

**EL CONTROL  
DE CONSTITUCIONALIDAD  
EN LA  
REGIÓN ANDINA  
PROPUESTAS DE OPTIMIZACIÓN**

Gonzalo Miguel Gaibor Gallardo



Diseño de carátula y edición: D.I. Yunisley Bruno Díaz  
Dirección editorial: PhD. Jorge Luis León González

Sobre la presente edición:  
© Editorial EXCED, 2024

ISBN: 978-9942-7189-4-5

Podrá reproducirse, de forma parcial o total el contenido de esta obra, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.



Editorial EXCED  
Dr. Kennedy Nueva. 2do Callejón 11  
A. Manzana 42, Número 26.  
Guayaquil, Ecuador.  
E-mail: [editorial@excedinter.com](mailto:editorial@excedinter.com)

**EL CONTROL  
DE CONSTITUCIONALIDAD  
EN LA  
REGIÓN ANDINA  
PROPUESTAS DE OPTIMIZACIÓN**

Gonzalo Miguel Gaibor Gallardo



# DEDICATORIA



A mis padres, con profundo agradecimiento y cariño, este libro está dedicado a ustedes, por ser la razón y la motivación detrás de cada logro.

Gonzalo



# AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar mi más profundo agradecimiento a todas las personas que de una u otra manera contribuyeron de forma significativa a la realización de este libro, “El control de constitucionalidad en la región Andina. Propuestas de optimización”.

Ante todo, quiero agradecer a mi familia, cuyo apoyo incondicional se convirtió en la fuerza motriz detrás de cada paso que he dado en mi carrera académica y profesional. Su constante aliento y sacrificio han sido fundamentales en mi camino hacia la consecución de este proyecto.

Asimismo, deseo expresar mi gratitud al profesor Antonio Arroyo Gil, quien no solo me brindó su invaluable orientación durante la elaboración de mi tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, sino que también me inspiró con su profundo conocimiento y pasión por el Derecho y la democracia. Su guía experta y sus enseñanzas dejaron una huella indeleble en mi formación como investigador y académico.

Finalmente, quiero agradecer a la Universidad Metropolitana, sede Machala, donde tengo el privilegio de impartir clases de Derecho Internacional Público en la actualidad. El apoyo brindado por esta institución permitió la publicación de este trabajo y continuar mi carrera como docente e investigador.

A todos ustedes, les estoy profundamente agradecido por su contribución, su apoyo y su confianza en mí. Este libro no habría sido posible sin su invaluable ayuda y colaboración.

¡Gracias!

Gonzalo





<b>PRÓLOGO</b> .....	<b>13</b>
----------------------	-----------

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>17</b>
---------------------------	-----------

## **CAPÍTULO I.**

Evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad en la Región Andina

**.01**

1.1. El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Región Andina .....	21
--------------------------------------------------------------------------------	----

1.2. Jurisdicción constitucional en Colombia .....	27
----------------------------------------------------	----

1.3. Jurisdicción constitucional en Ecuador .....	33
---------------------------------------------------	----

1.4. Desafíos de la justicia constitucional ecuatoriana .....	40
---------------------------------------------------------------	----

1.5. Jurisdicción constitucional en Bolivia .....	44
---------------------------------------------------	----

1.6. La implantación del garantismo constitucional en la región Andina, el caso de Ecuador y Bolivia .....	52
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## **CAPÍTULO II.**

Tipos de control de constitucionalidad

**.02**

2.1. Procedimientos de control jurisdiccional de la ley. Antecedentes históricos .....	55
----------------------------------------------------------------------------------------	----

2.2. Derecho procesal constitucional .....	68
--------------------------------------------	----

2.3. Clasificación de los modelos de control constitucional .....	70
-------------------------------------------------------------------	----

2.3.1. Clasificación rígida .....	73
-----------------------------------	----

2.3.2. Fuzzy sets theory .....	75
--------------------------------	----

2.3.3. El caleidoscopio de la justicia .....	78
----------------------------------------------	----

2.4. Control político de la ley. Origen histórico .....	79
---------------------------------------------------------	----

2.5. Modelos clásicos de control jurisdiccional constitucional .....	88
2.5.1. Control difuso .....	89
2.5.2. Control concentrado .....	92
2.6. Sistemas de control constitucional .....	97
2.6.1. Control Mixto .....	98
2.6.2. Sistemas duales .....	101
2.7. Procedimiento de control de constitucionalidad .....	102
2.7.1. Control concentrado .....	102
2.7.2. Control Abstracto .....	106

### **CAPÍTULO III.**

#### **El control de constitucionalidad en los países de la Región Andina**



3.1. El control de constitucionalidad de la ley .....	111
3.2. Estructura de la jurisdicción constitucional en Colombia .....	114
3.2.1. Corte Constitucional de Colombia .....	115
3.2.2. Consejo de Estado .....	119
3.3. Mecanismos de control de constitucionalidad en Colombia .....	121
3.3.1. Acción pública de inconstitucionalidad ....	122
3.3.2. La excepción de inconstitucionalidad .....	126
3.3.3. Acción de tutela .....	127
3.3.4. Control previo de constitucionalidad .....	130
3.4. Estructura de la jurisdicción constitucional en el Ecuador .....	132
3.4.1. Corte Constitucional del Ecuador .....	133

3.5. Mecanismos de control de constitucionalidad en Ecuador .....	137
3.5.1. Acción pública de inconstitucionalidad ....	137
3.5.2. Consulta de constitucionalidad .....	140
3.5.3. Acción extraordinaria de protección .....	144
3.5.4. Control previo de constitucionalidad .....	147
3.5.5. Acción de interpretación .....	148
3.6. Estructura de la jurisdicción constitucional en Bolivia .....	150
3.6.1. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia .....	151
3.7. Mecanismos de control de constitucionalidad en Bolivia .....	155
3.7.1. Acción de inconstitucionalidad .....	156
3.7.2. Control Previo .....	160

## **CAPÍTULO IV.**

### Propuestas para la optimización del control constitucional en los países de la Región Andina

4.1. Identidad constitucional Andina .....	165
4.2. Constitucionalismo andino. Una reinterpretación del Estado constitucional de Derecho .....	173
4.3. Técnicas para la optimización del control constitucional en los países de la región Andina .....	186
4.4. Métodos de selección de los magistrados de los tribunales constitucionales .....	191
4.5. Atribuciones de los tribunales constitucionales ..	200

4.6. Objetividad normativa y la tutela de los derechos .....	202
4.7. Los límites de la jurisdicción constitucional ..	211
4.8. Control de las actuaciones de la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	219
4.9. Creación de la Corte de Derechos Humanos y Garantías Jurisdiccionales de la región Andina ...	221
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>223</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>237</b>

# PRÓLOGO

Cuando Gonzalo Gaibor Gallardo, hace algunos años, me propuso que le dirigiera la tesis doctoral dejó ya constancia de cuáles eran sus intereses y preocupaciones principales: contribuir, siquiera fuese modestamente, a que su país, Ecuador, en el marco de los países de la región Andina, pudiese avanzar en el perfeccionamiento de su Estado democrático de Derecho.

Y entendía que para acercarse a la consecución de tal fin resultaba -resulta- esencial reforzar una pieza del entramado institucional que, desde hace décadas, juega un papel protagónico en la defensa de la Norma Fundamental y, más en general, de la separación de poderes. Se refería, naturalmente, a la jurisdicción constitucional.

Más en concreto, su preocupación, generalmente compartida en todos los países que adoptaron uno u otro modelo de justicia constitucional, y, por supuesto, también en España, pasaba por dotar de una mayor efectividad al derecho fundamental que resulta clave para medir la calidad de un Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva. Y si bien es cierto que esta se materializa, de modo principalísimo, a través de la actuación de la jurisdicción ordinaria, tampoco se puede ignorar que el Tribunal Constitucional, en tanto que juez de la constitucionalidad de las leyes y protector último de los derechos fundamentales, desempeña al respecto un papel muy relevante.

Como tantas veces sucede, entre el deseo y la realidad media una distancia que no siempre se acorta con el paso del tiempo, sino que, con frecuencia, también se puede ver, ocasional o transitoriamente, ensanchada. En parte, es eso lo que parece que ha sucedido en los últimos años en algunos países de la región Andina, y, en particular, resulta patente en el caso de Ecuador, en donde la degradación de

la institucionalidad alcanza niveles preocupantes, tanto como lo es la creciente inseguridad, no solo jurídica, que padece el país.

No estoy seguro de que la respuesta que se viene dando desde hace algún tiempo a esa crisis institucional, a través de las alternativas que propugna el llamado “neoconstitucionalismo”, con su apuesta voluntariosa por una maximización del sistema de protección de los derechos, a través de la consiguiente ampliación de estos a ámbitos en los que la mera intención no basta, si no viene acompañada de la mundana partida presupuestaria, sean las más adecuadas. Más bien, tiendo a pensar lo contrario, pues una elevación del rango normativo de los derechos, si no viene de la mano de la posibilidad de exigir su cumplimiento, no hará más que generar expectativas seguidas de frustraciones, lo que a la postre contribuirá a devaluar el propio valor normativo de la Constitución. Con todo, lo importante es comprender, en primer lugar, por qué se ha producido esa negativa evolución, o deriva, y a qué razones exógenas y, sobre todo, endógenas responde. Y es que, como muy bien apunta Gonzalo Gaibor, la situación en que se encuentra cada país de la región Andina, por mucho que presente caracteres comunes, es singular y responde a realidades sociales y políticas, así como económicas, diferentes. De ahí que los modelos de justicia constitucional, nunca puros, hayan de ser adaptados a cada caso concreto, sin que ello sirva para justificar, en ningún caso, la renuncia a sus elementos más característicos.

