad jurisdiccional, y en cuanto al segundo se trata de una materia constitucionalmente reservada al Poder Judicial (art. 18.2 CE). Sin embargo, cuando se trata de funciones extra-jurisdiccionales que la ley puede –si lo estima oportuno– atribuir a los jueces y tribunales, la respuesta no ha sido forzosamente afirmativa: significativamente el Tribunal Constitucional inadmitió cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces encargados del Registro Civil frente a la norma legal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, con el argumento de que tales jueces –bajo cuya autoridad se celebra el matrimonio– no actúan de manera independiente, sino que se encuentran bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia (ATC de 13 de diciembre de 2005 y 16 de enero de 2008). Este razonamiento no es del todo convincente: si, como excepción al principio general de que los jueces y tribunales no pueden ejercer más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el art. 117.4 CE les permite ejercer también aquellas otras funciones "que les sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho", parece razonable entender que será para que ese juez o tribunal actúe con los poderes y garantías propios de un órgano judicial; y si



es así, no tiene mucho sentido privarle de la posibilidad de cuestionar la conformidad con la Constitución de las normas legales que está llamado a aplicar. En otras palabras, si el juez o tribunal ha de actuar con las constricciones propias de un funcionario de la Administración, es dudosa la legitimidad misma de que se le atribuya esa función extra-jurisdiccional.

La segunda condición es encontrarse con una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo. Lo que es norma con rango de ley fue ya examinado al tratar del objeto del control de constitucionalidad. En cuanto a la aplicabilidad de la norma al caso, es el órgano judicial *a quo* quien debe valorarla. Y el Tribunal Constitucional no puede negar la aplicabilidad al caso apreciada por el juez o tribunal que plantea la cuestión, salvo que su irrelevancia sea evidente (STC 115/2009).

Pero no basta que la norma con rango de ley sea aplicable al caso, sino que ha de ser decisiva para el fallo. De su constitucionalidad o inconstitucionalidad —y, por tanto, de que sea o no aplicada— debe depender el sentido del fallo. En todo proceso puede haber normas aplicables pero no decisivas, en el sentido de que su desaparición no afectaría a la decisión final. Un ejemplo real: la STC 64/2003 negó que la norma reguladora del baremo para determinar el importe de las indemnizaciones en los accidentes, aun siendo sin duda aplicable, fuese decisiva en un proceso relativo a dicha materia desde el momento en que el baremo establecido en tal norma no establece una tabla fija, sino que contempla varios criterios que deben ser aplicados conjuntamente.

La tercera condición para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es que el juez o tribunal considere que la norma con rango de ley "pueda ser contraria a la Constitución". El art. 35 LOTC especifica que la duda de constitucionalidad puede surgir de oficio o a instancia de parte; es decir, cualquiera de las partes en el proceso *a quo* puede proponer el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pero también cabe que se haga a iniciativa del propio órgano judicial. Es este último, en todo caso, el que debe tener la duda de constitucionalidad y su criterio es soberano a este respecto. Así, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, la negativa del órgano

judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la parte no supone ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 24 CE (STC 159/1997, 183/1997, 55/1998, 71/1998, etc.). De aquí que, contra esa decisión del órgano judicial, no quepa recurso alguno, ni siquiera el de amparo, sin perjuicio de que la parte pueda reproducir su solicitud en los sucesivos grados del proceso (art. 35 LOTC).

La soberanía del órgano judicial con respecto a la duda de constitucionalidad puede conducir a situaciones paradójicas. Así, es posible que litigantes que han tenido un mismo comportamiento procesal y que han solicitado todos ellos tempestivamente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad frente a una misma norma con rango de ley en situaciones sustancialmente iguales se encuentren al final con resultados distintos, simplemente como consecuencia de que el juez o tribunal que les correspondía tuviese o no tuviese la duda de constitucionalidad. En una famosa serie de asuntos, relativa a un impuesto sobre el juego, el Tribunal Constitucional afirmó que tal diversidad de resultados es inherente a la configuración misma de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español y, por tanto, no puede ser vista como una vulneración del principio de igualdad ante la ley ni del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 159/1997, 183/1997, etcétera).

Dicho todo lo anterior, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad exige el cumplimiento de ciertos requisitos: *a)* Solo puede hacerse "una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia" (art. 35 LOTC); lo que se comprende fácilmente, pues únicamente en el momento final del procedimiento está el juez o tribunal en condiciones de dilucidar si la norma con rango de ley sobre la que pesa una duda de constitucionalidad es efectivamente decisiva para el fallo. *b)* Siempre con la finalidad de que el juez o tribunal esté perfectamente ilustrado sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el mencionado art. 35 LOTC exige oír al Ministerio Fiscal y a las partes por plazo común de diez días. La omisión de este trámite determina la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 133/2004). *c)* El auto mediante el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad debe justificar la pertinencia de la cuestión, identificar los preceptos

constitucionales que se consideran infringidos y exponer las razones que conducen a tal afirmación; es decir, debe realizar lo que se conoce como un "juicio de relevancia". La inobservancia de esta exigencia determina también la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 96/2001, 166/2007, etcétera).

Un aspecto de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el que conviene mucha precisión es el relativo a la ausencia de efecto suspensivo. El art. 163 CE termina diciendo que la cuestión de inconstitucionalidad se planteará ante el Tribunal Constitucional "con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos". Ello no puede referirse, por pura lógica, al proceso en que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea, que habrá de detenerse precisamente para que el Tribunal Constitucional decida si la norma con rango de ley es o no conforme a la Constitución y, por consiguiente, si debe o no ser aplicada para resolver ese caso. La exclusión de efectos suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad tiene, así, que referirse a otros casos distintos del examinado en el proceso *a quo*: el inciso final del art. 163 CE significa que, fuera de dicho proceso *a quo* del que proviene la cuestión de inconstitucionalidad, la norma con rango de ley cuestionada sigue siendo vinculante y aplicable, siendo perfectamente posible —como se ha visto— que otros jueces y tribunales en casos sustancialmente iguales no tengan la duda de constitucionalidad que tuvo el que planteó la cuestión. Y es claro que fuera de la aplicación judicial de la norma, especialmente en su aplicación por la Administración Pública, la norma cuestionada debe seguir desplegando toda su eficacia. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 37 LOTC ordena que la admisión a trámite por el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad sea objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*; lo que se explica por la conveniencia de que todos los operadores jurídicos y, en particular, los jueces sepan que esa norma está sujeta a un procedimiento ante el Tribunal Constitucional que podría concluir en una declaración de inconstitucionalidad. Esa advertencia puede conducir naturalmente a que otros jueces y tribunales reflexionen sobre la compatibilidad con la Constitución de dicha norma y, en su caso, al planteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad frente a ella. Pero a veces lleva a algunos tribunales simplemente a suspender el curso de procesos en que la norma es aplicable, a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie

sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por otro juez o tribunal. Esta práctica, que tal vez no sea del todo ortodoxa a la vista del tenor literal del art. 163 *in fine* CE, responde a razones de prudencia y economía procesal y, por lo demás, no ha sido nunca seriamente puesta en tela de juicio.

Una vez tomada la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el juez o tribunal debe remitirla debidamente motivada al Tribunal Constitucional, junto con copia de lo actuado en el proceso *a quo* y las alegaciones de las partes sobre la pertinencia de la cuestión (art. 36 LOTC). El Tribunal Constitucional solo puede inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada si, tras oír al Fiscal General del Estado, entiende que falta alguna de las condiciones procesales arriba examinadas o si considera que la cuestión está manifiestamente infundada (art. 37 LOTC). De lo contrario, la cuestión de inconstitucionalidad es admitida a trámite; lo que, como se dijo, debe ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta publicación oficial opera como emplazamiento a las partes en el proceso *a quo* a fin de que, si lo estiman conveniente, se personen ante el Tribunal Constitucional en el plazo de quince días y formulen alegaciones en el plazo de otros quince días (art. 37 LOTC). Esta posibilidad de que las partes en el proceso *a quo* hagan alegaciones directamente ante el Tribunal Constitucional se explica con facilidad desde el momento en que serán los más directamente afectados por la sentencia que resuelva la cuestión de inconstitucionalidad. Pero esta posibilidad no existía en la versión originaria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que sólo preveía la remisión al Tribunal Constitucional de las alegaciones hechas por las partes ante el juez o tribunal *a quo*. Ello determinó una muy conocida condena a España por vulneración del derecho a un proceso equitativo del art. 6 CEDH (STEDH, caso *Ruiz Mateos c. España* de 23 de junio de 1993). Esa carencia fue luego rectificada por la Ley Orgánica 6/2007, a partir de la cual el art. 37 LOTC permite a las partes en el proceso *a quo* ser oídas por el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional debe siempre emplazar al Ministerio Fiscal y a los sujetos políticos que habrían estado legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la norma con rango de ley ahora cuestionada, a fin de que en el plazo común de quince días hagan las alegaciones que

estimen convenientes (art. 37 LOTC). Después de esto, el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad queda concluso, a la espera de que se dicte sentencia. Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre los efectos generales de las sentencias dictadas en los procedimientos de control de constitucionalidad, hay que subrayar que la sentencia que pone fin a la cuestión de inconstitucionalidad vincula plenamente al juez o tribunal *a quo*, que deberá resolver el correspondiente proceso de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre la validez o invalidez de la norma cuestionada (art. 38 LOTC).

En fin, debe señalarse que, con arreglo al art. 55.2 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad también puede ser planteada por las Salas o Secciones del propio Tribunal Constitucional al conocer de un recurso de amparo: si consideran que éste debe ser estimado porque la ley aplicada en el caso examinado vulnera un derecho fundamental, deben elevar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Pleno del Tribunal Constitucional. Esta es la popularmente llamada "autocuestión" de inconstitucionalidad. Con anterioridad a la Ley Orgánica 6/2007, tenía una regulación peculiar, pues se planteaba una vez sentenciado en sentido estimatorio el correspondiente recurso de amparo. Así, al menos en teoría, el Pleno del Tribunal Constitucional habría podido no hallar vulneración del derecho fundamental –ni, por tanto, inconstitucionalidad de la norma con rango de ley– allí donde la Sala o Sección competente para juzgar sobre el amparo sí lo había encontrado. Esta anomalía fue corregida por la mencionada Ley Orgánica 6/2007, que ha asimilado el régimen de la autocuestión al de la cuestión de inconstitucionalidad ordinaria.

Para completar el examen de la cuestión de inconstitucionalidad, hay que subrayar que no se trata de una mera facultad del juez o tribunal: si cree que la norma con rango de ley aplicable al caso no es conforme con la Constitución, no puede dejar de aplicarla, sino que debe plantear la correspondiente cuestión al Tribunal Constitucional. Es verdad que los litigantes no tienen un derecho a que el juez o tribunal plantee la cuestión de inconstitucionalidad, pero sí lo tienen a que no deje de aplicar una norma legal vigente so pretexto de que es contraria a la Constitución: hacer esto último es, según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, juzgar sin ajustarse del "sistema de fuentes establecido" y, por consiguiente, una vulneración del derecho a la

tutela judicial efectiva (STC 66/2011, entre otras muchas). Ello trae consigo una importante consecuencia práctica: mientras que la negativa judicial a plantear cuestión de inconstitucionalidad no puede ser recurrida, la inaplicación judicial de una norma legal vigente por considerarla inconstitucional –sin planteamiento, por tanto, de la cuestión de inconstitucionalidad– puede ser objeto de recuso de amparo por violación del art. 24 CE. Así, el art. 163 CE puede ser visto como una garantía de la presunción de validez de las leyes y del monopolio del Tribunal Constitucional para juzgar su constitucionalidad.

## **6. La sentencia en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes**

El art. 164 CE dispone:

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.
2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Este precepto se refiere, en principio, a todas las sentencias del Tribunal Constitucional, incluidas aquellas dictadas en procedimientos distintos del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, como, por ejemplo, el recurso de amparo. No obstante, el art. 164 CE es especialmente relevante en los mencionados procedimientos de control de constitucionalidad. Y por lo que a estos concierne, está desarrollado en los arts. 38 a 40 LOTC. En este punto conviene distinguir, junto a las características generales o comunes a todas ellas, los efectos de las sentencias desestimatorias y los efectos de las sentencias estimatorias.

Características generales son las siguientes:

- 1) El art. 164 CE prevé expresamente la posibilidad de que las sentencias del Tribunal Constitucional vayan acompañadas de votos particulares; es decir, per-

mite –no impone– que cada Magistrado exprese su opinión sobre el asunto, adjuntándola a la decisión del Tribunal. Los votos particulares son normalmente disidentes, en el sentido de que exponen el desacuerdo de quien los formula con la decisión mayoritaria; pero nada impide que sean concurrentes, dando otras razones para apoyar la decisión mayoritaria. Mediante el voto particular, en suma, cada Magistrado individualmente considerado puede exponer su parecer sobre el asunto.

El voto particular tiene una larga raigambre en los ordenamientos de *common law*, pero es ajeno a la tradición jurídica europeo-continental. En esta última, las sentencias han sido concebidas como una decisión colectiva y apoyada en un razonamiento unitario. Solamente en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial ha comenzado a abrirse paso el voto particular en algunos ordenamientos europeos, mientras que en otros –tales como Francia, Italia o el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea– sigue sin ser admitido.

El voto particular tiene innegables ventajas. La transparencia y el realismo son una de ellas, al poner de manifiesto que la decisión de los tribunales colegiados no es siempre producto de una lógica unívoca e ineluctable, sino que a veces nace de la confrontación entre criterios interpretativos diferentes. Además, la posibilidad de formular un voto particular deja un mayor margen de actuación a cada Magistrado individualmente considerado, por no mencionar que permite exponer interpretaciones y doctrinas minoritarias que con el paso del tiempo podrían dejar de serlo. Sin embargo, no cabe ignorar que el voto particular presenta también inconvenientes, tal como suelen recordar sus detractores. El principal es que puede debilitar la autoridad del órgano colegiado frente al exterior, especialmente cuando el Magistrado se siente compelido a expresar una opinión propia para satisfacer a su propio grupo de referencia profesional, intelectual, político, etc. Es innegable que allí donde no cabe el voto particular queda más resguardado el Magistrado individual frente a esta presión ambiental: la decisión es puramente colectiva, sin que desde el exterior se conozcan los términos del debate y la posición mantenida por cada Magistrado.

2) El art. 164 CE, como se ha visto, ordena que todas las sentencias del Tribunal Constitucional sean publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*; lo que otorga a

las sentencias una publicidad similar a la que es propia de las leyes y demás normas de derecho escrito. Por lo que se refiere específicamente a las sentencias dictadas en los procedimientos de control de constitucionalidad, esta publicidad oficial no refleja únicamente la importancia del Tribunal Constitucional dentro del ordenamiento español, sino que es una consecuencia del principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE): del mismo modo que la creación de normas jurídicas debe gozar de la necesaria publicidad, esta última es exigible de aquellos procedimientos en que se ha puesto en duda la validez de las normas y pueden concluir con la anulación de las mismas.

En este punto existe cierta divergencia entre el art. 164 CE y el art. 30 LOTC, que lo desarrolla. Mientras que el primero de ellos establece que las sentencias del Tribunal Constitucional "tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas", el segundo dice que "producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". Los "efectos generales" a que se refiere el art. 38 LOTC no pueden ser algo muy distinto del "valor de cosa juzgada" –entendida en sentido material, como imposibilidad de plantear el mismo problema de constitucionalidad– mencionado en el art. 164 CE. Seguramente el tema no tiene gran trascendencia práctica. Hay que entender que las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a las partes desde que les son notificadas y al resto de las personas –particulares y autoridades– desde que pueden ser conocidas en virtud de su publicación oficial.

3) Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen siempre valor de cosa juzgada formal, es decir, contra ellas no cabe recurso alguno. Ello debe entenderse, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de acudir, si concurren las condiciones necesarias, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y este último, en rigor, no revisa la sentencia del Tribunal Constitucional ni de ningún otro tribunal nacional, sino que examina si la denuncia de vulneración de un derecho fundamental ha obtenido la debida satisfacción en el ordenamiento interno.

Además, las sentencias del Tribunal Constitucional "tienen plenos efectos frente a todos", en el sentido ya mencionado de que vinculan a todos. Ello vale, sin duda



alguna, para las sentencias dictadas en procedimientos de control de constitucionalidad, ya que versan sobre normas jurídicas; y no sobre situaciones jurídicas concretas. El art. 40.2 LOTC dice a este respecto que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios "habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales". Y debe advertirse que incluso las sentencias que inciden sobre situaciones jurídicas concretas, como son a menudo las dictadas en recursos de amparo, despliegan ciertos efectos generales al menos desde el punto de vista jurisprudencial: así se desprende del art. 5.1 LOPJ cuando ordena que los jueces y tribunales ordinarios "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".

Pasando ya a las sentencias desestimatorias, surten obviamente el efecto de confirmar la validez de la norma legal impugnada. El art. 38.2 LOTC añade que las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional." Es claro que no cabe una nueva impugnación de la misma norma legal y por idénticas razones; pero parece que la expresión "por cualquiera de las dos vías" se refiere a los dos procedimientos mencionados en ese mismo precepto legal, es decir, el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local. Si se adopta esta interpretación, hay que concluir que sí cabe el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a una norma legal que ya fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad desestimado, e incluso por razones similares a las entonces esgrimidas. La diferente función de la cuestión de inconstitucionalidad, que presupone un filtro judicial y una experiencia de los problemas aplicativos prácticos, justificaría dicha posibilidad de volver a proponer como cuestión lo que fue objeto de recurso.

Más complejo es el discurso con respecto a las sentencias estimatorias, esto es, las que declaran la inconstitucionalidad de la norma legal recurrida o cuestionada.

El art. 39.1 LOTC dice que "cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados". El efecto principal de las sentencias estimatorias es, así, la nulidad de la norma legal. En este punto, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se separa de nuevo del lenguaje empleado por la Constitución, ya que dispone en su art. 164.2 que "salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad"; lo que podría dar a entender que el efecto natural de toda declaración de inconstitucionalidad es la pérdida de vigencia de la norma legal. En la mayor parte de los casos, esta discrepancia entre el precepto constitucional y el precepto legal que lo desarrolla no tiene importancia; pero nulidad y pérdida de vigencia pueden no significar exactamente lo mismo, especialmente –como enseña– en lo atinente a los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad.

El art. 39.1 LOTC contempla, asimismo, la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad no se limite a los preceptos legales expresamente impugnados, sino que afecte también a "aquellos otros de la misma Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia". Ni que decir tiene que debe tratarse de preceptos tan íntimamente relacionados con los impugnados que la nulidad de estos no pueda dejar de repercutir sobre ellos. En otras palabras, el Tribunal Constitucional no goza de discrecionalidad para ampliar el objeto de la declaración de inconstitucionalidad, ni siquiera en el supuesto de que sea evidente la disconformidad con la Constitución de otros preceptos no impugnados del mismo texto legal: la extensión a que se refiere el art. 39.1 LOTC opera solamente para aquellos preceptos del texto legal que carecerían de sentido o de operatividad sin los que han sido declarados inconstitucionales.

Un mayor margen de maniobra, en cambio, tiene el Tribunal Constitucional en lo tocante a la identificación de los preceptos constitucionales cuya infracción determina la declaración de inconstitucionalidad. El art. 39.2 LOTC establece que "el Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso". Ello supone que el principio dispositivo

no rige en este punto, si bien no parece que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma legal recurrida o cuestionada por razones absolutamente ajenas a las que condujeron a su impugnación.

Dicho todo esto, algo que la regulación constitucional y legal de las sentencias estimatorias no aclara es cuál es exactamente el objeto de la declaración de inconstitucionalidad: ¿es el enunciado o es la norma? Si es el enunciado –es decir, la formulación lingüística del precepto impugnado–, la declaración de inconstitucionalidad arrastra todos los posibles significados del mismo. Por el contrario, si es la norma en sentido estricto, la declaración de inconstitucionalidad solo afectará a aquella o aquellas interpretaciones del enunciado que se consideren incompatibles con la Constitución. La lógica del sistema induce a pensar que la declaración de inconstitucionalidad se dirige contra el enunciado, entre otras razones porque la norma –entendida como el resultado de la actividad interpretativa realizada sobre un enunciado– no puede, en puridad, perder vigencia ni ser anulada, que es lo previsto por los arts. 164.2 CE y 39.1 LOTC. Las normas entendidas como resultado de la interpretación de enunciados solo pueden ser rechazadas, descartadas o inaplicadas. Cuestión distinta, por supuesto, es que para examinar la compatibilidad del enunciado con la Constitución sea imprescindible tener en cuenta las posibles interpretaciones de aquel: el control de constitucionalidad, dicho de otro modo, partiendo de la interpretación, se proyecta sobre el enunciado.

## **7. Inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad formal**

Lo anterior guarda relación con la tradicional distinción entre inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad formal. La inconstitucionalidad material se produce cuando es el contenido de la ley impugnada lo que contraviene la Constitución, mientras que la inconstitucionalidad formal tiene lugar por inobservancia de requisitos de procedimiento y forma en la aprobación de la ley. Sobre la inconstitucionalidad formal, que es mucho menos frecuente que la inconstitucionalidad material, conviene destacar tres aspectos.

En primer lugar, no cualquier vicio de procedimiento da lugar a la inconstitucionalidad de la ley, sino que debe tratarse de la inobservancia de requisitos directa o indirectamente dimanantes de la Constitución; no de requisitos previstos únicamente en normas de rango inferior, como son destacadamente los reglamentos parlamentarios. Suele entenderse que, en todo aquello que no es desarrollo de la Constitución, el modo en que se aplica el reglamento parlamentario es una cuestión interna de la Cámara (*interna corporis*), sin efectos hacia el exterior. Las Cámaras son, en principio, dueñas y señoras de sus propios reglamentos.

En segundo lugar, para determinar si una ley está afectada de inconstitucionalidad formal no es preciso, en principio, examinar su contenido. Basta comprobar si en su procedimiento de elaboración se han respetado los requisitos constitucionalmente prescritos. En esto, la inconstitucionalidad formal difiere radicalmente de la inconstitucionalidad material, cuya apreciación exige siempre comparar el contenido de la ley con preceptos y principios constitucionales. En otras palabras, los vicios formales de la ley operan con independencia del contenido normativo de la misma.

En tercer y último lugar, la inconstitucionalidad formal arrastra normalmente al texto entero de la ley, precisamente porque la vulneración de la Constitución no dimana de la incompatibilidad con la Constitución del contenido normativo de uno o varios preceptos de la ley impugnada, sino de un defecto en el procedimiento de elaboración de la ley misma. Aunque teóricamente cabría pensar en vicios formales que incidan solo sobre una parte de la ley, se trata de una posibilidad remota. De aquí otra importante diferencia con la inconstitucionalidad material, que rara vez afecta a todo el articulado de una ley.

Mención específica merece el vicio de incompetencia de la ley. Por ejemplo, la aprobación como ordinaria de una ley que habría debido ser orgánica, o la invasión por la ley autonómica de materias propias de la ley estatal. ¿Se trata de inconstitucionalidad material o de inconstitucionalidad formal? La opinión mayoritaria se inclina por caracterizarlo como inconstitucionalidad formal. Ello es básicamente correcto, porque el vicio de incompetencia consiste en

haber utilizado un tipo inidóneo de norma para el fin perseguido y, en definitiva, en no haberse ajustado al procedimiento correspondiente. Hans Kelsen decía que, en el fondo, toda inconstitucionalidad lo es por inadecuación de procedimiento, pues no hay norma que no pueda ser aprobada mediante una revisión de la Constitución. Dicho esto, la caracterización del vicio de incompetencia de la ley como inconstitucionalidad formal necesita de alguna precisión: a diferencia de lo que ocurre con la inconstitucionalidad formal propiamente dicha, para apreciar un vicio de incompetencia puede ser necesario comparar el contenido normativo de la ley impugnada con la Constitución. Por volver a los ejemplos anteriores, examinando solamente el contenido de la ley es posible saber si debe ser ordinaria u orgánica, o si la materia regulada es de competencia estatal o autonómica. Pero, una vez hecha esta precisión, es claro que lo que determina la inconstitucionalidad en el vicio de incompetencia no es el contenido normativo de la ley impugnada —que podría ser perfectamente adecuado a la Constitución si fuese adoptado por el tipo de norma competente—, sino la incompetencia misma y, por consiguiente, un rasgo extrínseco o formal de la ley. De aquí que el vicio de incompetencia arrastre normalmente a todo el texto de la ley impugnada, al igual que sucede en la inconstitucionalidad formal propiamente dicha.

Debe indicarse, por lo demás, que todo lo expuesto con respecto a la inconstitucionalidad material y formal de las leyes vale *mutatis mutandis* para las demás disposiciones con rango de ley.

## **8. Efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad**

Un problema intrincado, al menos desde el punto de vista teórico, es el relativo a los efectos en el tiempo de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. La Constitución nada dice expresamente a este respecto. Y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se limita a lo dispuesto por su art. 40.1:

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones

o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

El precepto legal transcrito presupone claramente que la consecuencia normal de la declaración de inconstitucionalidad es la pérdida de eficacia de la ley *ex tunc*, es decir, desde que entró en vigor. Solo así se explica una norma que impone ciertos límites a la desaparición de los efectos desplegados por la ley antes de que fuera declarada inconstitucional. En otras palabras, el art 40.1 LOTC parte del presupuesto de que los efectos de la ley declarada inconstitucional desaparecen. Ello a su vez es consecuencia de la idea, normalmente admitida, de que la inconstitucionalidad es una manifestación de nulidad absoluta o, para expresarlo con mayor precisión, que la inconstitucionalidad es la forma que adopta la nulidad de las leyes. Y dado que es opinión común en la teoría de las nulidades que el acto nulo no puede producir ningún efecto, la consecuencia es que la ley declarada inconstitucional –al igual que cualquier otro acto radicalmente nulo– pierde su eficacia *ex tunc*.

Sobre esta visión canónica de los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo, deben hacerse dos observaciones. Por un lado, la idea de base según la cual el acto nulo no puede producir ningún efecto carece de un fundamento normativo expreso. Se trata de un dogma tradicionalmente admitido, tal vez de un principio general del derecho en el sentido del art. 1o del Código Civil (CC). Pero, precisamente porque no es una norma constitucional o legal, podría ser matizado o modulado en función de otro tipo de consideraciones.

Por otro lado, el art. 39.1 LOTC dice que la declaración de inconstitucionalidad comporta la declaración de nulidad de la ley inconstitucional, como se indicó más arriba. Este precepto legal equipara inconstitucionalidad y nulidad. Ahora bien, como también se dejó apuntado, del art. 164.2 CE cabría inferir que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad no es tanto la nulidad de la ley, como su pérdida de vigencia. Es verdad que este precepto constitucio-

nal habla de vigencia para indicar que la ley la conservará en aquella parte que no sea inconstitucional, lo que no es lógicamente incompatible con una configuración de la inconstitucionalidad como nulidad. Pero no es menos cierto que la Constitución en ningún momento habla de nulidad al regular la declaración de inconstitucionalidad, por no mencionar que en la construcción kelseniana originaria del control de constitucionalidad concentrado se entendía que la declaración de inconstitucionalidad de la ley equivalía a su derogación; y la derogación, como es sabido, no es sino el punto final del período de vigencia de una norma.

Con todo esto no quiere decirse que la afirmación usual de que la declaración de inconstitucionalidad determina la pérdida de eficacia *ex tunc* de la ley inconstitucional deba ser rechazada. El mero dato de que está firmemente arraigada en la doctrina y la jurisprudencia es ya un importante argumento a su favor. Sin embargo, las observaciones críticas que se acaban de hacer pueden ser útiles para no caer en el error de pensar que cualquier desviación de la equiparación inconstitucionalidad-nulidad-pérdida de eficacia *ex tunc* sería una aberración jurídica. Tal equiparación no es una exigencia ineluctable de la Constitución y, por consiguiente, podría admitir ciertas excepciones: sin duda, en virtud de una previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y también, siempre que se dé la necesaria justificación, por decisión del propio Tribunal Constitucional.