En este mismo sentido, se ha de tener, en todo momento, presente que la Política y el Derecho, pese a encontrarse estrechamente vinculados por vasos comunicantes, juegan en planos diferentes, de modo que el afán de juridificar lo que no es más que una propuesta política (o un desiderátum) puede generar más confusiones que soluciones.

Justo en mitad de ese campo de batalla se encuentran los Tribunales Constitucionales. Y solo si son capaces de separar ambas funciones, limitándose al ejercicio de la que les es propia,

la jurisdiccional, podrán desempeñar una labor valiosa para el cumplimiento del fin para el que fueron concebidos.

Tratar de convertir a los Tribunales Constitucionales en instrumentos activos de la voluntad política, aunque sea con un fin tan loable como el de la lucha contra la desigualdad, tan presente, por cierto, en los países de la región Andina, conlleva un riesgo muy alto de desnaturalización de su papel institucional.

Creo que Gonzalo, gracias, en buena medida, a su larga estancia en España para acometer la investigación que habría de concluir en su tesis doctoral, y a las posibilidades que allí tuvo de intercambiar conocimientos y experiencias distintas a las que dominan la escena jurídico-política de la que proviene, pese a las reticencias iniciales, ha acabado asumiendo que, por más que quepa depositar muchas esperanzas en la labor de una institución, eso no será más que fantasía si no viene acompañado de una buena organización y funcionamiento internos de la misma, y, sobre todo, de una cultura democrática e institucional que acompañe todo el proceso. Lo que no quiere decir que se haya de renunciar a tener altas expectativas sobre lo que el futuro puede deparar, si se hacen bien las tareas pendientes. En ese sentido, Gonzalo Gaibor se muestra tenaz e incansable, tal y como es lo propio de quien, sin renunciar a la razón jurídica, ha demostrado una genuina pasión por la voluntad política. Solo cabe desear que ese deseo de derechos (o de mayor igualdad) pueda acabar, algún día, convirtiéndose en realidad en Ecuador, y, en general, en todos los países de la región Andina, y que en ese camino la justicia constitucional sea un actor relevante, desde su posición, sin desbordarla, y sin sufrir demasiados tropiezos o embestidas por parte de quienes, ilegítimamente, desean ponerla a su servicio.

En Madrid, a 25 de marzo de 2024

**Antonio Arroyo Gil**

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid





# INTRODUCCIÓN

Durante las últimas tres décadas, las cartas constitucionales de los países de la región Andina han experimentado cambios significativos, hecho que revivificó el interés por el estudio del control de constitucionalidad en este vasto territorio del sur de América. Los procesos constituyentes y las reformas que tuvieron lugar en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia impulsaron el desarrollo de nuevas investigaciones con un enfoque Andino a nivel constitucional. La publicación de este libro se sintoniza con los esfuerzos del equipo de trabajo que participa en el programa de investigación “Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador” de la Universidad Metropolitana, sede Machala (Medina et al., 2021).

Como es bien conocido, la principal función de un Tribunal Constitucional consiste en garantizar la protección de los derechos proclamados en la Constitución, sin usurpar las atribuciones de los demás poderes del Estado. De tal modo, el actual reto se encuentra en asumir la cada vez más compleja labor de *conseguir el equilibrio entre la aplicación de las garantías jurisdiccionales de la Constitución y el respeto a la división de poderes dentro del Estado de Derecho*.

A este respecto, resulta pertinente recordar la posición garantista que imperó en las constituciones europeas de mediados del siglo XX, modelo que surgió con el fin de proscribir la comisión de actos que pudiesen revivir los horrores de la guerra. Lo cierto es que la responsabilidad de tutelar los

derechos fundamentales empieza a recaer sobre la jurisdicción constitucional. Desde este apunte se puede advertir que la teoría del garantismo constitucional es el fruto de diversos procesos reflexivos, marcados por los acontecimientos históricos que obligaron a redefinir la aplicación del Derecho como un instrumento capaz de contribuir a la consolidación del orden constituido y la paz.

De tal forma, se necesita precisar cuál es el papel que cumplen los tribunales constitucionales ante los ciudadanos que exigen la tutela de derechos a través de la jurisdicción constitucional y ordinaria. Es así porque en materia de Derecho constitucional, y en materia de la ciencia del Derecho como tal, no existe un camino unívoco que determine la ruta a seguir para alcanzar la justicia y la paz. De hecho, el control constitucional se concibió de distintas formas entre los países que adoptaron los sistemas europeo y norteamericano.

Los tribunales constitucionales al aplicar el control de constitucionalidad precisan fundamentar sus decisiones en estricto apego a la Constitución, actuando así con absoluta independencia frente a los poderes del Estado. Los estudios sobre la aplicación del Derecho constitucional a través de las garantías jurisdiccionales contribuyen a la consolidación del Estado de Bienestar, o como se proclama en nuestra Constitución al “Estado del Buen Vivir”.

Lo cierto es que el principio de tutela judicial efectiva se debe encontrar al alcance de todos los ciudadanos, y su acceso debe ser rápido, sencillo y eficaz, tal como se establece en el texto final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone en su art. 25. Protección judicial: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención,*

*aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.* (Organización de Estados Americanos, 1969)

Por otro lado, se requiere de una fuerte institucionalidad para el eficaz funcionamiento de los sistemas de control constitucional, que solo es posible alcanzar a través del ejercicio de las atribuciones que contempla la Constitución. A la luz de las realidades políticas, jurídicas, sociales, culturales y económicas que tienen los países que integran la región Andina, y, con las experiencias acumuladas durante los últimos 40 años de vida republicana, desde el campo del Derecho constitucional, en específico, del control de constitucionalidad, es posible coadyuvar a la consolidación definitiva del Estado de Derecho en los países andinos.

Este libro pretende contribuir al acervo documental sustantivo que existe en el campo del Derecho constitucional, centrado en la realidad jurídica actual de los países andinos. A pesar de que diversos juristas han analizado de manera amplia los sistemas de control constitucional que imperan en la región Andina, hace falta abordar la temática con un nuevo enfoque, tan necesario para comprender los cambios constitucionales dados en esta región, necesidad en la que el presente libro encuentra un campo de estudio abierto y por explorar.

Con estos antecedentes, conforme a las realidades propias de la región, con el propósito de reducir la brecha existente entre el Derecho constitucional formal y su materialización, en las líneas finales de esta investigación se determinarán los posibles mecanismos que permitirían optimizar el sistema de control constitucional en los Estados de la América Andina. Tal vez sea esta una meta un tanto utópica, sin embargo, no por ello se puede abandonar.



# CAPÍTULO I.

Evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad  
en la Región Andina

## 1.1. El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Región Andina

En los países de la región Andina, a lo largo de su historia, la construcción de la jurisdicción constitucional recibió la influencia del modelo norteamericano y del modelo europeo, en consecuencia, en algunos países se produjo una simbiosis que permite la coexistencia de ambos tipos de control: concentrado y difuso. En las siguientes páginas se efectuará un análisis de los tipos de control de constitucionalidad, los modelos constitucionales andinos, y finalmente las propuestas para su optimización.

En los Estados andinos, a inicios de la era republicana, el principal objetivo fue organizar la administración política del territorio a través de la elaboración de cartas fundamentales, para este fin siguieron los pasos de las constituciones europeas, en un esfuerzo por consolidar la división de los poderes

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

Lo cierto es que entre los países de la región Andina la concepción que se tenía de la Constitución era la de una carta política con escaso contenido práctico en materia de derechos y libertades. En esta misma línea Jaramillo (2007), afirma que *“todavía está abierto el debate acerca de cuáles fueron las influencias decisivas para que surgiera el movimiento emancipador en América Latina, lo que sí es claro es que, luego de proclamada la independencia y con el fin de establecer sus propias instituciones”*. (p. 163)

A este respecto, se advierte que durante la primera etapa republicana en los países andinos se realizaron pocos esfuerzos institucionales por garantizar los derechos de los ciudadanos y el contenido “programático” de la Constitución. De hecho, el Poder Judicial tenía un rango de acción muy reducido en cuanto se refiere a sus atribuciones en el campo constitucional, al grado que se atribuyó de forma exclusiva al Poder Legislativo la potestad de efectuar el control de constitucionalidad.

Una vez que lograron la independencia de la Corona española, los países andinos redactaron sus propias constituciones, la administración jurisdiccional de sus territorios se organizó al estilo de las cartas fundamentales promulgadas durante la Revolución francesa. *“De hecho, la primera observación que es necesario formular al respecto es que la aplicación en América de la Constitución de Cádiz se produjo en un clima de guerra civil, de desconfianza política y de aires de autonomía y separatismo”* (Sánchez & Landavazo, 2014, p. 76). Dicho esto, se evidencia que los países andinos, al igual que en otros

ámbitos de la historia, comparten características similares con respecto al desarrollo de la justicia constitucional, salvo algunas excepciones como es el caso de Colombia.