De hecho, en algunos casos excepcionales y siempre con suma prudencia, el Tribunal Constitucional ha limitado los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Ya la famosa STC 45/1989, que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la cual obligaba a los cónyuges a hacer declaración conjunta de sus rentas, estableció que la anulación debía operar solo *pro futuro*; y la razón era obvia, pues la pérdida de eficacia *ex tunc* habría supuesto un gravísimo quebranto para la Hacienda Pública. Y en algunos casos más recientes –por ejemplo, cuando la inconstitucionalidad no deriva de defectos sustantivos, sino de insuficiencia en la regulación legal– el Tribunal Constitucional ha ordenado que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad quedasen diferidos hasta

la aprobación de una nueva regulación legal sustitutiva de la declarada inconstitucional, a fin de evitar el vacío normativo o situaciones desprotección (STC 195/1998, 235/1999, 35/2005, 81/2005 y 131/2010). Ello ha ido acompañado de una llamada a la "lealtad constitucional" del legislador, para que aprobara la nueva regulación sin tardanza.

En cuanto a los límites expresamente impuestos por el art. 40.1 LOTC a la desaparición de todos los efectos de la ley declarada inconstitucional, es claro que se trata de la cosa juzgada: allí donde hay una sentencia con fuerza de cosa juzgada que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, dicha sentencia debe mantenerse. La única excepción viene dada en materia sancionadora y siempre que la declaración de inconstitucionalidad resulte favorable a quien fue sancionado, supuesto en que el art. 40.1 LOTC permite la revisión de sentencias firmes. Por lo demás, a la sentencia con fuerza de cosa juzgada como límite a la desaparición de los efectos de la ley inconstitucional deben asimilarse, por consideraciones atinentes a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), los actos administrativos firmes y las situaciones cubiertas por la prescripción (STC 54/2002).

## **9. Las llamadas sentencias interpretativas**

Al resolver recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional no siempre se limita a responder con un sí o no, declarando así simplemente la conformidad o disconformidad con la Constitución del precepto legal impugnado. A veces declara que éste no es contrario a la Constitución siempre que se interprete de una determinada manera, y no de otra. En estos casos, lo que en el fondo hace el Tribunal Constitucional es afirmar que una determinada norma –en cuanto interpretación de un enunciado– es inconstitucional, pero dejando vigente el enunciado y, por consiguiente, admitiendo las demás posibles interpretaciones de ese mismo enunciado. Las sentencias que hacen esto suelen denominarse "sentencias interpretativas". Se trata de una técnica que, lejos de ser una peculiaridad española, resulta bastante frecuente en la experiencia comparada.



Las sentencias interpretativas tienen algunas ventajas innegables. La principal es que permiten compatibilizar la función del Tribunal Constitucional como garante de la conformidad con la Constitución de las leyes con la deferencia debida al legislador democrático, que encarna la voluntad popular. Las sentencias interpretativas, al excluir únicamente aquella interpretación del precepto legal que no cabe dentro de la Constitución, son respetuosas de la presunción de validez de la ley. Y esta presunción de validez de la ley no deja de ser un contrapeso en clave de democracia al carácter "contramayoritario" del control de constitucionalidad de las leyes: cuando se pregunta por qué es justo que el parecer de doce juristas prevalezca sobre la voluntad de los legítimos representantes del pueblo, cabe responder que la ley solo debe ser anulada en el supuesto extremo de que no admita ninguna interpretación conforme con la Constitución. Esta respuesta, como es obvio, resulta posible en la medida en que se acepten las sentencias interpretativas. Un eco de todo ello se encuentra en el inciso del art. 5 LOPJ que dispone que los jueces y tribunales plantearán la cuestión de inconstitucionalidad "cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

Otra clara ventaja de las sentencias interpretativas es que facilitan la formación de la decisión colegiada dentro del Tribunal Constitucional, desde el momento en que permiten dar soluciones matizadas a cuestiones controvertidas. El consenso en un órgano colegiado es más fácil de alcanzar cuando la decisión no es forzosamente binaria –sí o no– sino que cabe establecerla en algún punto intermedio.

Sin embargo, las sentencias interpretativas también presentan inconvenientes. El más grave es la incertidumbre: dado que la ley impugnada mantiene su vigencia, nada asegura que la interpretación de la misma proscrita por el Tribunal Constitucional sea efectivamente abandonada. Para que la técnica de las sentencias interpretativas funcione correctamente, es preciso que los jueces y tribunales ordinarios conozcan bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, que se adecúen disciplinadamente a sus criterios; algo que no siempre sucede.

A ello cabe añadir que las sentencias interpretativas pueden ser una tentación para el Tribunal Constitucional: so pretexto de excluir una interpretación in-

constitucional de un precepto legal, puede llegarse a manipular el sentido de este último hasta hacerle decir algo distinto de lo dispuesto por el legislador. Una utilización desviada de las sentencias interpretativas puede conducir a que el Tribunal Constitucional, abandonando su misión de "legislador negativo", actúe como "legislador positivo".

## Nota Bibliográfica

La literatura sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el derecho español es vastísima. De aquí que a continuación se mencionen únicamente algunas obras de innegable importancia intrínseca, que pueden además servir de punto de partida para profundizar el estudio de la materia.

Aragón Reyes, M. y Aguado Renedo, C. dirs. (2011), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Cizur Menor, vol. 2. 2011.

Caamaño Domínguez, F. *et al.* (2000), *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid.

Ferreres Comella, V. (2011), *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons.

Pérez Tremps, P. (2010), *Sistema de justicia constitucional*, Cizur Menor, Civitas.

Requejo Pagés, J. L. coord. (2001), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.

Rodríguez Zapata, J. (2018), *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, 4a. ed., Madrid, Tecnos.

Rubio Llorente, F y Jiménez Campo, J. (1997), *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill.

Rubio Llorente, F. (2012), *La forma del poder*, vol. 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

## 40 años de justicia constitucional en España\*

---

*40 years of constitutional  
justice in Spain*

ISABEL LIFANTE VIDAL\*\*

### Resumen

Este artículo reflexiona sobre el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional español en los 40 años de democracia de este país. Para ello se presenta el diseño institucional que de este órgano hizo la Constitución de 1978 y las distintas funciones que le fueron encomendadas, tanto por la Constitución como por la legislación posterior. El artículo analiza críticamente cómo se han desempeñado en la práctica estas funciones, señalando los distintos desafíos que se le han planteado a este órgano, así como las respuestas del ordenamiento jurídico ante los mismos. El artículo finaliza con una evaluación de la situación del Tribunal Constitucional en la actualidad.

---

\* Para la realización de este trabajo he contado con la ayuda del Proyecto de investigación DER2017-86643-P del gobierno español. Una versión previa –y mucho más reducida– de esta investigación fue publicada bajo el título "El guardián de la Constitución" en el libro: *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución* (2018). Agradezco a Rafael Escudero Alday y a Sebastián Martín (coordinadores de ese libro) que me animaran a ocuparme de este tema; y a Manuel Atienza, Josep Aguiló, Juan A. Pérez Lledó, Daniel González Lagier, Victoria Roca, Macario Alemany, Jesús Vega y Yolanda Doig, por las interesantes observaciones que han hecho a diferentes versiones de este trabajo.

\*\* Isabel Lifante Vidal. Doctora en Derecho. Profesora Titular de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España. Email: Isabel.Lifante@ua.es

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional español. Control de constitucionalidad. Recurso de amparo. Conflictos constitucionales

### **Abstract**

This paper deals with the role played by the Spanish Constitutional Court in the 40 years of democracy in this country. Thus, the article presents the institutional design drawn by the Spanish Constitution of 1978 and the different functions that were entrusted to it, both by the Constitution and by subsequent legislation. The article intends to analyze how these functions have been carried out in practice, pointing out the different challenges that have been presented to this Court, as well as the answers given by the legal system to them. The article ends with an evaluation of the situation of the Constitutional Court at present.

**Keywords:** Spanish Constitutional Court. Constitutional review. *Amparo* appeal. Constitutional conflicts.

## **1. El diseño del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978**

Los constituyentes españoles de 1978 consideraron necesaria la creación de un órgano que velara por la efectividad y supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico: un "guardián de la Constitución". Se optó entonces por seguir el modelo europeo, creando un Tribunal Constitucional (en adelante TC) al que se le atribuye –junto a otras importantes funciones– el monopolio del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. La Constitución de España<sup>1</sup> (en adelante CE) se inspiró para diseñar este órgano tanto en las experiencias del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana, como en la propia –aunque breve– experiencia española del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución española, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, España, disponible en <https://www.boe.es>

<sup>2</sup> Sobre las diferencias entre estos dos órganos puede verse Martín Martín (2018).

El TC fue diseñado con el objetivo de que se tratara de un órgano independiente. Y así, aunque también realiza una función jurisdiccional (pues resuelve conflictos de acuerdo a derecho), se situó fuera del Poder Judicial y se le dotó de una amplia autonomía organizativa y presupuestaria. Esta posición como órgano independiente del Poder Judicial no sólo se manifiesta en su estatus jurídico, sino también en los requisitos exigidos a sus miembros y en el modo en que se regula su designación, en la que participan los tres poderes del Estado (el legislativo, el ejecutivo y el judicial).

La opción de separar nítidamente al Tribunal Constitucional del Poder Judicial, además de justificarse en el encaje institucional del órgano en el sistema jurídico, tenía también una importante motivación. Como es sabido, la Constitución de 1978 no rompió con la legalidad anterior, ni con muchas de sus instituciones, y en particular no lo hizo por lo que al Poder Judicial se refiere: los jueces de la dictadura franquista seguirían siendo los jueces en la nueva etapa democrática y constitucional. Dejar el control de la eficacia y supremacía de la Constitución en sus manos podría haber hecho peligrar (o, al menos, retrasar) el programa reformista incorporado en la Constitución. Conviene recordar que en los primeros años de democracia algunos jueces, incluyendo algunos integrantes del Tribunal Supremo, se mostraron hostiles frente a este nuevo orden jurídico, negando el carácter normativo de la propia Constitución, a la que se le pretendía otorgar un mero valor programático.

Con la ubicación del TC fuera del Poder Judicial se buscaba contar con un órgano completamente nuevo, cuyos integrantes no estuvieran contagiados por la inercia de las prácticas jurídicas anteriores, dado que se les iba a encargar la responsabilidad última en la constitucionalización efectiva del derecho español. Para llevar a cabo dicha tarea era necesario que el órgano gozara de una innegable legitimidad; una legitimidad que pretendió avalarse fundamentalmente a través del sistema que se diseñó para la designación de sus miembros.

La Constitución estableció que el TC estuviera compuesto por doce miembros, nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funciona-

rios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Entre los requisitos no se encuentra, por tanto, la exigencia de pertenecer a la carrera judicial (de hecho, en su historia ha habido mayoría de magistrados de origen académico). El control del cumplimiento de los requisitos exigidos se le encargó al propio Tribunal.

El sistema de nombramiento implica a los tres poderes del Estado, con un marcado protagonismo del Poder Legislativo: cuatro magistrados son nombrados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La exigencia de mayorías especialmente cualificadas para las propuestas tanto del Congreso como del Senado pretendía obligar a consensuar los nombres, con la esperanza de que se optara por perfiles de indudable prestigio jurídico, más allá de opciones meramente partidistas. Sin embargo, la práctica parlamentaria acabó optando por otro mecanismo para conseguir la mayoría exigida: un sistema de "cuotas", en el que se negocia un reparto de los puestos a cubrir entre los partidos mayoritarios. Este sistema, además de no garantizar la idoneidad del perfil de los candidatos, lleva aparejado el problema de que "etiqueta" a los magistrados por el partido político que los propone (o incluso "impone", bloqueando cualquier posible negociación), afectando sin duda a la imagen de independencia que estos magistrados deben ofrecer. En el año 2007 se modificó el sistema de selección de los magistrados a propuesta del Parlamento, incorporando su comparecencia previa y dando entrada a la participación de los parlamentos autonómicos en el nombramiento de los magistrados que le corresponde al Senado. Como veremos, ninguna de las dos reformas resultó muy eficaz: las comparecencias se convirtieron en un trámite meramente formal y la participación de las Comunidades Autónomas no varió el régimen de negociación de cuotas entre los partidos mayoritarios.

El mandato de los magistrados se estableció en nueve años, siendo renovados parcialmente (por tercios) cada tres. La elección del Presidente se encomienda a los propios miembros del Tribunal y su cargo tiene una duración de tres años,

coincidiendo con las renovaciones parciales del órgano. Con ello se quería intensificar la autonomía del órgano; debe pensarse que, al contar con un número par de miembros, la figura del Presidente adquiere especial importancia (pues posee el voto de calidad en casos de empate). Sin embargo, la extrema politización partidista que han sufrido los nombramientos ha traído aparejada otro serio problema generado por este diseño: la posibilidad de retrasar intencionalmente las renovaciones parciales o la sustitución de vacantes para aprovechar las mayorías en el juego político. Estas dilaciones (que llegaron a alcanzar los tres años) implican una alteración de la composición constitucionalmente prevista. En el año 2010, y ante el serio problema institucional generado por estos retrasos (que provocó que tres magistrados llegaran a presentar su dimisión como medida de presión) y los desajustes que ello provocaba con la previsión de las renovaciones parciales, se reformó el modo de computar la duración del mandato. Aunque algunos juristas habían propuesto eliminar la prórroga automática hasta la renovación para intentar forzar así el cumplimiento de los plazos por parte de los políticos, finalmente se optó por establecer simplemente que, en caso de retraso en los nombramientos, éste fuera restado al mandato de los magistrados.<sup>3</sup>

Otra cuestión relacionada con la independencia de los miembros del TC es la relativa a sus incompatibilidades. La Constitución incorporó un amplio listado de incompatibilidades, así como una cláusula de aplicación supletoria respecto a las previstas para el Poder Judicial. Entre las incompatibilidades específicas expresamente contempladas estaba la de desempeñar funciones directivas en un partido político, pero nada se dice respecto a la mera afiliación, que sí está expresamente prohibida (en la propia Constitución) para los miembros del Poder Judicial. Sobre este asunto se discutió intensamente en 2013 cuando se

---

<sup>3</sup> El desajuste que generan estos retrasos tiene que ver con que –según las propias previsiones constitucionales– el periodo para el mandato de los magistrados es de nueve años y las renovaciones se han de hacer por tercios cada tres años: si una renovación se retrasa, los nuevos magistrados o bien no verán completado su mandato de nueve años, o bien se habrá de incumplir la previsión de renovaciones por tercios cada tres años. Véase en este sentido el detallado análisis que realiza Estrada Marín de éste y de muchos otros problemas relacionados con el sistema de nombramientos de los miembros del Tribunal Constitucional español (Estrada Marín, 2017).

hizo público que el entonces presidente, Francisco Pérez de los Cobos, había estado afiliado al Partido Popular al mismo tiempo que ostentaba el cargo (dato que no trascendió en su comparecencia parlamentaria previa al nombramiento). El TC consideró que no había problema, pues interpretó que la incompatibilidad con la afiliación era de aplicación exclusiva para los miembros del Poder Judicial. Pero, lo que estaba realmente en discusión –más allá de la aplicabilidad formal de una incompatibilidad– era la conveniencia de la integración en este órgano de magistrados con perfiles o trayectorias muy vinculados a un partido político.<sup>4</sup> Otro incidente que erosionó la legitimación del órgano basada en los nombramientos se produjo con la designación en 2013 de Enrique López López. Se trataba de una propuesta del Gobierno (presidido por Mariano Rajoy, del Partido Popular) y no era necesario, por tanto, conseguir mayorías parlamentarias que lo respaldaran (lo cual se había intentado infructuosamente en el pasado); la crisis se plasmó en el resultado de la votación, en el seno del propio TC, sobre si el candidato cumplía los requisitos para integrarse en el órgano que acabó con un empate sin precedentes en este tipo de votaciones. Este empate se resolvió con el voto de calidad del presidente, de modo que el candidato acabó incorporándose al TC (aunque dimitió –por otras razones– tan sólo un año después).<sup>5</sup>

Me gustaría terminar estas reflexiones sobre el diseño institucional del Tribunal Constitucional con un par de datos –muy dispares– que creo que resultan relevantes. El primero es el relativo a las retribuciones de sus miembros; aunque siempre han estado –como era de esperar– entre las más altas de los cargos públicos españoles, no ha sido hasta 2018 cuando (con un notable incremento del 12%)<sup>6</sup> se convirtieron en las máximas, superando a las del Consejo General del Poder Judicial, que tradicionalmente habían sido algo mayores (así, según

---

<sup>4</sup> Piénsese, por ejemplo, en la polémica generada en 2012 por el nombramiento como magistrado del catedrático de Filosofía del derecho, Andrés Ollero Tassara, quien había sido durante 17 años diputado por un partido político: el Partido Popular.