Lo cierto es que durante el primer período republicano de la región Andina se presentaron incipientes o nulos avances en materia de justicia constitucional, mientras que de manera concomitante los países de la región adoptaban como modelo de gobierno el presidencialismo. Por otra parte, se confirió al Poder Legislativo, compuesto por sola una Cámara de Diputados la potestad de realizar el control formal sobre la ley. En definitiva, en el alborar de las repúblicas andinas fueron mayores las características compartidas que sus diferencias.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, una vez que culminó la Segunda Guerra Mundial, en la región norte de América del Sur tuvieron lugar los primeros intentos de organizar un verdadero sistema de control constitucional; sin embargo, el secuestro de la democracia por las dictaduras militares en los años setenta retrasó por mucho tiempo el florecimiento de la justicia constitucional. Dicho de otra forma, tanto la consolidación de gobiernos democráticos como la aplicación del control jurisdiccional de la Constitución se vieron marcados por una recurrente inestabilidad, no solo por el hecho de que los regímenes dictatoriales ascendían al poder con facilidad, sino también por los serios problemas económicos presentes en la región.

Asimismo, los altos índices de pobreza y desigualdad social representaban un obstáculo para la construcción de la jurisdicción constitucional, pues mostraban la necesidad de hacer prioritario el fortalecimiento de los poderes del Estado para abordar los problemas sociales y estructurales aquí señalados. Por tanto, si bien la justicia constitucional se podría aplicar como un instrumento capaz de limitar las actuaciones de los poderes del Estado, por sí misma no es capaz de garantizar

la materialización de los derechos sociales. Esa era la realidad de los pueblos andinos, una realidad que hasta la fecha poco ha variado.

En 1991, Colombia promulgó su Constitución Política, marcando un hito en la institucionalización de la justicia constitucional en la región. Este proceso se expandió rápidamente a otros países vecinos. Es así dado que en tan solo dos años Perú adoptó su propia Constitución Política en 1993, seguido por Bolivia en 1994 con la Ley 1585 del 12 de agosto de 1994. Ecuador, por su parte, proclamó su Constitución Política en 1996. Tiempo después, en el 2008 Ecuador proclamó una nueva Constitución, y Bolivia hizo lo mismo en el año 2009 (Bejarano & Segura, 2013). Los procesos de reformas constitucionales son un reflejo de la preocupación por fortalecer la institucionalidad del Estado ante los desafíos estructurales y sociales que enfrentan los países andinos.

A la luz de todo lo anterior, la justicia constitucional surge como una alternativa para la inclusión de sectores históricamente discriminados en los países andinos. Esta propuesta implica reconocer que los derechos no son meros enunciados o letra muerta que se hallan en los textos constitucionales de cada Estado, sino todo lo contrario, ya que se consideran auténticas normas jurídicas con fuerza de ley, de modo que se convierten en un instrumento jurídico vinculante para el Estado y los ciudadanos (Rivera Santiváñez, 2005).

Es importante resaltar que cerca de un tercio de las transformaciones constitucionales comenzaron en la región Andina a finales del siglo XX y se prolongan hasta la actualidad. Las últimas reformas constitucionales en los países andinos reflejan en cierta medida la visión originaria del constitucionalismo formal, al proclamar cartas fundamentales con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos. Específicamente, Ecuador y Bolivia redactaron



sus cartas fundamentales a la luz de la cosmovisión andina y del neoconstitucionalismo, corriente doctrinaria que no es otra cosa que la profundización del garantismo constitucional cuyo auge en Europa se produjo a partir del año 1947.

Las constituciones de Ecuador y Bolivia radicaron la jurisdicción constitucional en cortes especializadas e independientes, siendo en mayor o menor medida, según cada país, el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución y, por tanto, quien ejerce el control de constitucionalidad sobre la ley. En efecto, *“las democracias constitucionales contemporáneas se caracterizan, entre otras cosas, por tener una justicia constitucional autónoma, fuerte, ampliamente influyente y desarrollada”*. (Gaviria et al., 2012, p. 15)

Por otra parte, garantizar la defensa de la Constitución no es solo responsabilidad del Tribunal Constitucional, ya que los jueces que pertenecen a la jurisdicción ordinaria poseen competencias preventivas para aplicar el control constitucional. La fórmula utilizada en estas cartas constitucionales para organizar las estructuras institucionales se centra en el modelo de democracia participativa.

A este respecto, tanto en Ecuador como en Bolivia se garantizó la participación de todos los sectores sociales durante la redacción de los textos constitucionales hasta su aprobación, hecho que marca un claro contraste frente al proceso constituyente de Colombia.

Y es que la Constitución colombiana fue aprobada por un órgano parlamentario, debiendo la propia Corte a través de sus fallos imponer a la jurisdicción constitucional como una vía para alcanzar la materialización de los derechos fundamentales. Pero más allá de las diferencias aquí nombradas, lo cierto es que la actuación de los tribunales constitucionales en Ecuador, Bolivia y Colombia entraña una visión garantista de los derechos que

irradia hacia los demás poderes del Estado, dado que amplió el acceso a la jurisdicción constitucional.

Siguiendo esta línea, en Ecuador y Bolivia se reconocieron derechos fundamentales cuyos orígenes se encuentran en las prácticas ancestrales de los pueblos y las nacionalidades indígenas. De tal modo, la interculturalidad presente en los territorios andinos se fortalece a través del reconocimiento de la diversidad cultural, y, en la misma medida, la unidad nacional.

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

Hoy en día las democracias de los países de la región Andina tienen un gran reto por delante: alcanzar la consolidación de los derechos y las libertades ciudadanas a la luz de sus propias prácticas y costumbres ancestrales, lo que en caso de no conseguir dejaría a sus constituciones como meras aspiraciones escritas, plagadas de ficciones jurídicas utópicas. A este respecto, la fragilidad de las instituciones jurídicas frente a los gobiernos de turno se configura como uno de los obstáculos que afronta la jurisdicción constitucional en los países andinos, ya que como es costumbre en la región, los representantes de los poderes del Estado suelen incurrir en la comisión de arbitrariedades. Por tanto, la construcción de una fuerte institucionalidad podría frenar al ejercicio desmedido del poder estatal.

De la exposición anterior se concluye que el concepto de Constitución que se desarrolló en un primer momento en los países andinos priorizó la consolidación de la organización del

Estado a nivel administrativo y territorial. El control constitucional se encontraba en manos del Poder Legislativo y se ejercía sobre las medidas que adoptaba el Poder Ejecutivo. Debieron transcurrir varias décadas antes que la justicia constitucional fuese concebida como una vía que permita garantizar las aspiraciones y los derechos de los ciudadanos.

## **1.2. Jurisdicción constitucional en Colombia**

En 1991, debido a la crítica situación política y social, Colombia vislumbró en la proclamación de una nueva Carta Fundamental el camino hacia la paz social. Los constituyentes colombianos consideraron que la democracia constitucional era el modelo de Estado ideal para garantizar la separación de poderes, de tal modo, atribuyeron a un órgano especializado la guarda de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales.

La Constitución Política de Colombia establece límites rígidos sobre las competencias de la Corte Constitucional, una muestra de ello se encuentra en que la Constitución no determina cuál es su máximo intérprete; por el contrario, distribuye las facultades interpretativas entre los distintos órganos del Poder Judicial.

De tal modo, la Constitución concibió a la Corte Constitucional como un organismo que forma parte de la rama judicial. El control de constitucionalidad no es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, pero sí lo es la facultad de expulsar las leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la Constitución atribuyó a los jueces de la jurisdicción ordinaria la potestad para efectuar el control concreto de constitucionalidad de la ley, y al Consejo de Estado la atribución de conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (Pulido Ortiz, 2018a).

A la luz de lo anterior, la jurisdicción constitucional colombiana surgió a partir de la necesidad de implementar un organismo

que garantizara los derechos fundamentales de los colombianos frente a las actuaciones del Estado, y la aplicación de leyes de conformidad con la Constitución. “*La función jurisdiccional de la Corte Constitucional recae directamente en una materia política. Debido a esto, ‘la jurisdicción constitucional es una jurisdicción que recae sobre una materia política, que bien puede llevar a una juridificación o constitucionalización de la política’.*” (Nieto Deaza, 2008, p. 28)

Quizá Colombia representa la excepción a muchos de los acontecimientos que ensombrecieron la historia constitucional y democrática de los pueblos andinos, pues, a pesar de la violencia extrema que sufrió la sociedad colombiana durante las décadas de enfrentamientos y conflicto interno que ha vivido el país, la democracia no se ha visto interrumpida durante más de 65 años. Los dos únicos antecedentes que se encuentran en esa línea son el gobierno del general Rafael Reyes Prieto que estuvo en el cargo presidencial por más de cuatro años, desde 1904 hasta 1909; y la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla en los años de 1953 a 1957, quien por primera vez intentó reformar sin éxito la jurisdicción constitucional que se encontraba radicada en el Tribunal Supremo de Justicia (Cajas Sierra, 2016).