<sup>5</sup> La dimisión se produjo por haber dado positivo en un control de alcoholemia, al que le sometió la policía tras ser sorprendido conduciendo una moto de manera indebida y sin casco. (Barroso y Pérez, 2014).

<sup>6</sup> Conviene hacer notar, que ese mismo año, la subida general prevista en España para los sueldos públicos fue tan sólo del 1.75%.



consta en los Presupuestos Generales de 2018,<sup>7</sup> al Presidente del TC le corresponden 149 007€ y a los magistrados "de a pie", 126 061€; mientras que al presidente del Consejo General del Poder Judicial le corresponden 134 760€ y a sus vocales 116 223€. El segundo dato es el relativo a la presencia de mujeres en el órgano: de las 64 personas que hasta el momento han integrado el TC español sólo seis han sido mujeres; y entre los diez presidentes, sólo ha habido una mujer (María Emilia Casas). La composición actual (algo más equilibrada que en el pasado) sigue siendo desigual: nueve hombres y tres mujeres.

## 2. Las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional español

La Constitución española encomienda al Tribunal Constitucional tres funciones fundamentales,<sup>8</sup> que se desarrollan a través de diversas competencias atribuidas directamente por la Constitución o por desarrollos legislativos posteriores (a través, principalmente, de la Ley Orgánica que desarrolla al Tribunal Constitucional, en adelante, LOTC):<sup>9</sup> el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley; la defensa última de algunos derechos fundamentales (a través del recurso de amparo); y la resolución de conflictos relacionados fundamentalmente –aunque no sólo– con el diseño del Estado autonómico (conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí; e impugnaciones por parte del Gobierno de disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas).

### 2.1. El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley

El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley se concreta a través de diversos mecanismos. El primero es el *recurso de inconstitucionalidad*.

<sup>7</sup> Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 4 de julio de 2018, España, pp. 66658-66659.

<sup>8</sup> En la presentación de estas funciones sigo muy de cerca a Pérez Tremps (2006).

<sup>9</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 5 de octubre de 1979, núm. 239, España. Versión consolidada disponible en: <http://bit.ly/21WvyLS>

Para la interposición de este recurso están legitimados exclusivamente el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los ejecutivos de las Comunidades Autónomas y sus asambleas legislativas. Ahora bien, la legitimación de los órganos autonómicos se encuentra limitada, por el art. 32.2 de la LOTC, a aquellas normas estatales que afecten a su ámbito de autonomía; dicho requisito comenzó interpretándose de manera muy rígida, aunque con el tiempo pasó a ser entendido de manera algo más flexible.<sup>10</sup>

Estos recursos caben contra cualquier disposición con fuerza de ley: estatutos de autonomía, leyes orgánicas o cualquier otra forma de ley estatal, disposiciones normativas y actos del Estado o de las comunidades autónomas con fuerza de ley, tratados internacionales y reglamentos de las cámaras y de las cortes generales. En principio, para cualquier otro tipo de norma (sin fuerza de ley) se considera que son los tribunales ordinarios los competentes para decidir sobre su constitucionalidad.

Respecto al procedimiento que se establece para estos *recursos* hay una peculiaridad relevante dependiendo de quién lo interpone. La regla general es que la interposición del recurso no suspende la aplicabilidad de la norma; sin embargo, cuando es el gobierno estatal quien impugna una norma de una comunidad autónoma, puede ampararse en lo dispuesto en el art. 161.2 CE,<sup>11</sup> en cuyo caso se produce la suspensión automática (el TC tiene aquí un plazo de cinco meses para ratificar o levantar la suspensión).

La Constitución de 1978 también estableció la posibilidad de que el Gobierno o cualquiera de las cámaras del parlamento formulara una consulta al TC, antes de la celebración de un tratado internacional, sobre la existencia de posibles

---

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del TC 56/1990, de 29 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 107, de 4 de mayo de 1990, España.

<sup>11</sup> Esta disposición establece: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses."

contradicciones entre dicho tratado y la Constitución. Esta posibilidad de *control previo de constitucionalidad* fue extendida por la primera redacción de la LOTC (de 1979) a las leyes orgánicas y a los estatutos de autonomía. No obstante, el abuso de esta figura –llegó a afectar al 25% de las leyes orgánicas– hizo que se replanteara su conveniencia, dado que la misma retrasaba la entrada en vigor de normas ya aprobadas por el Parlamento, con los riesgos de intervención en el juego político partidista que ello implica;<sup>12</sup> de modo que en 1985 se eliminó esta extensión del control previo de constitucionalidad.<sup>13</sup> Sin embargo, en el año 2015, y tras la crisis generada por la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía catalán aprobado en 2006,<sup>14</sup> se ha vuelto a reintroducir el control previo para los estatutos de autonomía<sup>15</sup> con el objetivo de evitar que se volviera a producir lo que se denominó un "choque de legitimidades": que un estatuto ya en vigor, tras aprobarse –con mayorías cualificadas– tanto por el parlamento autonómico como por el estatal, así como por referéndum popular, pudiera ser luego anulado o enmendado por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, la reforma que se llevó a cabo no excluye dicha posibilidad: la interposición de este recurso previo no es obligatoria y el TC puede tener que pronunciarse –vía *recurso* o *cuestión* de inconstitucionalidad– sobre un estatuto de autonomía en vigor.

Otro mecanismo, más indirecto, para controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley es la *cuestión de inconstitucionalidad*. Se trata de una consulta que puede plantear al TC cualquier órgano judicial ante la duda sobre la constitucionalidad de algún precepto legal que tendría que aplicar para

<sup>12</sup> Sobre este asunto puede verse Carrillo (2018, p. 640).

<sup>13</sup> A través de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137, de 8 de junio de 1985, España.

<sup>14</sup> Declaración que llevó a cabo la Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio (por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve parlamentarios del grupo popular del Congreso contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 16 de julio de 2010, España.

<sup>15</sup> A través de la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, España.

resolver un caso sometido a su jurisdicción. Este mecanismo es necesario si se quiere compatibilizar el sometimiento de los jueces a todo el ordenamiento jurídico (del cual la Constitución es la norma jerárquica suprema) con el monopolio que en el sistema español se le atribuye al TC del rechazo de las normas con rango de ley y que hace que el resto de los órganos judiciales no pueden decidir por sí mismos inaplicar un precepto legal, por muy contrario a la Constitución que el mismo les parezca. En los supuestos en los, que para decidir un caso sometido a su jurisdicción (y sólo en ellos), el órgano judicial deba aplicar una disposición legal que pueda ser inconstitucional, deberá plantear la cuestión al TC que será quien decida sobre la misma. Esta competencia la tienen en exclusiva los órganos judiciales, no las partes del proceso. La LOTC ha establecido que también el propio TC (o alguno de sus órganos) puede plantearse a sí mismo cuestiones de constitucionalidad cuando, en el transcurso de otro tipo de procedimiento (un recurso de amparo o un conflicto), surja la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. En estos casos se habla de "*auto-cuestiones de inconstitucionalidad*".

Los efectos de una declaración de inconstitucionalidad son la nulidad de los preceptos afectados. Eso implica que, en teoría, dichos preceptos nunca formaron parte del ordenamiento jurídico español (aunque las sentencias en las que se hubieran aplicado esas normas no perderán los efectos de cosa juzgada, salvo que supongan una sanción penal o administrativa). Pero el TC ha ido flexibilizando esta rigidez en la práctica y en ocasiones ha limitado los efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad,<sup>16</sup> o ha diferido la nulidad,<sup>17</sup> o ha permitido que la norma siga vigente hasta que sea desplazada por otra,<sup>18</sup> o incluso ha declarado inconstitucionalidades sin nulidad<sup>19</sup> (Ahumada Ruiz, 2017).

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 45/1989, de 20 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 52, de 2 de marzo de 1989, España.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 300, de 16 de diciembre de 1999, España.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 195/1998, de 1 de octubre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, de 30 de octubre de 1998, España.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del TC 135/2006, de 27 de abril, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 26 de mayo de 2006, España; o la Sentencia del TC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 285, de 29 de noviembre de 2005, España.

Sin embargo, en muchas ocasiones, el TC no declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, ni tampoco la rechaza más, sino que lleva a cabo lo que se conoce como una "sentencia interpretativa",<sup>20</sup> en la que establece cómo debe ser interpretada una disposición para ser considerada acorde con la Constitución, o en la que rechaza alguna posible interpretación por inconstitucional. Estas interpretaciones vinculan a todos los poderes públicos, y por cuestiones de seguridad jurídica, muchos reclaman que cuando sean realizadas las mismas se reflejen en el fallo de la sentencia (y no sólo en su fundamentación), práctica que en ocasiones –pero no siempre– sigue el Tribunal Constitucional.<sup>21</sup>

Desde sus primeras sentencias, el TC incorporó en su doctrina la idea del "bloque de constitucionalidad", en el que se suelen incluir, entre otras, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía, la LOTC así como algunas normas básicas para el reparto de competencias; todas ellas integrarían el canon de constitucionalidad que el TC aplica en su labor de fiscalización. El TC considera no sólo que sus interpretaciones de la Constitución vinculan a todos, sino además que él es el único que puede llevar a cabo interpretaciones vinculantes. En este sentido ha considerado que no caben las leyes meramente interpretativas.

Esta posición de "intérprete supremo" de la Constitución plantea un indudable riesgo, del que ya advertía García de Enterría en 1981: considerar que el TC retiene la nota de la soberanía, lo cual implicaría considerarlo como un poder constituyente en lugar de un mero poder constituido. Se incurriría en este riesgo cuando el TC traspasa los límites de lo que implica "interpretar" la Constitución, y pasa a desarrollar aspectos que la Constitución dejó abiertos al juego democrático, consagrándolos en "interpretaciones" vinculantes.

---

<sup>20</sup> Sobre este concepto de "sentencia interpretativa" y sus distintas modalidades, puede verse Guastini (2011, pp. 155-156).

<sup>21</sup> Cfr., por ejemplo, Pérez Tremps, 2006, p. 58.

## 2.2. La defensa de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo

La segunda función encomendada al Tribunal Constitucional es la defensa última de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Este recurso, que puede ser interpuesto por toda persona que invoque un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, está previsto para la violación por parte de los poderes públicos de los derechos y libertades contemplados en los siguientes artículos constitucionales: artículo 14 (igualdad ante la ley); artículos 15 a 29 (Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") y artículo 30 (objeción de conciencia respecto a las obligaciones militares).

Se trata, por tanto, de un recurso que no estaba previsto que operase frente a violaciones de cualquier derecho reconocido constitucionalmente. Se dejan fuera de esta protección reforzada otros derechos recogidos en la Sección segunda del Capítulo segundo (tales como el derecho al matrimonio, a la propiedad privada, al trabajo, a la negociación colectiva o a la libertad de empresa) y por supuesto todos los derechos reconocidos en el Capítulo tercero bajo el rótulo de "De los principios rectores de la política social y económica" (derecho a la salud, a una vivienda digna, acceso a la cultura, protección al medio ambiente...) que –según dispone el art. 53.3 CE– sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Sin embargo, la práctica respecto a este recurso acabó generando que casi cualquier derecho puede hacerse valer ante el TC alegando una violación del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24 CE.<sup>22</sup> Esta inter-

<sup>22</sup> Este artículo establece:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con

pretación llevó a que el recurso de amparo acabara configurándose (por lo menos hasta la reforma de 2007) como una verdadera vía de revisión jurisdiccional, generando algunas tensiones con el Poder Judicial (en particular a través de "choques" con el Tribunal Supremo).<sup>23</sup> Eso quizá también contribuyó a que el número de recursos de amparo presentados se disparara (en el año 2006 llegaron a ser 11 471) colapsando toda la actividad del TC (los recursos de amparo superan ampliamente el 98.5% de los expedientes que llegan al TC español), con la correspondiente acumulación de retrasos en todos los tipos de procesos constitucionales,<sup>24</sup> generando lo que algunos llegaron a calificar como "agotamiento del modelo".