Desde la fundación de la República, Colombia adoptó como forma de gobierno el presidencialismo, correspondiendo al Congreso el control político de la Constitución. La Carta Política Nacional de 1886 tuvo una larga vigencia a pesar de que fue objeto de varias reformas constitucionales, finalmente fue reemplazada en 1991 por la Constitución actual. Es preciso destacar que los derechos proclamados en la Constitución de 1991 se convirtieron en la base del sistema jurídico colombiano, sin embargo, esta Constitución, al igual que las demás constituciones andinas de la época, se encontraba desprovista de garantías propias para hacer exigibles tales derechos.

*“La importancia de haber definido que los derechos fundamentales contemplados en la carta son normas jurídicas de aplicación inmediata se advierte al observar la Constitución de 1886. En ella, el título III consagraba los derechos civiles y las garantías sociales de las personas. Sin embargo, en esa época imperaba el concepto de que los derechos constitucionales solamente regían en la medida en que lo regulara la ley, de tal manera que, por ejemplo, no se concebía que los jueces pudieran aplicar directamente la constitución. Por esta razón, se consideró necesario que la misma constitución ordenara, tal como lo hizo en su artículo 52, que las disposiciones del título III fueran incluidas en el Código Civil, como título preliminar”.* (Jaramillo, 2007, p. 73)

Entre las reformas constitucionales significativas a la Carta Política Nacional de Colombia se encuentra la realizada en el año 1910. Durante este año se otorgó por primera vez al Tribunal Constitucional la autoridad para aplicar el control sobre las leyes inconstitucionales, mediante acción popular (Jaramillo, 2007). Sin embargo, la jurisdicción constitucional se encontraba restringida y, si bien los magistrados del Tribunal Constitucional contaban con la potestad de declarar inaplicable una norma por ser inconstitucional, se encontraban desprovistos de la facultad para declarar su expulsión del ordenamiento jurídico. Dicho esto, en Colombia, al igual que en los demás países de la región, no existía la intención de transferir la competencia del control constitucional a un órgano jurisdiccional especializado.

Del mismo modo, es meritorio destacar que Colombia ha conseguido mantener el orden constitucional más estable de la región, a pesar del complejo conflicto armado interno en el que se ha visto inmerso el pueblo colombiano desde 1940. Es esta estabilidad constitucional la que se convierte en un pilar fundamental para la sólida construcción de la institucionalidad estatal. Sin embargo, el territorio colombiano no es ajeno a

los problemas que afectan a la calidad de la democracia. Las desigualdades sociales y la pobreza, exacerbadas por la falta de recursos financieros y administrativos, constituyen desafíos persistentes en la sociedad colombiana. Como resultado, la materialización efectiva de los derechos sociales se convierte en una tarea extremadamente compleja para los gobiernos.

A lo largo de la historia, los grandes cambios dados a nivel social y constitucional tuvieron lugar en momentos de crisis, situaciones que obligan a establecer una agenda de trabajo basada en consensos con el fin de reinstalar la paz social dentro del Estado. Esta es una situación que se repite de forma reiterada a lo largo de la historia moderna: ya se había presentado en la Revolución inglesa de 1688, la Revolución americana de 1776, la Revolución francesa de 1789 y las guerras independentistas que se gestaron en los territorios de América del Sur entre los años 1822 y 1824.

A finales de los años 80, los colombianos exigían cambios a nivel constitucional, lo que derivó en un proceso de reformas constitucionales que de forma inesperada llevó a la redacción de un nuevo texto constitucional en el año 1991. La vigente Constitución de 1991 se originó en la protesta social liderada por el movimiento de estudiantes universitarios junto con diferentes sectores sociales. Colombia se encontraba en un momento de su historia en el que la crisis económica y los altos y crecientes niveles de desigualdad, violencia, corrupción y narcotráfico se tornaban insostenibles, situación que se agravaba por la acción de los grupos armados que habían corroído la estructura política y social del Estado. En este contexto, surgió la necesidad imperante de elaborar una nueva Constitución para la paz (Gaviria et al., 2012).

Lo cierto es que en Colombia se estableció un nuevo sistema de justicia constitucional a cargo de un tribunal especializado que cuenta con amplias competencias que serán desarrolladas

a través de su jurisprudencia. Durante los años 90 la Corte Constitucional de Colombia dictó varias sentencias emblemáticas que sirvieron para el desarrollo de políticas de Estado tendientes a garantizar los derechos sociales. Entre los fallos dictados destaca la sentencia que despenalizó el consumo de la dosis mínima de droga en Colombia, la despenalización del homicidio piadoso consentido (eutanasia), o varias sentencias en torno a la doctrina del mínimo vital (Gaviria et al., 2012).

Con la promulgación de la nueva Constitución, la Corte Constitucional de Colombia se convirtió en el modelo a seguir para las jurisdicciones constitucionales de la región. El éxito del Tribunal Constitucional colombiano radica en su robusta institucionalidad, así como en la independencia que mantiene respecto a los demás poderes del Estado. *“En Colombia, desde hace décadas, el Poder Judicial ha demostrado un grado considerable de independencia frente a los demás poderes, característica que se ha reafirmado durante la vigencia de la Constitución de 1991”*. (Jaramillo, 2007, p. 81)

El Tribunal Constitucional de Colombia dicta sentencias obligatorias y vinculantes para todos los miembros del Estado, además, garantiza la aplicación de varios principios constitucionales que no se encontraban escritos de forma literal en la Constitución, pero que se hallaban implícitos en su contenido. De manera específica la materialización de los derechos económicos y sociales fue posible en Colombia a partir de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, para lo cual tuvo que emplear las diferentes categorías de interpretación del Derecho. Así, la Corte Constitucional colombiana afianzó su papel de guardiana de la Constitución ante las repetidas omisiones legislativas que representaban una barrera infranqueable para el desarrollo del Derecho constitucional.

La Constitución vigente, considerada de corte neoliberal, otorga un amplio margen para el ejercicio de los derechos individuales, en contraste con las mínimas atribuciones reguladoras del Estado. En la actualidad, la Corte Constitucional tiene la potestad de aplicar el control concentrado sobre la ley y las normas que tengan fuerza de ley, no obstante, los demás jueces también tienen entre sus competencias colaborar en el control constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad y de la acción de amparo.

*“La cuestión de constitucionalidad consiste en dar la posibilidad a que el juez que tiene ante sí una ley de dudosa constitucionalidad bien sea a petición de parte o de oficio, pueda elevar al Tribunal Constitucional una pregunta, [esto es, una] “cuestión” sobre la validez de la norma legal que debe utilizar para dictar sentencia. En la “cuestión” el control de constitucionalidad se realiza con motivo y en el seno de un litigio o proceso ordinario”.* (Gaviria et al., 2012, p. 47)

Aunado a ello, los jueces de instancia poseen entre sus atribuciones la sustanciación del recurso de excepción de constitucionalidad de tal forma que pueden declarar la inaplicación de una norma para un caso en concreto. Se observa en ello que en Colombia existe una dualidad de sistemas (concentrado y difuso) que están vinculados entre sí y de manera obligatoria, a través del precedente vinculante que dicta en sus sentencias el Tribunal Constitucional.

Del caso de Colombia se puede concluir que el desarrollo de la justicia constitucional en el país ha sido posible a partir del control que realiza la Corte Constitucional ante la laxitud del Congreso Nacional en su labor legislativa, sumada a la carencia de políticas públicas que garanticen los derechos consagrados en la Constitución. Es así como las grandes transformaciones jurídicas, y en muchos casos también las sociales, se han



producido a partir de las sentencias del máximo tribunal en materia constitucional.

### **1.3. Jurisdicción constitucional en Ecuador**

En Ecuador, desde el 20 de octubre de 2008, fecha en la que entró en vigor la nueva Constitución, por primera vez en la historia se confirió a un órgano jurisdiccional especializado la calidad de máximo intérprete de la Constitución y la competencia para realizar el control de constitucionalidad sobre la ley; de tal modo es posible afirmar que *“La Constitución ha tenido vigencia formal desde inicios de la república, pero eficacia precaria hasta el presente. La noción de soberanía del legislador, en particular, se expresa en Ecuador en una actividad legislativa que con frecuencia viola los derechos y procedimientos constitucionales”*. (Grijalva, 2012, p. 228)

Con la institucionalización de la jurisdicción constitucional en Ecuador, inició un proceso de transformación del sistema jurídico. Según la vigente Norma Fundamental, se atribuye a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución; sin embargo, este no es el único organismo jurisdiccional responsable de garantizar la defensa del orden constituido. Dicho esto, la jurisdicción constitucional ecuatoriana implementó una serie de instrumentos jurídicos que garantizan la eficaz tutela de los derechos. De tal forma, las garantías jurisdiccionales afianzan la construcción del nuevo “Estado de derechos”, concepción innovadora que busca la materialización efectiva de las libertades ciudadanas a través de la institucionalización de organismos como la Corte Constitucional.

Del mismo modo, la justicia constitucional ecuatoriana reconoce el valor de la plurinacionalidad y la coexistencia de pueblos, comunidades y nacionalidades en el territorio nacional. Por tanto, en la Constitución y la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) se implementó una jurisdicción especial en la que se resuelven procesos de carácter constitucional en observancia de las costumbres propias que imperan en los territorios de las comunidades ancestrales *“la potestad de administrar justicia es una atribución que puede ser ejercida no solo por el Estado, por intermedio de sus órganos y funciones, sino también por otras personas y sujetos de derechos como los mediadores, árbitros y autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas”* (Montaña & Porras, 2012, p. 144). La legislación especial indígena forma parte de las acciones afirmativas que incorpora la Constitución a fin de reducir la desigualdad social.