Dos reformas de la LOTC pretendieron atajar este problema. La primera, introducida a través de la Ley Orgánica 6/1988,<sup>25</sup> modificó el trámite de admisión de los recursos de amparo (posibilitando que fueran inadmitidos mediante providencia sin necesidad de justificación), pero no llegó a modificar la práctica y no tuvo por tanto gran eficacia. La segunda reforma, de 2007,<sup>26</sup> cambió completamente la lógica que había regido hasta entonces en el diseño de este recurso. Hasta ese momento se consideraba que el recurso cumplía tanto una función de garantía o protección subsidiaria de los derechos fundamentales de los individuos (frente a casos de desprotección en sede judicial), como una función "objetiva", que consistía en unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales.<sup>27</sup> Sin embargo, tras la reforma puede decirse

---

todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, puede señalarse la discrepancia respecto a la interpretación del alcance del principio de justicia universal, al desmarcarse el Tribunal Supremo (en su Sentencia 645/2006, de 20 de junio. Disponible en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)) de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 258, de 28 de octubre de 2005, España).

<sup>24</sup> Cfr. Pérez Tremps, 2006, p. 163.

<sup>25</sup> Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 140, de 11 de junio de 1988, España.

<sup>26</sup> Introducida a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 25 de mayo de 2007, España.

<sup>27</sup> Iglesias Báñez, 2018, p. 133.

que se abandonó la primera función, pasando a "objetivarse" completamente la función de este recurso. Ello se logró exigiendo para la admisión a trámite del recurso un nuevo requisito: la justificación de una "especial trascendencia constitucional" del caso.

Obviamente esta expresión es muy abierta y genera un gran margen de discrecionalidad a la hora de admitir un recurso, discrecionalidad que no puede ser controlada por ningún otro órgano (dado que las decisiones del TC son últimas). El propio TC ha intentado precisar un tanto este concepto (en la STC 155/2009),<sup>28</sup> estableciendo siete casos en los que se daría esta especial trascendencia y que, siguiendo a Carrillo (2018, pp. 652-653), podemos agrupar en tres categorías: 1) casos relacionados con el desarrollo material de los derechos fundamentales, cuestiones novedosas en la doctrina constitucional o cambios en la misma; 2) casos relacionados con la (in)aplicación de la doctrina constitucional por los poderes públicos, en especial por los órganos jurisdiccionales (amparo frente a leyes; reiterada jurisprudencia ordinaria vulneradora de un derecho fundamental; incumplimientos reiterados de la jurisprudencia constitucional o negativa manifiesta a acatar la doctrina del TC); y 3) casos que por su importancia trascienden al caso concreto objeto de recurso, como por ejemplo los amparos electorales o parlamentarios.

El problema fundamental que plantea esta reforma es que elimina una garantía que había resultado fundamental para el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Se alega que dicha garantía, que resultó fundamental en los primeros años de democracia, con el tiempo habría dejado de ser tan necesaria, dado que la función pedagógica respecto a la jurisdicción ordinaria ya se habría logrado. Para no menoscabar la garantía de los derechos fundamentales, la reforma se completó con el reforzamiento de la jurisdicción ordinaria a través de una nueva concepción del incidente de nulidad de actuaciones,<sup>29</sup> pero como algunos

<sup>28</sup> Sentencia del TC 155/2009, de 25 de junio. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 181, de 28 de julio de 2009, España.

<sup>29</sup> Previsto en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre y la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Versión consolidada disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>



autores señalan quizás sea necesario configurar un sistema más ágil y diversificado de medidas de justicia cautelar.<sup>30</sup>

Una vez implantada esta reforma, se criticó la opacidad en la aplicación del criterio, dada la ausencia de justificación en los casos de admisión del recurso, sin embargo —y a partir de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón vs. España*— el TC ha comenzado a explicitar y justificar los motivos de admisión.<sup>31</sup>

Aunque el número de recursos de amparo presentados sigue siendo muy elevado, se percibe ya una cierta disminución: frente a los 11 471 recursos del año 2006; a partir del año 2015 la cifra de recursos presentados ronda los 7 000 (así, en el 2015 se presentaron 7 203, en 2017 fueron 6 286 y en 2018 la cifra ascendió a 6 918).<sup>32</sup> Pero lo que sí ha sufrido una drástica reducción como consecuencia de esta reforma es el número de recursos de amparo admitidos a trámite: en el año 2017, 71 recursos de amparo (el 1.27%) y se inadmitieron 6 069 (el 98.73%).

### 2.3. La resolución de conflictos

Por último, la tercera función encomendada al Tribunal Constitucional es la relativa a la resolución de diversos tipos de conflictos: los de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o los de éstas entre sí (atribuida directamente por la CE); la relativa a conflictos entre órganos constitucionales (atribuida por la LOTC) y la relativa a conflictos en defensa de la autonomía local (atribuida en una reforma de la LOTC de 1999),<sup>33</sup> a través de la cual los entes

<sup>30</sup> Carrillo, 2018, p. 652.

<sup>31</sup> Véase en este sentido la Sentencia del TC 9/2015, de 2 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 52, de 2 de marzo de 2015, España.

<sup>32</sup> Todos los datos aquí utilizados han sido extraídos de las estadísticas anuales publicadas en la web oficial del Tribunal Constitucional español. Disponibles en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>

<sup>33</sup> A través de la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, de 22 de abril de 1999, España.

locales pueden impugnar normas con fuerza de ley que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada. También podemos situar aquí una competencia un tanto singular: la atribuida por el art. 161.2 CE (al que antes hicimos mención) relativa a la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas que, aunque no tiene estrictamente naturaleza conflictual, se conecta con los conflictos generados por la organización territorial del Estado. Se suele señalar que, en el ejercicio de estas competencias vinculadas a la resolución de conflictos, el TC presentaría una naturaleza arbitral.<sup>34</sup>

Las dos competencias añadidas por la LOTC (conflictos entre órganos constitucionales y en defensa de la autonomía local) han sido muy poco utilizadas en la práctica y han resultado ser mecanismos poco eficaces. Hasta el momento (escribo estas páginas a finales de mayo de 2019) sólo ha habido cinco sentencias en casos de conflictos de órganos constitucionales (tres de ellas muy recientes: dos de mayo, y una de noviembre de 2018) y doce sentencias (y 26 autos) referidos a conflictos en defensa de la autonomía local.

Por el contrario, la conflictividad por cuestiones competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas (y en mucha menor medida de éstas entre sí) ha hecho que el Tribunal Constitucional tuviera numerosas –y con frecuencia complejas– ocasiones en las que pronunciarse. Debe tenerse en cuenta que cuando el conflicto competencial tiene su origen en una norma con rango de ley, el procedimiento a través del cual se ha de resolver es el recurso de inconstitucionalidad. A través de esta competencia, el TC ha ido concretando, desde sus primeros años, el modelo de organización territorial del Estado que tan indefinido se encontraba en la Constitución<sup>35</sup> (quizás convenga remarcar aquí

---

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, Pérez Tremps (2006, p. 100), a quien sigo en este punto.

<sup>35</sup> Esta concreción se realizó optando por una homogeneización entre todas las Comunidades Autónomas; homogeneidad que no se deducía del texto constitucional aprobado. Sobre este asunto puede verse Clavero (2018).

por su relevancia la sentencia sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, más conocida como "LOAPA").<sup>36</sup>

La última competencia que se suele englobar junto a la resolución de conflictos es la impugnación por parte del Gobierno de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas sin rango de ley; impugnación que implica la suspensión inmediata de lo impugnado. Esta competencia plantea algunos problemas de encaje, pues parece contradecir el reparto general de controles establecido sobre las Comunidades Autónomas por la propia Constitución en su artículo 153. Sobre esta competencia, decía García de Enterría en 1981 que se trataba de "una especie de recurso *per saltum*, que pasa por encima del Tribunal ordinariamente competente, que sería el contencioso-administrativo, para plantear inmediatamente la cuestión como una cuestión constitucional a resolver como tal" (García de Enterría, 1981, p. 62). Por eso, se suele recalcar la necesidad de considerarla como una competencia excepcional, limitada a aquellos casos relevantes en los que los actos impugnados cuestionen realmente los límites constitucionales de la autonomía. El propio TC ha intentado definir su objeto señalando que se ha de tratar de una: "presunta violación de prescripciones constitucionales ajenas a las reglas competenciales del bloque de constitucionalidad".<sup>37</sup>

Este mecanismo adquirió protagonismo en 2012 (hasta entonces había sido muy poco usado: apenas había dado lugar a cinco sentencias), a raíz de su "peculiar" incorporación en la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera,<sup>38</sup> que lo menciona expresamente en una de sus Disposiciones Adicionales como mecanismo que puede ser utilizado por el Gobierno ante la vulneración de "los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución

---

<sup>36</sup> Sentencia del TC 76/1983, de 5 de agosto. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 18 de agosto de 1983, España.

<sup>37</sup> Sentencia del TC 66/1991 de 22 de marzo. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98, de 24 de abril, España.

<sup>38</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, de 30 de abril de 2012, España.

y desarrollados en la presente Ley".<sup>39</sup> La otra causa del actual protagonismo de esta competencia ha sido su extensa utilización como mecanismo contra el proceso independentista catalán (ya se acumulan nueve sentencias y más de veinte autos relacionados con dicho proceso).

#### 2.4. Reformas constitucionales y derecho de la Unión Europea: ¿dos lagunas competenciales?

Hay dos ámbitos relevantes: el de las reformas constitucionales y el del Derecho de la Unión Europea (en adelante UE), respecto a los cuales no está clara la función a desempeñar por el TC.

Nada dice expresamente la Constitución española, ni tampoco la LOTC, respecto a la posibilidad de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. No era un asunto que preocupara en exceso (al menos no hasta la reforma del art. 135 de la CE, en agosto de 2011, por la que se incorporó el principio de estabilidad presupuestaria), pero que plantea problemas interesantes. El punto de partida es que la CE no contempla cláusulas de intangibilidad: cualquier precepto puede ser modificado; de modo que, por lo que se refiere al contenido de la reforma (a su "resultado"), la opinión mayoritaria considera que no tendría sentido declarar "inconstitucional" el *contenido* de una reforma constitucional, por la misma razón que tampoco tendría sentido declarar la inconstitucionalidad de un precepto constitucional. El argumento sería que, dado que el objetivo de la reforma es modificar la propia Constitución, la nueva redacción integraría el canon de constitucionalidad que está obligado a aplicar el TC. De modo que, por muy nefasta que sea una reforma en términos de generación de incoherencias o contradicciones entre los nuevos preceptos constitucionales y los que permanecen tras la reforma, no parece que el TC español tenga competencias para pronunciarse al respecto. Y eso al margen de que pensemos que la eliminación de ciertos contenidos constitucionales (los contenidos necesarios o

---

<sup>39</sup> El artículo 135 de la CE fue objeto de una polémica reforma en el año 2011 a la que luego haremos referencia. En dicha reforma se incorporó el principio de estabilidad presupuestaria y la limitación del déficit público.

definitorios de un Estado constitucional: democracia, reconocimiento de derechos fundamentales, imperio de la ley) no sería tanto una reforma constitucional, cuanto una "mutación" de la misma y del Estado: se habría pasado a tener una Constitución sólo en un sentido formal (una mera *lex superior*), y España habría dejado de ser un Estado constitucional.<sup>40</sup>

Cuestión distinta es, sin embargo, el control respecto al *procedimiento* seguido para llevar a cabo la reforma; procedimiento que está expresamente regulado por la Constitución, la cual establece dos vías distintas, la ordinaria y la agravada, cuya procedencia depende del contenido de la reforma. Por lo que se refiere a estos aspectos procesales no hay ningún obstáculo conceptual para hablar de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Si una reforma se lleva a cabo sin seguir el procedimiento establecido en la Constitución, o si se sigue una vía ordinaria cuando se debía haber seguido la vía agravada, dicha reforma ha de ser tachada de contraria a la Constitución. El problema es que este control no está expresamente regulado (¿cuál es el procedimiento para llevarlo a cabo?, ¿cuáles serían sus efectos?) y, cuando el TC tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, optó por eludir la cuestión. Se trataba de la resolución de un recurso de amparo interpuesto por algunos parlamentarios contra ciertas resoluciones de la Mesa del Congreso relativas al procedimiento seguido para la reforma del art. 135 de la Constitución.<sup>41</sup> En su resolución (un auto que contó con tres votos particulares), el TC inadmitió el recurso, considerando que no había habido violación de los derechos políticos alegados, dejando sin contestación cuestiones de gran relevancia constitucional. Los recurrentes habían optado por acudir a esa vía (la del recurso de amparo) por considerar que era la única que cabía para promover el control del procedimiento seguido para la reforma constitucional, pero obviamente el planteamiento del control de constitucionalidad de una reforma constitucional a través de un recurso de amparo (concebido para la protección de derechos individuales) no es lo más conveniente

<sup>40</sup> Sobre la caracterización de la Constitución del Estado constitucional que aquí estoy asumiendo, puede verse Aguiló Regla (2012).

<sup>41</sup> Me refiero al Auto del TC 9/2012, de 13 de enero, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 36, de 11 de febrero de 2012, España.

y genera serios problemas: basta plantearse cuáles hubieran sido los efectos de una estimación del recurso planteado. Algunos autores consideran que, dado que el recurso de inconstitucionalidad está disponible sólo para las normas con fuerza de ley, la única vía para controlar las reformas constitucionales sería la que habían seguido los recurrentes, a través del control de los concretos actos por los cuales la misma se realiza.<sup>42</sup> Pero, sin embargo, si consideramos –como ya propuso el constitucionalista español Pérez Royo en 1984– que estas reformas se llevan a cabo a través de "leyes de reforma constitucional",<sup>43</sup> no hay ningún obstáculo para considerar que puedan ser objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC (independientemente de que este tenga sólo competencia para controlar los aspectos procedimentales y no su contenido).

También la discusión sobre la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas de derecho de la UE resulta extremadamente relevante si se tiene en cuenta que hay normas europeas directamente aplicables en España que pueden llegar a desplazar a la ley interna. Aunque el Tribunal Constitucional se negó a sí mismo esta competencia,<sup>44</sup> el proceso de integración europea –que ha implicado la cesión de soberanía a instancias supranacionales– exige replantearse el ámbito y la extensión del control de constitucionalidad y la relación entre la jurisdicción constitucional española y la jurisdicción europea. La lógica que subyace a la jurisprudencia constitucional española en la materia sería la siguiente: el ejercicio de la potestad prevista en el art. 93 de la CE (la cesión de competencias mediante tratado internacional) no puede incluir nuevos objetos de control de constitucionalidad (como el derecho derivado de la UE), ni tampoco incluir nuevos parámetros de control (como lo sería la conformidad de las leyes internas con el derecho europeo). De este modo quedaría excluido el control directo del derecho de la Unión, pero se podría controlar indirectamente a través del control de constitucionalidad de las normas y actos internos que

---

<sup>42</sup> Véase, p. ej., Villaverde Menéndez, 2012. También Escudero Alday considera que esta es la única posibilidad que prevé el derecho español para enjuiciar el procedimiento seguido para las reformas constitucionales (Escudero Alday, 2012, p. 90).

<sup>43</sup> Cfr. Pérez Royo, 1984, p. 37.

<sup>44</sup> En la STC 64/1991: Sentencia del TC 64/1991, de 22 de marzo. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98, de 24 de abril de 1991, España.

ejecutan, trasponen o aplican este derecho. El derecho europeo sólo se integraría en el canon de constitucionalidad usado por el TC a través del art. 10.2 de la CE, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos y libertades constitucionales de conformidad con los tratados internacionales suscritos sobre la materia. Ahora bien, con la Declaración 1/200445 (en la que se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad del Tratado por el que se pretendía establecer la fallida Constitución Europea), el TC llevó a cabo un importante giro en su doctrina sobre las relaciones entre el derecho estatal y el europeo, elaborando una argumentación en la que considera compatibles la "primacía" del derecho de la Unión Europea con la "supremacía" de la Constitución española, considerando que esta última es compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución así lo haya dispuesto.

El razonamiento usado sería el siguiente: los Estados, a través de sus jurisdicciones constitucionales, han aceptado que el derecho europeo se despliegue en sus ordenamientos internos porque consideran que respeta los principios básicos del constitucionalismo y lo hace de manera equivalente a como se protegen en el ámbito interno (es lo que se ha denominado "principio de equivalencia"). Ello implica la renuncia a ejercitar el control del derecho europeo desde las instancias nacionales, dejando que dicho control lo desarrolle la jurisdicción europea. Pero ¿qué pasaría si en el ordenamiento europeo se produjeran lesiones graves de esos principios constitucionales básicos que no fueran reparadas por la jurisdicción europea? Esta pregunta ha sido contestada por el TC español en los siguientes términos:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo

---

<sup>45</sup> Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, de 4 de enero de 2005, España.

español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal abordar los problemas que en tal caso se suscitaran [...] a través de los procedimientos constitucionales pertinentes.<sup>46</sup>

De modo que parece que se dejaría abierta, aunque de manera muy excepcional, la posibilidad de control de constitucionalidad del Derecho europeo para aquellos supuestos en los que se vulneren claramente principios constitucionales básicos; pero –como señala Pérez Tremps (2009, p. 39)– esta hipotética intervención subsidiaria del TC está configurada con notable indefinición, dejando abiertos problemas técnico-jurídicos tanto de tipo sustantivo como procesal.

Otro problema vinculado al proceso de integración europea –muy relacionado con éste– es el encaje del sistema de control de constitucionalidad concentrado del derecho español con la regulación europea. En el sistema previsto en la UE, es el juez ordinario que conoce del caso concreto quien debe hacer el juicio de compatibilidad entre la ley y el derecho europeo, inaplicando la ley en caso de contradicción. De modo que, en España, mientras que sólo el TC puede descartar una ley por contradecir la Constitución, si esa ley lo que contradice es el derecho de la UE, los jueces ordinarios pueden inaplicarla. Por supuesto, para resolver los problemas interpretativos y unificar la doctrina, el derecho europeo tiene una figura similar a la cuestión de inconstitucionalidad española: la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE);<sup>47</sup> pero entre ambas figuras existen importantes diferencias. La fundamental es que el juez nacional no está obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, pudiendo inaplicar directamente la ley que contradiga el derecho de la UE, con una excepción (prevista en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea):<sup>48</sup> que se trate de tribunales cuyas decisiones no sean suscep-

<sup>46</sup> Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, de 4 de enero de 2005, España, p. 11.

<sup>47</sup> Se trata de una consulta sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez o interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión que cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea puede plantear al TJUE si lo considera necesario para poder emitir su fallo.

<sup>48</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 202, de 7 de junio de 2016.



tibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, en cuyo caso sí es obligatorio interponer la cuestión prejudicial (salvo que se trate de un caso "claro" o previamente "aclarado"). Como señala Ferreres Comella (2003), se da lugar así a una doble lógica de difícil articulación y que hace que el monopolio de rechazo de la ley que la CE atribuyó en 1978 al Tribunal Constitucional esté perdiendo parte de su razón de ser.

El siguiente caso puede ilustrar estos problemas de articulación a los que estoy haciendo referencia: en el año 2003, una mujer, trabajadora a tiempo parcial, recurre ante un tribunal español la denegación –por parte tanto del órgano administrativo competente como del juzgado que resolvió en primera instancia– del derecho a cobrar una pensión de jubilación por considerar que no cumplía el requisito de haber cotizado el tiempo necesario: 15 años. Había trabajado a tiempo parcial durante más de 18, pero la ley entonces en vigor preveía que el cómputo del tiempo cotizado se realizara teniendo en cuenta exclusivamente las horas efectivamente trabajadas (con un sistema conversor de estas horas en días, al que se le aplicaba un factor de corrección de 1.5). Pues bien, el tribunal (en concreto, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia), ante la sospecha de que esa disposición podía ser contraria a la Constitución (la regulación anterior, muy similar a esta aunque sin factor de corrección, había sido declarada inconstitucional poco antes por el TC por considerarla contraria al principio de igualdad), planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, con lo que su juicio quedó en suspenso a la espera de resolución del TC. Pues bien, ocho años después, en 2011, y con este asunto aún pendiente de resolución por parte del TC, al Juzgado de lo Social de Barcelona se le planteó un problema muy similar, pero en este caso decidió abordar la cuestión de otra manera: como una violación del derecho europeo (en particular de la Directiva europea 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social) por parte de la legislación española. Aunque este otro órgano jurisdiccional no estaba obligado a plantear la cuestión prejudicial, decidió hacerlo y plantear la pregunta al TJUE, que efectivamente consideró, en la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (estando aún pendiente la cuestión de inconstitucionalidad

española), que una normativa –como la española– que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres (aproximadamente el 80%), un periodo de cotización proporcionalmente mayor en comparación con los trabajadores a tiempo completo, para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada, resultaba contraria al art. 4 de la Directiva europea 79/7, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo, entre otras cosas, a las condiciones de acceso a los regímenes de protección contra la vejez. No fue hasta poco después de esta sentencia del TJUE, que el TC español resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que le habían planteado diez años antes, considerando que, efectivamente, el precepto legal cuestionado era inconstitucional.<sup>49</sup>

### 3. El papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en la democracia española

Tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, rápidamente se aprobó la ley que creaba y regulaba el funcionamiento del Tribunal Constitucional (la LOTC) y el 12 de julio de 1980 tomaron posesión los primeros

<sup>49</sup> En esta sentencia, el TC alega que no está vinculado por la decisión del TJUE pero acaba haciendo suyos los argumentos usados por el Tribunal europeo:

"Nuestra jurisprudencia 'ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las 'competencias derivadas de la Constitución', cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias [...] Ahora bien, también hemos declarado que el Derecho de la Unión Europea 'no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE ... pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea [...] En relación con este último aspecto [éstos] pueden constituir "valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce' [...] Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa" (Sentencia TC 61/2013, de 14 de marzo, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 86, de 10 de abril de 2013, España, p. 99).

magistrados designados para este órgano (la composición del Tribunal se completó en noviembre de ese mismo año). El TC comenzó su actividad jurisdiccional de inmediato, dictando su primera sentencia el 26 de enero de 1981.

Para su primera composición se eligieron juristas que gozaban de reconocido prestigio; nueve de sus doce miembros fueron profesores universitarios (ajenos al Poder Judicial), lo cual quizás ayudó a cambiar el estilo de redacción típico de las decisiones judiciales, huyendo de formalismos innecesarios e incrementando su claridad y accesibilidad, de modo que se consiguió añadir un importante valor pedagógico a la tarea desempeñada por este órgano. Su primer presidente fue Manuel García-Pelayo (1980-1986), quien fue sustituido en el cargo por Francisco Tomás y Valiente (1986-1992), asesinado unos años después por la banda terrorista ETA.

En estos primeros años de funcionamiento, el TC cumplió razonablemente bien las expectativas que en él se habían depositado referidas a la efectiva constitucionalización del ordenamiento jurídico español. De modo que podríamos decir que, si la transición fue exitosa en este punto, o en la medida en que consiguió serlo, lo fue en parte gracias a la importante labor que desarrolló este órgano.

Entre las funciones que desarrolló el TC en esta primera etapa suelen señalarse las siguientes:<sup>50</sup> (1) Acabó con piezas preconstitucionales del ordenamiento jurídico que resultaban inconsistentes con la Constitución. (2) Defendió la eficacia normativa directa de la Constitución, dejando claro que no era meramente una norma programática. (3) Contribuyó a constitucionalizar al Poder Judicial, modificando la actuación de los jueces y tribunales ordinarios (para el desarrollo de esta función fue fundamental su papel como revisor de las actuaciones judiciales a través de los recursos de amparo). (4) Desarrolló una jurisprudencia muy elaborada –y fuertemente influida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– en materia de derechos y libertades, desarrollando su contenido esencial. (5) Ayudó a la consolidación del proceso descentralizador en

<sup>50</sup> Sigo en este punto los trabajos de Pérez Tremps (2006) y Ahumada (2017).

la configuración del Estado autonómico: la apertura constitucional hizo que fuera realmente la jurisprudencia del TC la que —a través de la resolución de conflictos y recursos de inconstitucionalidad basados en vicios de competencia— diseñara el modelo territorial que no se encontraba definido en la Constitución de 1978. Esta última función la llevó a cabo optando por un proceso homogeneizador de todas las Comunidades Autónomas.<sup>51</sup>

Pero pronto comenzaron a aparecer los problemas a los que ya hemos ido haciendo referencia. El trabajo empezó a acumularse, generándose importantes retrasos; se produjeron choques institucionales entre el TC y el Tribunal Supremo; los nombramientos empezaron a instrumentalizarse partidistamente, afectando a la legitimación que había acompañado al órgano en su creación; y la redacción de las sentencias empezó a ser cada vez más farragosa por las innumerables autocitas (en el mejor de los casos, innecesarias y, en el peor, inconsistentes). De modo que en torno al año 2006 eran ya muchas las voces que reclamaban la necesidad de reformar este órgano. En 2007 se aprobó una reforma integral de la LOTC,<sup>52</sup> que pretendía dar solución a algunos de estos problemas a través de dos estrategias: modificación de la lógica del recurso de amparo y cambios en el procedimiento de nombramiento de magistrados por parte de las cortes generales.

Por lo que se refiere a la configuración del recurso de amparo, y como ya hemos visto, si bien es cierto que la acumulación de casos era insostenible, la opción de objetivar completamente este recurso hizo que prácticamente desapareciera una de las funciones que caracterizaban y habían contribuido notablemente a legitimar este órgano: la de servir como instrumento para revertir violaciones de derechos de los ciudadanos. Respecto a las reformas en el procedimiento de nombramientos, ambas han sido bastante ineficaces en la consecución de los objetivos valiosos que pudieran perseguir: las comparecencias se han convertido en meros trámites formales que nada aportan (recuérdese que ni siquiera sirvió

---

<sup>51</sup> Cfr. Clavero, 2018.

<sup>52</sup> A través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 25 de mayo de 2007, España.

para sacar a la luz la afiliación política de uno de los candidatos) y la participación de las Comunidades Autónomas en los nombramientos del Senado tampoco ha cambiado la práctica de negociación partidista de candidatos.

Pero el principal factor de deterioro del TC lo encontramos en su actuación ante dos grandes desafíos a los que tuvo que hacer frente la sociedad española en la última década: la transmutación del Estado social a raíz de la crisis financiera de 2008 y el independentismo catalán.

La crisis financiera sirvió de excusa para llevar a cabo un sistema de reformas (laborales, tributarias, procesales, penales...) que, como señala Martín Martín (2015), ha tenido como efecto un "vaciamiento" de la Constitución por lo que se refiere a la eficacia de algunos derechos, fundamentalmente (aunque no sólo) los de contenido social. ¿Cuál ha sido el papel del TC ante este proceso? Es cierto que, frente a algunas de las iniciativas normativas emprendidas, el TC ha declarado inconstitucionalidades, aunque en algunos casos tarde y mal, como con la Ley que estableció las tasas judiciales<sup>53</sup> o con el Decreto-Ley de amnistía fiscal (que se anuló, pero sin efectos).<sup>54</sup> Sin embargo, frente a otras muchas situaciones lesivas de derechos, el TC o no se ha pronunciado o las ha ratificado. Piénsese en su penosa "no actuación" ante el problema del incremento de ejecuciones hipotecarias a raíz del pinchazo de la burbuja inmobiliaria, donde se limitó a inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta en 2011 por considerarla "notoriamente infundada", alegando simplemente que la cuestión ya había sido decidida previamente, sin considerar que las especiales circunstancias de la situación económica y financiera del momento, tan diferente a la de los años 80 en los que se fijó la doctrina inicial, merecieran su reconsideración<sup>55</sup> (el TJUE vino posteriormente a considerar que la regulación española no cumplía con la normativa europea sobre protección de los consu-

<sup>53</sup> Sentencia del TC 140/2016, de 21 julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 196, de 15 de agosto de 2016, España.

<sup>54</sup> Sentencia del TC 73/2017, de 8 de junio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 168, de 15 de julio de 2017, España.

<sup>55</sup> Me refiero al Auto del TC 113/2011, de 19 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 17 de agosto de 2011, España.

midores y obligó a introducir cambios en la materia).<sup>56</sup> Otras decisiones realmente regresivas fueron las referentes a la reforma laboral, que fue avalada por el TC,<sup>57</sup> contradiciendo lo que había sido su doctrina anterior; reforma que, entre otras cosas, afectó sustantivamente al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Quedan aún pendientes de resolución algunos recursos de inconstitucionalidad de gran relevancia, como los interpuestos hace ya cuatro años (en 2015) contra la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana,<sup>58</sup> conocida como "ley mordaza", o contra la incorporación en el Código Penal de la pena de prisión permanente revisable.<sup>59</sup>

Por otra parte, entre el catálogo de asuntos pendientes de resolver, sin duda merece la pena destacar, por lo singular del retraso que acumula (unos nueve años) y lo significativo del mismo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Partido Popular contra la llamada "ley del aborto" (Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)<sup>60</sup> aprobada en 2010 y que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo durante los tres primeros meses de gestación.