Desde el 26 de septiembre de 1830, fecha en la que se promulgó la primera Constitución del Estado del Ecuador en la ciudad de Riobamba, el Poder Legislativo ejerció el control político-constitucional sobre las decisiones del Presidente. En ese entonces los fundadores de la República se encontraban concentrados en consolidar la unidad territorial de las provincias recientemente separadas de la Gran Colombia, además de la premura por legitimar en el poder a los generales que participaron en las guerras libertarias y a la naciente aristocracia localizada en los departamentos de Quito, Cuenca y Guayaquil.

Lo cierto es que el Estado ecuatoriano necesitaba fortalecer la incipiente institucionalidad existente, una difícil labor al existir un limitado conocimiento y experiencia en la ejecución de trámites administrativos, situación que dificultaba el intercambio comercial entre las provincias del Estado ecuatoriano (Ayala, 1996).

Múltiples fueron los problemas que afrontó el Ecuador al inicio de su vida republicana, sin contar las deudas casi impagables que dejaron las guerras independentistas contra la Corona española (Ayala, 1996). Es así como la vida republicana del Ecuador, al igual que en los demás países de la región Andina, se desarrolló de una forma bastante accidentada.

Las reformas constitucionales se volvieron una constante en los inicios de la República, dado que los gobiernos de turno asumían un papel antagónico al concepto de democracia. Las acciones que implementaban los representantes del Poder Ejecutivo y Legislativo tenían como propósito reformar la Constitución para que el sistema jurídico se ajustase a sus decisiones y no al contrario. Dicho de otra forma, las decisiones a nivel político buscaban consolidar en el poder a los gobernantes de turno, en desmedro de la democracia y la institucionalidad del Estado.

La Carta Fundamental de 1830 estableció el control político de la Constitución a cargo del Legislativo. En el texto constitucional en cuestión no se mencionaba ningún tipo de mecanismo de control constitucional que permitiera garantizar los derechos de los ciudadanos, al igual que se hiciera en las siguientes constituciones del siglo XIX donde tampoco se dictaron normas que tuvieran como finalidad el control de la ley (Gaviria et al., 2012).

La única referencia del tenue desarrollo del control constitucional de la época se halla en la Constitución de 1869 donde se estableció el control prelegislativo, el cual se aplicaba por solicitud del Presidente de la República sobre los proyectos de ley y al considerar inconstitucional su aprobación. En caso de que el Congreso se ratificara en el contenido del proyecto, entonces le correspondía a la Corte Suprema de Justicia declarar la constitucionalidad del proyecto de ley en última instancia. En las siguientes constituciones se eliminará por completo esta atribución conferida a la Corte Suprema de Justicia para resolver la objeción de inconstitucionalidad planteada por el Presidente.

Fue en la Constitución de 1929 en la que se introdujo una especie de control político constitucional mixto. A través de esta nueva reforma a la carta política el Presidente o el Consejo de Estado podían plantear ante el Congreso la objeción de inconstitucionalidad con respecto a un proyecto de ley. En caso

de que el Congreso se ratificara en el contenido del proyecto, entonces se disponía que este debía ser enviado a la Corte Suprema para que resolviera su constitucionalidad.

Sin embargo, la interpretación de la Constitución seguía siendo una atribución exclusiva del Congreso Nacional, así lo disponía el art. 163 de la Constitución de la República del Ecuador de 1929: “Solo el Congreso tiene facultad de interpretar la constitución de un modo generalmente obligatorio y de resolver las dudas relativas a la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos o declaraciones”, desde entonces: *“El constitucionalismo histórico ecuatoriano vuelve a quedarse mudo respecto al control constitucional durante los siguientes 60 años. Paradójicamente, es la Constitución de 1929 la que recupera para el Ecuador esa especie de modelo mixto de control constitucional creado por García Moreno”*. (Gaviria et al., 2012, p. 20)

Durante la corta vigencia de la Constitución de 1945 -un año-, se creó por primera vez en el Estado del Ecuador un Tribunal de Garantías Constitucionales, en sustitución del Consejo de Estado; no obstante, el nuevo Tribunal cumplía funciones que no eran propias de un órgano que ejerce la jurisdicción constitucional inspirado en el modelo kelseniano (Salgado, 1997).

Las competencias del Tribunal se limitaban a la suspensión temporal de leyes inconstitucionales hasta que el Congreso, en calidad de intérprete natural de la Constitución, emitiera el respectivo dictamen de constitucionalidad. Por otro lado, el Tribunal tenía entre sus atribuciones presentar observaciones ante el congreso sobre cualquier otro tipo de normas de carácter. Posterior a la Constitución de 1946 el Tribunal de Garantías Constitucionales fue reemplazado nuevamente, y por última vez, por el Consejo de Estado.

A partir de la Constitución de 1967, la idea de implementar un órgano encargado de la justicia constitucional se comienza a forjar, sin embargo, no se logró consolidar y los siguientes

tribunales constitucionales tampoco tendrán la potestad para determinar la inconstitucionalidad de la ley. Los organismos que ejercían la jurisdicción constitucional se limitaban a presentar observaciones de posibles inconstitucionalidades encontradas en la ley, bajo condiciones similares a la Constitución de 1945.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional era considerado un órgano dependiente, o más bien auxiliar del Poder Legislativo, concepción totalmente opuesta a su naturaleza originaria. Entre las principales características que debería poseer un Tribunal Constitucional se encuentra la independencia frente a los demás poderes del Estado, pero, sobre todo, detentar la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Ninguna de estas características las reuniría los tribunales de garantías constitucionales que se establecieron en las constituciones del siglo XX.

Durante los años 70 no existió ningún tipo de avance con respecto al control constitucional. Con la imposición de la dictadura militar, el 16 de febrero de 1972, y el derrocamiento del entonces Presidente Velasco Ibarra, la jurisdicción constitucional fue relegada a un segundo plano. Tras el fin de la dictadura militar, el 27 de marzo de 1979, se aprobó un nuevo marco constitucional que allanó el camino hacia el retorno de la democracia.

Con relación al control constitucional, en esta nueva Constitución el Tribunal de Garantías Constitucionales siguió ejerciendo sus funciones de forma dependiente del Poder Legislativo. No obstante, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, vigente desde el año 1968, se convirtió en una limitación para el desarrollo de la jurisdicción constitucional. *“La Ley Orgánica que utiliza el Tribunal data de 1968 y fue elaborada para la anterior carta política de 1967, por lo que no puede aplicarse totalmente a la actual constitución, menos aún después de las reformas de 1983 y de 1992”* (Salgado, 1997, p. 159). A

pesar de lo citado en líneas anteriores, por primera vez en una carta fundamental ecuatoriana se estableció el principio de supremacía constitucional y, por tanto, todas las normas debían guardar estricta armonía con el contenido de la Constitución, tal como se dispuso en el artículo 137 de la Constitución.

Finalmente, en la Constitución de 1979 se estableció el control abstracto y concreto de constitucionalidad, el cual fue aplicado por las salas de la Corte Suprema. El control abstracto se podía efectuar sobre leyes, decretos y las sentencias dictadas por la Corte Suprema. Entre las atribuciones del Congreso Nacional se encontraba la obligación de emitir una resolución definitiva en calidad de intérprete natural de la Constitución y la ley. Además, la Corte Suprema podía declarar la inaplicación de una ley en los casos que estuviese sustanciando.

Por otra parte, las reformas constitucionales que se aplicaron en los años 1983 y 1992 marcaron el inicio de una segunda etapa de desarrollo en la que la jurisdicción constitucional experimentará notables avances. Específicamente en la reforma del año 1983 se restableció la confianza en el Tribunal de Garantías Constitucionales para efectuar el control de constitucionalidad sobre la ley, sin embargo, sus sentencias se mantendrán sujetas a la resolución que emita el Congreso Nacional de forma definitiva (Salgado, 1997).

Luego de las reformas realizadas a la Constitución en el año 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales se convertirá en el órgano responsable de aplicar el control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, este tribunal actuaba como un órgano de primera instancia. Por lo tanto, sus sentencias eran revisadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que surtieran efecto de forma general y con carácter definitivo, dado que las decisiones del Tribunal de Garantías Constitucionales tenían solo efectos temporales (Salgado, 1997).

De esta forma, el control concreto de constitucionalidad era una atribución de la Corte Suprema de Justicia. Al aplicar este tipo de control las sentencias que se dictaban carecían de efecto retroactivo y, por lo tanto, no afectaban los casos resueltos con anterioridad. Durante este proceso de reformas constitucionales se implementó una suerte de control dual de constitucionalidad, por lo que el Tribunal de Garantías Constitucionales fue relegado a un segundo plano.

Ya en la Constitución de 1998 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como un organismo que formaba parte del Poder Judicial, con la atribución para realizar el control de constitucionalidad sobre la ley. Sin embargo, no se le otorgó la responsabilidad de custodiar el orden constituido ni la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Por otra parte, en el marco de esta nueva reforma, se confirió a los jueces de instancia la facultad de aplicar el control difuso de constitucionalidad. Este mecanismo permite a los jueces examinar la constitucionalidad de las leyes en casos concretos durante los procesos judiciales.