Mención aparte merece la actuación del TC frente a la crisis generada por el independentismo catalán. En esta ocasión, parte del agravamiento de la crisis puede atribuirse a este órgano: en el año 2010, y con una composición un tanto alterada (tanto por el juego de los retrasos en los nombramientos y en cubrir las vacantes, como por la aceptación de una muy discutible recusación del magistrado Pablo Pérez Tremps) que mermaba su legitimidad, el TC adoptó la

---

<sup>56</sup> Me refiero a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz).

<sup>57</sup> A través de la Sentencia del TC 119/2014 de 16 de julio (publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 198, de 15 de agosto de 2014, España); y de la Sentencia del TC 8/2015 de 22 de enero de 2015 (publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 47, de 24 de febrero de 2015, España). Ambas relativas a la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, de 7 de julio de 2012, España).

<sup>58</sup> Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, España.

<sup>59</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, España.

<sup>60</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 4 de abril de 2010, España.

decisión de anular y –sobre todo– limitar el alcance (vía decisiones interpretativas) de numerosos preceptos de un Estatuto en vigor que había sido aprobado ¡cuatro años antes! tanto por los dos parlamentos implicados –el estatal y el autonómico– como por el referéndum popular convocado al efecto en Cataluña.<sup>61</sup> Una sentencia (aprobada con seis votos a favor y cuatro en contra) que en realidad no contentó a nadie y fue criticada por todos;<sup>62</sup> y que sin duda ha desempeñado una función desestabilizadora del Estado de Autonomías que el propio TC había ayudado a perfilar.

La deriva independentista y el abuso del procedimiento impugnador del art. 161.2 de la CE, al que antes hemos hecho referencia, hizo que desde entonces el TC haya tenido que pronunciarse en numerosas ocasiones sobre disposiciones normativas y actuaciones de muy diversa índole de las autoridades autonómicas catalanas, muchas de las cuales sin duda desafiaban la primacía constitucional. Por si fuera poco, en 2015 se decidió dar aún mayor protagonismo al TC en este conflicto, otorgándole más competencias en la ejecución de sus resoluciones; para ello se reformó, de manera atropellada (con un procedimiento de urgencia en entredicho y una mayoría muy ajustada), la LOTC.<sup>63</sup> Esta reforma (la segunda de ese mismo año motivada por el conflicto catalán) ha sido duramente criticada tanto en sede política como académica. Algunas de estas competencias plantean serias dudas de constitucionalidad, en especial la posibilidad de imponer multas coercitivas, la ejecución sustitutoria de sus resoluciones con la colaboración del Gobierno del Estado (que resulta incongruente con la excepcionalidad prevista constitucionalmente para aplicar el

<sup>61</sup> Me refiero a la conocida como "Sentencia del Estatut" antes comentada: la Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio de 2010, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 16 de julio de 2010, España.

<sup>62</sup> Se critica, por ejemplo, que en la sentencia no hay ni una sola mención a la deferencia debida al legislador (más debida aún en este caso, en el que se trata de un legislador especialmente cualificado); que se traspasan los límites de lo que es interpretar; o que no tomó en cuenta la propia doctrina del TC respecto a las especificidades de los Estatutos de Autonomía (establecida unos años antes en la STC 247/2007 sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana). Véanse, p. ej., los artículos contenidos en los números especiales de la *Revista catalana de dret públic* (2010) y de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (núm. 15, octubre de 2010), o la encuesta realizada por la revista *Teoría y realidad constitucional* (núm. 27, 2011).

<sup>63</sup> A través de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 249, de 17 de octubre de 2015, España.

art. 155 de la CE)<sup>64</sup> y la posibilidad de suspender temporalmente de sus funciones a cualquier autoridad o empleado público incumplidor (que podría afectar a cargos constitucionales democráticamente elegidos). Pero más allá de estas cuestiones, el principal problema de esta reforma –en mi opinión– se encuentra en que altera la propia naturaleza del órgano (aproximándolo, en contra del diseño previsto constitucionalmente, a un tribunal ordinario) y afecta gravemente al equilibrio de la arquitectura constitucional. La reforma, sin embargo, ha sido avalada por el propio TC, aunque las dos sentencias emitidas al respecto<sup>65</sup> contaron con varios votos particulares que criticaron la superflua y formalista argumentación seguida por la decisión mayoritaria.

40 años después de su puesta en funcionamiento, nos encontramos, pues, en España con un Tribunal Constitucional que puede dejar sin amparo graves violaciones de derechos fundamentales; un Tribunal al que se le ha encomendado el control del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria a instancias del Gobierno estatal y al que se le han atribuido extravagantes competencias en materia de ejecución, alejándolo de su posición de árbitro entre los distintos poderes del Estado; un Tribunal que ha avalado algunas reformas sumamente regresivas en materia de derechos. No es difícil concluir que poco tiene que ver este órgano con aquel que en 1978 se proyectó como "guardián de la Constitución" y al que, como tal guardián, se le debía haber encomendado por encima de cualquier otra función la de velar por aquello que hacía valiosa a la Constitución: la democracia, la igualdad, y el respeto y la efectiva realización de los derechos fundamentales.

---

<sup>64</sup> Este artículo, que acabó aplicándose en octubre de 2017 tras la declaración unilateral de independencia por parte del Parlamento de Cataluña, establece:

"1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas".

<sup>65</sup> Me refiero a las Sentencia del TC 185/2016, de 3 de noviembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 299, de 12 de diciembre de 2016, España; y a la Sentencia del TC 215/2016 de 15 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 17, de 20 de enero de 2017, España.



## Fuentes

Aguiló Regla, J. (2012), "Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 35, pp. 235-238.

Ahumada Ruiz, M. (2017), "The Spanish Constitutional Court", en A. Jakab, A. Dyèvre y G. Itzcovich (coords.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 604-640.

Barroso, F. y Pérez, F. (2014), "El juez Enrique López dimite tras ser pillado en moto sin casco y ebrio", *El País*, 1 de junio de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/2mgJosy>

Carrillo, M. (2018), "El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años", en *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018, Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II), pp. 631-660.

Clavero, B. (2018), "Nacionalidades y regiones entre el empoderamiento y la descentralización", en R. Escudero Alday y S. Martín (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la constitución*, Madrid: Akal, pp. 109-132.

Escudero Alday, R. (2012), "Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011", en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, n. 2, pp. 86-98.

Estrada Marún, J. A. (2017), *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Aranzadi, Navarra: Thomson Reuters.

Ferreres Comella, V. (2003), "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, 65 (II), 2003, pp. 73-122.

García De Enterría, E. (1981), "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista española de Derecho constitucional*, (1) 1: pp. 35-131.

García Roca, J. (2007), "La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España", en *La reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17-120.

Guastini, R. (2011), "Disposición vs. Norma", trad. M. Fernández Pérez, en S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra, 2011, pp. 133-156.

Iglesias Báñez, M. (2018), "El recurso de amparo constitucional en España. La difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales", en A. Villanueva Turnes (coord.), *El Tribunal Constitucional español. Una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Madrid: Tébar Flores, pp. 129-155.

Martín Martín, S. (2015), "La gran regresión: repaso de una legislatura reaccionaria", en VV.AA., *Contrapoder. ¡Desmontando el régimen!*, Barcelona: Roca editorial, pp. 13-25.

Martín Martín, S. (2018), "El tribunal de garantías republicano, objeto de la historia constitucional", en *Historia Constitucional*, (19): pp. 753-773.

Pérez Royo, J. (1984), *Las fuentes del Derecho*, Madrid: Tecnos.

Pérez Tremps, P. (2006), *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima: Palestra.

Pérez Tremps, P. (2009), "La jurisdicción constitucional y la integración europea", en *Revista española de derecho europeo*, (29): pp. 19-48.

Villaverde Menéndez, I. (2012), "El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012", en *Teoría y Realidad Constitucional*, (30): pp. 483-498.

VV.AA. (2011), "Encuesta sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio", en *Teoría y realidad constitucional*, (27): pp. 11-129.



---

# RESEÑA

---



## El derecho a un futuro en la pesadilla digital

---

Reseña de la obra Zuboff, Shoshana (2019),  
*The Age of Surveillance Capitalism: The Fight  
for a Human Future at the New Frontier of Power*,  
Londres: Profile Books.

MIGUEL CASILLAS SANDOVAL\*

"¿Quién ha visto un mensaje publicitario que le haya convencido de que su micrófono escucha sus conversaciones?"<sup>1</sup>, pregunta el Profesor David Carroll a un salón de clases atiborrado. Todos levantan la mano, y Carroll sonríe. No le sorprende. La escena es de *The Great Hack (Nada es privado, 2019)*, un documental de Netflix que aborda el escándalo político de *Cambridge Analytica*. La consultora recabó y utilizó sin autorización los datos personales de 87 millones de personas a través de Facebook con el propósito de hacer propaganda política (Kozłowska, 2018). Para mí, el punto crucial del documental es que revela que los datos obtenidos permitieron reconstruir un perfil muy realista de los votantes más endeblés –sus miedos, sus prioridades, sus indiferencias– y así elaborar una estrategia sumamente eficaz para influenciar el voto en la elección estadounidense de 2016.

La preocupación pública por la forma en la que las compañías utilizan nuestra información personal se ha reportado desde hace más de veinte años (Joinson

---

\* Master of Laws Candidate, Harvard Law School.

<sup>1</sup> La traducción es propia.

*et al.*, 2010). Más recientemente, un estudio realizado en Estados Unidos en 2014 muestra que el 91% de los adultos pensaba que los consumidores habían perdido el control sobre cómo utilizan su información personal las compañías, y el 80% manifestó preocupación por el acceso por parte de comercios y agencias de publicidad a los datos que comparten en redes sociales (Madden, 2014).

Con todo, es muy probable que el reciente escándalo de *Cambridge Analytica* –en el contexto de la controversial elección del Presidente Trump– contribuyera de forma muy importante a difundir o corroborar la preocupación social de que hay un grave problema con el manejo de nuestros datos por parte de los gigantes de la tecnología. En 2019, el 55% de las personas adultas en Estados Unidos están *muy seguras* de que sus teléfonos "escuchan" sus conversaciones con el fin de elaborar anuncios hechos a la medida (Koetsier, 2019). En la medida en la que son ciertas, estas preocupaciones no son menores. Solamente Facebook cuenta con 2.41 billones de usuarios activos al mes, de los cuales están activos diariamente, en promedio, 1.2 billones.<sup>2</sup>

Estas preocupaciones encuentran eco en experiencias muy personales de nuestra vida diaria. Una amiga cercana que vive en la Ciudad de México se enamoró de alguien que trabaja en Vancouver, Canadá. Triste, me explicó que estaba decidida a aplicar para estudiar políticas públicas en London School of Economics. Días después de contarme, Facebook le mostró publicidad de maestrías en políticas públicas, vuelos y alojamientos en Vancouver. "*¿Y qué te parece?*" –le pregunté–. "*Ni siquiera lo había considerado*", respondió. Esta manera de recabar incluso nuestras vivencias más personales y transformarlas en publicidad es inquietante por sí misma. Pero exactamente *cómo* funcionan los mecanismos que le permiten a las compañías digitales recabar esta información y transformarla en un anuncio que embona con escalofriante exactitud en lo que estamos viviendo –en tiempo real y en ámbitos tan personales– no está claro para la mayoría de nosotros.

¿Cuál es el tamaño de este modelo de mercado? ¿Cuál es el alcance de sus capacidades? Tal vez más importante aún, ¿cuáles son sus consecuencias para

---

<sup>2</sup> Facebook Newsroom (2019), "Our Mission", Company Info. Disponible en: <http://bit.ly/2lWx0xN>



nuestras vidas individuales y colectivas? ¿Qué es lo que anda *mal* y por qué está *mal* que las grandes empresas de tecnología tengan ese poder? ¿En qué medida es algo malo? Es difícil pensar adecuadamente en estas preguntas y conocer nuestras opciones si no entendemos plenamente a qué nos enfrentamos.

Bienvenidos a *The Age of Surveillance Capitalism* de Shoshana Zuboff. El extenso libro de Zuboff es un clavado profundamente inquietante a las entrañas de una lógica de mercado sin precedentes en la historia de la humanidad. A través de un estudio de más de diez años sobre las prácticas corporativas de las compañías de tecnología más importantes de Silicon Valley, Zuboff logra armonizar hallazgos de la historia económica, la filosofía, la antropología y la ciencia de datos, y nos permite entender aceleradamente qué está pasando y ver directamente a la cara al *capitalismo de la vigilancia*.

"*El capitalismo de la vigilancia*",<sup>3</sup> escribe Zuboff, "es un nuevo orden económico que reclama la experiencia humana como materia prima para prácticas comerciales veladas de extracción, predicción y venta." (2019, p. 8). Esta práctica no ha sido conceptualizada previamente porque no es igual a algo que hayamos visto en el pasado. El capitalismo de la vigilancia es una mutación del capitalismo de libre mercado que está centrada en la modificación del comportamiento humano. Adoptado hoy por la mayoría de las compañías de tecnología del mundo, este modelo utiliza un proceso complejo de inteligencia artificial para recabar y procesar datos de la conducta humana ("nuestras voces, personalidades y emociones") y convertirlos en "productos predictivos que anticipan qué es lo que haremos ahora, próximamente y en el futuro" (p. 8). Estos productos predictivos permiten diseñar estrategias altamente efectivas para modificar nuestro comportamiento a voluntad. A su vez, han enriquecido enormemente a los gigantes de la tecnología, cuyo éxito económico depende sensiblemente de lograr la certeza total de la conducta humana, individual y colectiva.

¿Cómo llegamos hasta aquí? Zuboff comienza por recordarnos que veinte años atrás, el futuro digital se imaginó pensando en empoderar a las personas a llevar

---

<sup>3</sup> Todas las traducciones del libro de Shoshana Zuboff son propias.

vidas más autónomas y felices, con un compromiso robusto con la privacidad de la experiencia de cada individuo. En este diseño inicial las personas gozarían de derechos exclusivos sobre toda la información que produjera su actividad en el entorno digital. El argumento central de la autora es que, actualmente, los derechos a la privacidad y la autonomía han sido usurpados por un mercado devorador que reclama para sí unilateralmente la experiencia de las personas y los datos que se originan a partir de ella. Este libro es un viaje desde los orígenes del fenómeno hasta la actualidad y un diagnóstico de sus implicaciones futuras. En sus propias palabras, *The Age of Surveillance Capitalism* es una obra sobre "el oscurecimiento del sueño digital y su rápida mutación en un proyecto comercial completamente nuevo y voraz." (p. 9).

El libro está dividido en cuatro grandes partes. En la primera parte se exploran los orígenes del capitalismo de la vigilancia. ¿Cuáles fueron las condiciones que generaron un terreno fértil para el éxito del entorno digital en nuestras vidas? El argumento central de este apartado es que la modernidad está marcada por una colisión entre dos procesos históricos muy diferentes que generó una angustia colectiva profunda. Para colmar ese sufrimiento, hemos recurrido al entorno digital.

Por un lado, Zuboff describe un proceso histórico de cientos de años en el que gradualmente fue emergiendo la noción del ser humano como un individuo autónomo. De acuerdo con esta noción emergente, cada persona ya no está condicionada por su sangre, su geografía, su sexo, su familia o su religión. En esta primera modernidad el individuo está cada vez menos obligado a suprimir su sentido de autodeterminación para servir un rol social impuesto por las tradiciones; es capaz de emanciparse y diferenciarse de la comunidad. Este proceso condujo eventualmente a una generación de personas nacidas con un sentido de individualidad psicológica, que experimentan la necesidad de escoger sus propias vidas y no conformarse con ser miembros anónimos de una comunidad. De manera paulatina, las personas desarrollaron un sentido de autodeterminación emergente que les permitió conducir patrones de vida más ricos y variados. Sin embargo, este proceso colisionó con uno mucho más joven –de

apenas unas décadas—; un entorno social hostil producido por un régimen neoliberal que socava cualquier sentido del valor propio y agrade constantemente el sentido de autodeterminación con el fin de fomentar el consumo.

Zuboff encuentra que esta colisión es la fuente del dolor y la frustración en nosotros mismos, y la que sentó las bases para que recurriéramos con urgencia a Internet. En última instancia, estas circunstancias nos llevaron de manera decidida a aceptar el acuerdo ilegítimo del capitalismo de vigilancia y sus devastadoras consecuencias.

En un momento posterior, la autora narra cómo Google descubrió de forma accidental los mecanismos fundacionales del capitalismo de la vigilancia y su potencial para generar riqueza. Identifica el nacimiento del capitalismo de la vigilancia en el año 2003, cuando Google patentó un mecanismo en su plataforma que le permitía vincular la publicidad digital a las búsquedas de las personas, y así poder aprovechar la cantidad masiva de datos que estaba acumulando con la finalidad de "mejorar la experiencia de los usuarios". Este descubrimiento fue el origen de un depósito extraordinariamente rico de información que podría ser utilizado para incrementar la precisión de la publicidad dirigida. Desde entonces, Google emprendió la misión de reunir los datos de los usuarios, y posteriormente lucrar con ellos, sin ninguna restricción, embarcándose en un "imperativo de extracción" que después emularían otros gigantes de la tecnología, como Facebook y Microsoft.

A las decisiones corporativas de Google y de sus pares, Zuboff las entiende como una declaración ilegítima de propiedad sobre la experiencia humana y sobre todos los datos que derivan de ella. Argumenta que estas decisiones están marcadas por un desprecio absoluto por la privacidad humana y por la integridad moral de los individuos, a quienes los capitalistas de la vigilancia no conciben como seres valiosos y autónomos, sino como materia prima para el beneficio económico propio y de terceros. ¿Cómo fueron posibles estas conquistas en sociedades con instituciones democráticas y derechos fundamentales? En parte, gracias a la ausencia de restricciones legales existentes, pero también, a la coincidencia entre los intereses de las grandes empresas digitales

y las agencias gubernamentales de seguridad, la cual jugó un papel relevante. A partir de estas operaciones, los gigantes de la tecnología acumularon una cantidad sin precedentes de poder.

En la segunda parte de la obra, Zuboff describe la forma en la que las presiones de una competencia feroz en el mercado impulsaron la migración del mundo digital al mundo real del capitalismo de la vigilancia, expandiéndose hacia todos los aspectos de la experiencia personal, con la finalidad de convertirla en insumo primario para la industria y elaborar productos que aumentaran la certeza sobre la conducta humana. Al seguir la lógica del "manual" que desarrolló Google desde el origen, estas conquistas operaron bajo la idea de "personalización" de los servicios y bienes digitales. La idea de mejorar la experiencia individual del usuario facilitó agresivas operaciones de extracción de datos que incidieron en los ámbitos más íntimos de la vida individual.

Con el tiempo, las presiones competitivas del capitalismo de vigilancia impulsaron estas prácticas corporativas a una fase aún más perturbadora: la de manipular la conducta humana. Aquí, Zuboff documenta un giro estremecedor en las ambiciones ilimitadas de Silicon Valley, desde la extracción masiva de datos hasta la manipulación sistemática del comportamiento humano. Esto no significa solamente recabar, almacenar, procesar y comercializar nuestro comportamiento, sino además modificarlo a escala. "Con esta reorientación de conocimiento al poder –escribe Zuboff– ya no es suficiente con automatizar la información sobre nosotros, el objetivo es automatizarnos a nosotros." (p. 8) Este cambio da lugar a una nueva especie de poder: el *poder instrumental*, encaminado a modificar la conducta humana a través de una compleja arquitectura computacional integrada por *smartphones*, computadoras, tabletas, drones, dispositivos de realidad aumentada, y una retahíla de dispositivos "inteligentes" que incluye relojes, hogares y automóviles.

En el último subapartado de este capítulo se desarrolla un argumento interesante sobre cómo las operaciones de manipulación de la conducta humana constituyen una violación agresiva a lo que la autora denomina "el derecho a un tiempo futuro". En su visión, este derecho está íntimamente ligado con la auto-

determinación individual y protege la capacidad de las personas de imaginar y construir un futuro propio, de acuerdo con su libre voluntad. Explica que la vida nos inclina a tomar decisiones y hacer acuerdos aun cuando el futuro es incierto. "Avanzamos en la vida tomando riesgos, asumiendo compromisos con los demás a pesar del hecho de que no podemos saber todo sobre el presente y menos aún sobre el futuro" (p. 337). Las operaciones del capitalismo de la vigilancia están dirigidas a llenar los espacios que normalmente están ocupados por la reflexión humana, eliminando la incertidumbre.

Zuboff nos recuerda que la incertidumbre no es caos, sino el insumo necesario para el presente y una condición para un futuro libre. Al incidir directamente sobre el curso de acción que tomaremos, el capitalismo de la vigilancia socava nuestra capacidad de ser libres. El derecho a decidir sobre nuestro futuro no se extingue, nos lo arrebatan.

La tercera parte se enfoca en explicar cómo todas estas operaciones tienen una lógica relativamente coherente: una visión profundamente antidemocrática, en la cual la sociedad está plenamente sometida a los mecanismos digitales con el fin de conseguir certeza absoluta en los resultados de todas las conductas humanas. Zuboff explica que es un error mirar al poder instrumental a través de los lentes familiares del totalitarismo. El totalitarismo es un proyecto de Estado que busca apropiarse completamente de la sociedad; en contraste, el instrumentalismo pretende transformar el mercado en un proyecto de certeza total.

Conforme avanza su relato histórico, Zuboff repara en una segunda fase de cambio en el capitalismo de la vigilancia. En esta fase el capitalismo de la vigilancia centra su atención en la sociedad como el objetivo primario de la extracción de información y control. La autora describe de qué manera las compañías digitales conciben a la sociedad como una simulación de los sistemas de aprendizaje que utiliza la inteligencia artificial; un modelo de confluencia en el que cada componente aprende y opera armónicamente con los demás. En este escenario, la conducta social es ajustada con miras a conseguir una "confluencia social completa", en la que la política y la deliberación democrática sean reemplazadas por la certeza computacional.

A partir de esta reflexión, Zuboff emprende un segundo argumento sobre derechos: de qué forma el capitalismo de vigilancia viola el derecho a un santuario, entendido como un entorno o espacio de refugio inviolable en el que las personas puedan "escapar". En la medida en la que no podemos funcionar –trabajar, estudiar, divertirnos o conectar con los demás– sin interactuar con sus mecanismos, el capitalismo de la vigilancia genera un mundo sin escapatoria en el que sus mecanismos alcanzan todos los ámbitos de nuestra existencia.

En el capítulo final Zuboff explica que el capitalismo de la vigilancia se aparta claramente de la historia del capitalismo de mercado. Mientras que el capitalismo tradicional contribuyó a combatir milenios de ignorancia y pobreza en grandes regiones del mundo, el capitalismo de la vigilancia desprecia la idea de la libre elección y desarma las reciprocidades entre el capital y el trabajo. En este escenario, Zuboff argumenta persuasivamente que el desinterés del capitalismo de la vigilancia por generar valor para la sociedad terminará por acentuar la explotación y la coerción que caracterizaron al capitalismo del mercado, especialmente para las comunidades más marginadas.

Zuboff concluye con un llamado a la acción colectiva en contra de las estrategias del capitalismo de la vigilancia mediante las instituciones democráticas. Defiende el valor que tiene una crítica pública vigorosa, y nos pide no caer en el cinismo ni en la indiferencia a pesar de que la democracia esté bajo asedio. "En una sociedad democrática, el debate y la acción política que garantizan las instituciones que aún están sanas puede canalizar la opinión pública en contra de fuentes inesperadas de opresión y de injusticia, que luego serán seguidas por legislación y jurisprudencia" (p. 519).

Una reflexión simple pero poderosa cierra la obra. La autora cuenta que cuando se dirige a sus hijos, les recuerda los valores y las expectativas humanas anteriores a la dominación anormal de la era digital. "No está bien que debamos escondernos en nuestras propias vidas [...] No es normal que pasemos el almuerzo comparando tipos de *software* que pueden camuflarte y protegerte de una continua invasión indeseada." (p. 519). No es normal, subraya Zuboff,

"que nuestros mejores instintos por encontrar conexión, empatía e información sean explotados mediante un *quid pro quo* draconiano" que secuestra su valor. "Todas estas cosas son nuevas. No debes tomarlas por sentadas porque no están bien." (p. 519).

\*\*\*

La obra de Zuboff ofrece un diagnóstico muy detallado del poder ilimitado que han adquirido las empresas de tecnología, en un momento marcado por una creciente ansiedad en el mundo sobre Internet y su impacto en la humanidad (Zittrain, 2018, p. 871). Es al mismo tiempo una historia económica y política del ascenso al poder de Silicon Valley, y una explicación profunda de sus estrategias y sus mecanismos de acción más cuestionables. Con todo, es especialmente notable la forma en que *The Age of Surveillance Capitalism* contribuye a un debate importante en la academia legal sobre el papel que juegan compañías como Facebook, Twitter o YouTube en la vida pública.

Asegurar que la industria digital se alinee con el interés público es uno de los desafíos más importantes de nuestro tiempo. Vivimos en una sociedad marcada por la recolección masiva de datos sobre nuestras vidas y caracterizada por formas muy agresivas de vigilancia, control, discriminación y manipulación (Balkin, 2018). La deliberación que ocurre en las plataformas ocupa un papel "central para la vida política y cultural y entre las naciones del mundo". (Douek, 2019). En esa medida, al limitar, controlar y censurar el debate público, el poder corporativo presenta amenazas importantes para las condiciones de la libertad de expresión, al grado de haber sido ya etiquetadas como los auténticos gobernantes del discurso a nivel global (Klonick, 2018). Su poder solo incrementa en la medida en la que se movilizan –con millones de dólares– para influir sobre la investigación y la regulación en beneficio suyo (Benkler, 2019).

En el fondo de estas preocupaciones está la necesidad de justificar que estas compañías asuman ciertos límites y obligaciones públicas.<sup>4</sup> Al explicar cómo

---

<sup>4</sup> Balkin (2018) argumenta que, debido al poder especial que tienen sobre las personas y sus relaciones las compañías digitales deben asumir obligaciones públicas de debido proceso, transparencia, explicaciones razonadas, consistencia, y conformarse a los valores del Estado de derecho.

la extracción y la manipulación masiva de la conducta humana vulneran nuestra capacidad de imaginar, decidir y llevar a cabo un futuro libre, la voz de Zuboff ofrece una respuesta enraizada en nociones básicas de autonomía y de dignidad humana; un punto de contacto entre la tecnología y el derecho constitucional que puede abrir paso a razones importantes para limitar ese poder desmedido. Me parece que esta es una tarea crítica de nuestro tiempo. "Si el futuro digital va a ser nuestro hogar, entonces somos nosotros los que tenemos que convertirlo en eso". (2019, p. 21).

## Fuentes

Balkin, Jack M. (2018), "Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance and New School Speech Regulation", *UC Davis Law Review* (51) 3: pp. 1149-1210.

Benkler, Y. (2019, 1 de mayo), "Don't Let Industry Write The Rules For AI", *Nature* (559). Disponible en: <https://go.nature.com/2ITXpfO>

Douek, E. (2018), "Facebook's 'Oversight Board': Move Fast with Stable Infrastructure and Humility", *North Carolina Journal of Law and Technology* (21) 1.

Joinson, A. N. *et al.* (2010), "Privacy, Trust and Self-Disclosure Online", *Human-Computer Interaction* (25): pp. 1-24.

Klonick, K. (2018), "The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review* (131): p. 1598.

Koetsier, J. (2019, 29 de mayo), "55% Of Americans Say Smartphones Spy On Conversations To Customize Ads", *Forbes*. Disponible en: <http://bit.ly/2kpPoig>

Kozłowska, H. (2018, 4 de abril). "The Cambridge Analytica scandal affected 87 million people, Facebook says", *Quartz*.

Madden, M. (2014, 12 de noviembre), "Public Perceptions of Privacy and Security in the Post-Snowden Era", *Pew Research Center*.



Zittrain, J. (2018, 23 de noviembre), "Fixing the Internet", *Science* (362) 6417: p. 871.

## Documental

Noujaim, J. y Amer, K. (2019), *The Great Hack [Nada es privado]*, Netflix.



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2019. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 15 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel cultural de 90 grs.