Como resulta evidente, las competencias del Tribunal Constitucional, en comparación con lo dispuesto en las constituciones anteriores, fueron amplificadas y entre sus atribuciones se encontraba la potestad de resolver demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes, decretos y reglamentos. Sin embargo, el Congreso Nacional continuaba encargado de interpretar la Constitución o la ley de forma obligatoria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 130.4 y 130.5: “4. *Reformar la constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.* 5. *Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”. Por otra parte, los nueve vocales del Tribunal Constitucional eran designados por el Congreso Nacional por un período de 4 años.

Con la actual Constitución de la República del Ecuador, redactada en el 2008, se inauguró en el país el control constitucional de forma plena. Esto se logró al establecer a la Corte Constitucional como un órgano especializado e independiente de los demás organismos del Estado y como el máximo intérprete de la Constitución y la ley, así lo dispone el art. 429: *“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”*.

Por otra parte, el control difuso que se encontraba vigente en la Constitución del año 1998 desapareció, en su lugar se implementó un sistema de control concentrado de constitucionalidad. Dicho de otro modo, la Corte Constitucional es el único órgano con competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas con efecto general o concreto. Lo cierto es que en la Constitución del Ecuador impera un sistema de justicia constitucional garantista de derechos, de modo que todos los jueces deben garantizar el cumplimiento de la Norma Fundamental y los instrumentos internacionales. Sin embargo, la atribución para declarar la inconstitucionalidad de normas se encuentra radicada en la Corte Constitucional.

A punto de cumplir 200 años de vida republicana en el Ecuador se han redactado un total de 21 constituciones, hecho que refleja la permanente inestabilidad política y democrática en la que se desarrolló el Estado ecuatoriano. Lo que se vio a lo largo del siglo XX fueron continuos golpes de Estado perpetrados por mandos militares que resquebrajaron el orden democrático, y a la vez imposibilitaron consolidar la institucionalidad de los organismos estatales.

#### **1.4. Desafíos de la justicia constitucional ecuatoriana**

Alcanzar la consolidación de la jurisdicción constitucional es el principal desafío que afronta el constitucionalismo ecuatoriano.



A lo largo de la historia, en Ecuador se han registrado una serie de actuaciones que vulneran el orden constituido. “A pesar de los discursos grandilocuentes el pueblo ecuatoriano, particularmente su clase dirigente, no descubre todavía el valor de la institucionalización”. (Gaviria et al., 2012, p. 14)

En consecuencia, de lo anotado en líneas anteriores, los poderes del Estado, en su afán de evadir el control y la revisión de la constitucionalidad de sus actuaciones, reforman leyes, incumplen con las decisiones de los órganos de control, suprimen atribuciones de las demás instituciones, y destituyen a los magistrados de los tribunales constitucionales y ordinarios, así como a los representantes de los órganos del Estado que ejercen funciones de control.

Una muestra de la fragilidad institucional que impera en Ecuador se evidenció en la Sesión Ordinaria N° 23 del pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T). El órgano en cuestión mediante la Resolución PLE-CPCCS-T-O-089-23-08-2018 cesó en funciones de forma anticipada a los jueces de la Corte Constitucional. Esta decisión fue ratificada el 31 de agosto de 2018 en la Sesión Extraordinaria N° 24, en la que además se resolvió el inicio del proceso de selección para los nuevos jueces de la Corte. Finalmente, el 28 de enero de 2019, el pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en su sesión extraordinaria N° 38, mediante Resolución PLE-CPCCS-T-O-244-28-01-2019, validó el proceso de selección de los nuevos miembros de la Corte Constitucional del Ecuador.

Así, ni en la Constitución de la República del Ecuador ni en la legislación vigente existe un procedimiento que autorice a los órganos de control del Estado la destitución del pleno de la Corte Constitucional, aun cuando se invoque la voluntad popular. Dicho de otro modo, no se debe confundir los fines del poder constituyente con las atribuciones del poder constituido. Esta

situación lacera los principios básicos del orden constitucional, la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa de los magistrados defenestrados. Por lo expuesto, los poderes del Estado deben limitar sus actuaciones a las competencias que la Constitución les confirió, lo contrario representa el socavamiento del Estado de Derecho.

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 impuso un nuevo paradigma constitucional. En este sentido, el artículo 1 de la Constitución proclama al Ecuador como un Estado de “derechos y justicia”, situación que no responde a una simple composición semántica, sino que es una concepción que reconfigura la comprensión del Estado al proclamar que todos los derechos son plenamente justiciables y de igual jerarquía, así como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. *“El nuevo paradigma constitucional pospositivista que con dificultad se intenta abrir paso en el Ecuador, no es un mero trasplante acrítico de los postulados del neoconstitucionalismo europeo y norteamericano”*. (Montaña et al., 2013, p. 24)

Dicho esto, la Constitución implantó un sistema de garantías jurisdiccionales que permitiera la defensa de la Constitución, así como el control de la ley. Lo cierto es que, a la luz del modelo constitucional ecuatoriano, la justicia constitucional se concibe como un instrumento que contribuye desde la jurisdicción constitucional a la materialización de los derechos del buen vivir, a la tutela y protección integral de la Constitución.

A este respecto, el artículo 11.3 de la Constitución de la República del Ecuador establece que todos los derechos son justiciables y de igual jerarquía. Por tanto, los derechos económicos, sociales, culturales y los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afroecuatorianas son plenamente exigibles ante el Estado. La *“desformalización del catálogo de derechos”* (Montaña et al., 2013, p. 43) permite su tutela efectiva

a través de técnicas de interpretación y ponderación. En esta línea, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la ley, debe garantizar incluso derechos que no se encuentran reconocidos de forma literal en la Constitución, pero que forman parte del bloque de constitucionalidad a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Por lo expuesto, el principio de aplicación directa de la Constitución es un mandato de optimización (Montaña et al., 2012) que confiere la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la Constitución a todos los poderes del Estado. No obstante, este principio cobra mayor importancia en la labor jurisdiccional de la Corte Constitucional y de los jueces que conforman la jurisdicción ordinaria. En este sentido, ante la ausencia de ley o en los casos en que la norma jurídica no tutele de forma debida un derecho, los jueces, a través de sus autos y sentencias, deben garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales; por tanto, la falta de ley no debería constituir un obstáculo para la materialización de la Constitución.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece los principios que rigen a la jurisdicción constitucional ecuatoriana, preceptos que incorporan de forma tradicional los países donde impera la democracia constitucional. Así, su aplicación favorable a los derechos, la obligatoriedad del precedente constitucional, el acceso a la justicia, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional y la presunción de constitucionalidad de la ley constituye un elemento base de la jurisdicción constitucional en el Ecuador. *“Vale decir en el marco de estos procesos constitucionales, que la Corte deberá desplegar su calidad de intérprete jurídico final de la Constitución. Este importante cambio en cuanto al rol de la jurisprudencia constitucional exige una mayor y mejor*

*comunicación entre Corte Constitucional y la justicia ordinaria*". (Grijalva, 2012, p. 234)

Finalmente, cabe destacar la implementación de la legitimación popular como un elemento esencial del garantismo constitucional ecuatoriano. La ampliación de los actores que se encuentran legitimados para solicitar el control de constitucionalidad de la ley garantiza la participación de los ciudadanos en la defensa de la Constitución. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional del Ecuador presenta un carácter abierto.

## **1.5. Jurisdicción constitucional en Bolivia**

La Constitución que entró en vigor en el año 2009 proclamó a Bolivia como un "*Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario*"; hecho que trajo consigo la reivindicación de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y, en consecuencia, el reconocimiento de que los principios y valores de los pueblos andinos forman parte del contenido dogmático de la Constitución.

La Constitución de Bolivia consagra el principio de "vivir bien" o *suma qamaña*, similar al derecho del buen vivir que se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador. El derecho a "vivir bien" es una forma de reinterpretar desde una perspectiva Andina al Estado de bienestar que se desarrolló en la Europa del siglo XIX. Dicho esto, la Constitución de Bolivia, al igual que la Constitución ecuatoriana, introdujo una visión vanguardista del garantismo constitucional clásico, dado que "vivir bien" es un precepto que se encuentra pasos por adelante del tradicional concepto de Estado de bienestar, al menos en el plano formal.

En consecuencia, el precepto de "vivir bien" responde a una visión integral del Derecho de los bolivianos a vivir en un entorno de paz y bienestar, en armonía con la naturaleza. En este sentido, el constitucionalismo boliviano promueve la hibridación de los valores de la cosmovisión andina con los principios

constitucionales y democráticos sobre los que se fundan las sociedades occidentales. Por esa razón, la Constitución de Bolivia implementó un modelo de Estado garantista de derechos, con base en la democracia constitucional; de esa forma se atribuyó al Tribunal Constitucional Plurinacional la defensa del orden constitucional. En este sentido, corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley y las actuaciones de los poderes del Estado.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia no establece un orden jerárquico entre los derechos constitucionales, es decir “en Bolivia existe una clasificación de derechos –*fundamentales, de grupos protegidos y derechos en general*– sin embargo, la diferencia es meramente semántica puesto que la propia Constitución desconoce cualquier jerarquía y establece los mismos medios de protección para todos ellos” (Baldivieso Jinés, 2017, p. 24). Todos los derechos tienen el mismo valor e importancia para el desarrollo del vivir bien; no obstante, un derecho siempre prevalecerá sobre otro según los elementos fácticos que se analicen en un proceso jurisdiccional. En caso de duda o difícil interpretación, corresponderá a la Corte Constitucional interpretar la ley conforme a la Constitución.

Así las cosas, la protección de los derechos es un eje fundamental de las constituciones que fueron redactadas a principios del siglo XXI en la región Andina. En esta línea la Constitución Política de Bolivia implementó acciones en defensa de los derechos individuales y colectivos.

En la actualidad, la Constitución de Bolivia organiza al sistema judicial en cuatro jurisdicciones: ordinaria, constitucional, agroambiental, indígena originaria y campesina; organización que responde a la nueva concepción del Estado Constitucional de Derecho boliviano: un Estado plural que administra justicia sin dejar de lado los preceptos de la cosmovisión andina; “de

*ahí que la diferencia entre el modelo tradicional de Estado legislativo y el modelo constitucional radica en la evolución desde un sistema jurídico basado en las reglas hacia un sistema jurídico alternativo basado en los principios”.* (Talayera, 2012, p. 26)

La historia de la justicia constitucional en Bolivia resulta un tanto más accidentado que la de los demás países de la región, porque el orden constituido en el Estado boliviano sufrió resquebrajamientos en reiteradas ocasiones, perpetrados tanto por miembros de las Fuerzas Armadas como también por miembros de la sociedad civil. *“Una prueba de ello es que al año 1980 en Bolivia se produjeron 200 golpes de Estado en apenas 155 años de vida Republicana; lo que dio lugar a que en este período de tiempo 74 presidentes de la República hubiesen conducido al Estado”* (Rivera, 2008, p. 174). Pese a ello, Bolivia se constituye en uno de los primeros países de la región que intentó garantizar a través del orden constitucional la división de poderes dentro del Estado. Desde las primeras cartas fundamentales el control de constitucionalidad se encontraba a cargo de la Cámara de Censores del órgano legislativo, y posteriormente estuvo a cargo del Consejo de Estado –en el período de 1825-1878– la aplicación del control político de la Constitución (Rivera, 2008).

En la reforma constitucional de 1861 se establecieron los primeros mecanismos de control constitucional, los jueces no tenían competencia para realizar el control sobre la ley (Rivera, 2008). La reforma del sistema de control constitucional boliviano tuvo como referente el modelo de control jurisdiccional difuso norteamericano, aplicado sobre las leyes y las decisiones del poder político. No obstante, aunque en Bolivia se instauró la jurisdicción constitucional, ello no implicaba una garantía para el cumplimiento de los derechos. La acción de los jueces estaba restringida a cumplir la labor de legislador negativo o, como

se menciona en apartados anteriores, correctores del sistema normativo que imperaba en la época.

Hasta el año de 1938 los jueces tuvieron entre sus potestades la aplicación del control constitucional y, como se sabe, el control difuso otorga a todos los jueces la facultad de inaplicar la ley que contraviene a la Constitución en un caso concreto que esté bajo su competencia. El control constitucional difuso en Bolivia surgió en medio de una serie de precariedades tales como las limitaciones institucionales y económicas para hacer cumplir la protección de los derechos y las reiteradas interrupciones del orden constitucional.

Cuando el general Banzer asumió el poder mediante un golpe de Estado en el año 1971, el cual llevó a cabo contra el anterior gobierno *de facto*, la Constitución de 1967 entonces vigente se aplicó de forma restringida durante todo su período de gobierno en virtud del Decreto Supremo N.º 11947, emitido el 9 de noviembre de 1974. Con el retorno a la democracia en el año 1982, se impuso una agenda de trabajo que contenía una serie de reformas constitucionales que se verán reflejadas en la Constitución de 1994 (Rivera, 2008).

Entre las reformas que trajo consigo la Constitución de 1994 se destaca la reestructuración del sistema de justicia, dado que por primera vez se incluiría una corte especializada de jurisdicción constitucional. Además, el modelo de control difuso o norteamericano fue reemplazado por el modelo de control jurisdiccional concentrado, situación que generaría una prolongada disputa con la Corte Suprema de Justicia, al presentar esta una férrea oposición a la institucionalización de un órgano independiente y externo al Poder Judicial (Rivera, 2008). Trascurridos 5 años de la aprobación de las reformas constitucionales, el 1 de junio de 1999, la Corte Constitucional entró en funciones, dado que el Congreso dilataba la aprobación de la Ley N.º 1833.

A partir del año 1994 se comenzó a formar un nuevo paradigma constitucional en el Estado de Bolivia, el cual se consolidará en los subsiguientes marcos constitucionales. En ese sentido, existe una marcada diferencia con las reformas constitucionales anteriores, ya que el Tribunal Constitucional se convirtió en el máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, subsistirá de manera simultánea la aplicación del control difuso a manos de los demás órganos jurisdiccionales, tal como se refleja en el art. 228: *“La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”* (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009). En definitiva, no se puede afirmar que en Bolivia imperaba un control concentrado de constitucionalidad puro, dado que al igual que en los demás países de la región Andina y en los países de Europa occidental se aplica un sistema de control mixto.

El control jurisdiccional difuso que aplicó Bolivia se perfeccionó a través de una serie de reformas constitucionales: la Constitución de 1994 ratificó la existencia de la pluriculturalidad del Estado boliviano (Rivera, 2008). Y, posteriormente, en la Carta Fundamental que se elaboró en el año 2008 en la Asamblea Constituyente el sistema de justicia constitucional plural se termina de consolidar al crearse un órgano especializado e independiente: el Tribunal Constitucional Pluricultural. Esta innovadora concepción de la jurisdicción constitucional reafirma la participación de todos los ciudadanos, destacando la inclusión de los pueblos y nacionalidades. *“De ese modo se ha llegado a configurar un sistema plural de control de constitucionalidad, con bases notorias en el sistema jurisdiccional concentrado de control constitucional que estuvo vigente hasta antes de la aprobación del nuevo texto constitucional”*. (Vargas, 2016, p. 385)



La vigente Constitución de Bolivia marcó un hito histórico para la consolidación de la democracia participativa en la región, participación que escasamente se incentivó a principios de la década de los 90 del siglo pasado, aunque se resalta el hecho de que por primera vez se reconoció el principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la inclusión de las costumbres y prácticas ancestrales de las distintas nacionalidades indígenas.

Lo cierto es que en Bolivia la aplicación de la justicia constitucional se empezó a entender desde la percepción de una sociedad plural al combinar los valores de los pueblos ancestrales y la cultura occidental. En Bolivia, los magistrados del más alto Tribunal de Justicia Constitucional no solo deben conocer la cosmovisión andina, también la deben comprender, dado que la Constitución integró en su codificación las prácticas ancestrales de los pueblos y nacionalidades.

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, al igual que la organización del Estado, la jurisdicción constitucional boliviana se estructura a la luz de los preceptos “ético-morales de una sociedad plural”.

*“El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)... Las normas primarias se enriquecen con los valores y principios indígena originario, campesinos que se irradiaran hacia las normas fundamentales y orgánicas, pero también permanecen los bienes superiores propios de la cultura occidental; una interesante simbiosis axiológica que da pie al desarrollo del pluralismo jurídico boliviano”. (Baldivieso Jinés, 2017, p. 20)*

No obstante, llama la atención que entre los principios fundamentales que proclamó la Constitución de Bolivia no

se contempla de forma literal a la república como base de su organización administrativa y territorial. “*La Constitución boliviana propone una nueva forma de estructura política, el Estado plurinacional comunitario; este nuevo ideal de comunidad progresista no pierde los componentes propios del Estado liberal republicano*”. (Baldivieso Jinés: 2017, 20)

La jurisdicción boliviana, al igual que en los demás países de la región, se organiza con base en el principio de supremacía de la Constitución. Por tanto, a fin de garantizar la fuerza normativa de la Norma Fundamental, se concibió un órgano jurisdiccional que aplica el control de constitucionalidad sobre la ley y las actuaciones de los poderes del Estado, propio de las democracias constitucionales que se implementaron en Europa y Latinoamérica (Baldivieso Guzmán, 2010).

La Constitución de Bolivia incorporó un amplio catálogo de derechos a partir del artículo 13 hasta el artículo 75, en contraste con la anterior Constitución boliviana que establecía los derechos fundamentales en 11 incisos del artículo 7. A la luz de estas consideraciones, es posible afirmar que la justicia constitucional boliviana es de carácter garantista, al grado de incorporar en la Constitución normas de carácter reglamentario; esto, con el fin de evitar que se reforme con facilidad la voluntad del constituyente, situación que ha sucedido de forma reiterada a lo largo de la historia republicana andina (Baldivieso Guzmán, 2010).

Dicho de otra forma, dada la permanente inestabilidad democrática, la idea de los constituyentes bolivianos fue garantizar la voluntad soberana a través de un sistema constitucional rígido, a pesar de que no es la opción más recomendable para la redacción de cartas fundamentales. En este sentido, la Constitución de Bolivia implementó nuevas garantías jurisdiccionales, y las denominó “acciones de defensa”. “*En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, las*

*llamadas acciones de defensa se plantean como garantías de derechos y libertades con precedencia a la consideración del TCP por reconocérsele la competencia de entrada a todo el sistema judicial". (Clavero Salvador, 2012, p. 36)*

Por otro lado, llama la atención que el artículo 123 de la Constitución permite la retroactividad de la ley de forma excepcional en los procesos judiciales por actos de corrupción. Esta es una situación atípica, dado que el principio de retroactividad de la ley, por regla general, se aplica de forma favorable a quienes se encuentran con sentencias en firme (Baldivieso Guzmán, 2010).

Ahora bien, la Constitución de Bolivia en el art. 178 (Bolivia. Asamblea Constituyente, 2009) señala los principios que rigen al sistema judicial: *"La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos"*. En idéntica forma el art. 3 del Código Procesal Constitucional de Bolivia (Bolivia. Asamblea Legislativa Plurinacional, 2012) establece los principios que observa la jurisdicción constitucional. Esta ley en mención se concibió siguiendo el modelo constitucional europeo, pero también incorpora elementos del control difuso norteamericano, sin dejar de lado los elementos sobre los que se fundan la construcción de una sociedad plural (Vargas, 2016).

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante sentencia reafirmó que la seguridad jurídica es un principio de la justicia, por tanto, constituye el eje rector del sistema judicial boliviano. No obstante, en la anterior Constitución el principio de seguridad jurídica se consideraba como un derecho fundamental.

Si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su artículo

7 inc. a, establecía que toda persona tiene el derecho: ‘A la vida, la salud y la seguridad’, a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del ‘derecho a la seguridad jurídica’ como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo; y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano.

En definitiva, la proclamación del pluralismo jurídico en la Constitución permitió la inclusión de los pueblos y nacionalidades al reconocer la diversidad de culturas que conviven dentro del territorio boliviano. El acceso a la jurisdicción constitucional y la democratización de las garantías constitucionales permiten al Tribunal Constitucional Plurinacional tutelar los derechos de los sectores sociales que se encuentran en situaciones desiguales o de vulnerabilidad.

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

Entre los años 2008 y 2009, en Ecuador y Bolivia se elaboraron las primeras constituciones a través de mecanismos de democracia plena (Gaviria et al., 2012). En consecuencia, estas cartas fundamentales fueron redactadas por un órgano parlamentario y ratificadas a través de un referéndum popular. Este proceso contrasta con el método empleado para la elaboración de la Constitución Política de Colombia. En este último caso la Constitución fue redactada y aprobada por un órgano parlamentario, elegido a través de sufragio popular.

Tanto en Ecuador como en Bolivia se implementó por primera vez la jurisdicción constitucional al conferir a tribunales constitucionales independientes la calidad de máximos intérpretes de la Constitución, con potestad para declarar la inconstitucionalidad de la ley. No obstante, para conseguir la materialización de los derechos fundamentales se requiere que todo el sistema estatal y los ciudadanos se encuentren supeditados al orden constitucional, pues solo así el contenido de la Constitución se convertirá en un texto cuya aplicación trascienda más allá del ámbito formal.

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

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

Tal como se ha podido apreciar hasta aquí, este primer capítulo se enfocó en un análisis del contexto general, con el objetivo de explicar las condiciones históricas que contribuyeron al desarrollo del Derecho constitucional en la región. Asimismo, en los epígrafes finales se abordaron las singularidades que marcaron el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los países de la América Andina.



# CAPÍTULO II.

Tipos de control de constitucionalidad



## 2.1. Procedimientos de control jurisdiccional de la ley. Antecedentes históricos

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

En este capítulo se presentará desde una perspectiva diacrónica la evolución del control constitucional en las naciones que hacen parte de la región norte del sur de América. Para cumplir con este objetivo se hace necesario identificar, en un primer momento, las circunstancias que rodearon tanto el surgimiento del control político como el nacimiento del control judicial en la región.

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

Es así como se llega a la situación actual: *“ningún sistema es puramente jurisdiccional: sea porque al lado del control de la ley por parte de jueces ordinarios o ad hoc sobreviven formas de fiscalización de la misma actuadas por órganos políticos, sea porque en cualquier caso hay conexiones entre jurisdicción y política en el nombramiento de los jueces”*. (Pegoraro, 2019, p. 46)

Desde que el control de constitucionalidad fue aplicado por el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), la jurisdicción constitucional norteamericana ha experimentado una serie de transformaciones que van desde las atribuciones que les fueron conferidas a los jueces del Tribunal Supremo de Justicia para seleccionar los casos sujetos a control hasta los tipos de sentencias y la determinación del efecto vinculante, lo que ha generado consecuentemente una “estandarización



intrasistémica” (Weber, 2002). De ese modo es posible notar cómo la evolución del control jurisdiccional de la Constitución de los Estados Unidos ha traído consigo de manera implícita la racionalización de la jurisdicción constitucional, situación que ha permitido establecer procedimientos que deben ser aplicados de forma general por todas las cortes.

Por otro lado, en los países de Europa el control constitucional de la ley se aplica desde una perspectiva distinta. Es así dado que mientras la fracción social y política contendiente en la Revolución francesa perseguía como fin reemplazar el absolutismo como forma de gobierno por un nuevo Estado de Derecho con base en el Parlamento, las colonias norteamericanas luchaban por conseguir la independencia de la Corona inglesa y del Parlamento inglés. Lo cierto es la percepción sobre la forma de controlar el poder se concibió de manera distinta (Enríquez, 2006). No obstante, los órganos responsables de la jurisdicción constitucional en ambos lados del atlántico cumplen un mismo objetivo: garantizar la constitucionalidad de la ley y su correcta aplicación. A la luz de estas consideraciones, el control constitucional permitió consolidar la supremacía de la Constitución tanto en los Estados Unidos como en los países europeos.

Sin embargo, es importante recordar que la evolución del control constitucional en América y Europa responden a situaciones sociales, políticas y culturales muy distintas, dado que el papel que asumió el Poder Judicial y el Poder Legislativo al aplicar el control de constitucionalidad estuvo supeditado a diferentes circunstancias históricas.

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

norteamericano que se diseñaron los demás sistemas de control constitucional en Europa y en gran parte del mundo. “*De los actuales 52 miembros de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) solamente tres Estados no disponen de una constitución escrita (San Marino, Ciudad del Vaticano y Gran Bretaña)*”. (Weber, 2002, p. 584)

A la luz de las ideas expuestas en líneas anteriores, es esencial abordar el estudio del control constitucional desde dos posturas: una forma clásica que permite hacer una clasificación con base en el estudio rígido de los modelos norteamericano y europeo, y una forma moderna en la que se clasifican los diversos tipos de sistemas de control constitucional que surgieron a raíz de los dos arquetipos clásicos de control (norteamericano y europeo). A esta última clasificación se le conoce como *fuzzy sets theory* (teoría de los contornos difusos). Esta denominación se le otorga en razón a que “*ningún sistema se vale ya de una sola forma (o modelo) de control de las leyes: en todos los ordenamientos conviven a menudo control político y jurisdiccional, centralizado y difuso, ex ante y ex post, concreto y abstracto*”. (Pegoraro, 2019, 47).

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

Sin embargo, en este escenario histórico no es posible hablar aún de control constitucional. La noción de Constitución que subyace en la Constitución griega distaba significativamente en términos conceptuales del concepto de Norma Fundamental que se desarrolló durante el siglo XVII en Europa, pero, paradójicamente, se encontraba más cercana a la concepción actual de la significación de Constitución. Lo que, en definitiva, muestra que la noción de *Constitución* está relacionada con la percepción y el valor que las comunidades le otorgan a lo largo de la historia de la humanidad.

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

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

La *graphêparanomôn* es una expresión griega que significa “demanda en contra de las cuentas contrarias a las leyes” y es una acción que data del siglo IV a. C. En un principio esta

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

A finales del siglo IV a. C. en Atenas se establecieron procedimientos específicos para el control de la ley, para tales efectos se estableció una distinción entre la ley (*nomoi*) y los decretos (*psephismata*). La diferencia entre estos dos tipos de normas radicaba en el hecho de que mientras que la ley se aplicaba de forma general, el reglamento era un acto normativo que se dictaba con un objetivo específico. “En el siglo IV el *psephismata* era revisado por la Asamblea y en el Consejo (*Boulé*), como también en el siglo V, mientras que los *nomoi* eran controlados por un especial cuerpo de legisladores denominados *nomotheta*” (Machado, 2017, p. 44). Fue así como a partir de estas reformas la *graphêparanomôn* se empezó a aplicar únicamente para el control de los decretos, lo que podría derivar en su derogación, con base en el requerimiento planteado por un ciudadano.

La acción legal de *graphêparanomôn* tenía como requisito obligatorio ser interpuesta por un ciudadano, y al resolverse en un sentido favorable conllevaba a la declaración de la nulidad del decreto, quedando este sin efecto. El responsable de haber propuesto ante la Asamblea Popular el decreto que fue objeto de anulación era sancionado generalmente de forma simbólica; sin embargo, en casos particulares en los que un ciudadano planteaba por tercera vez un decreto que más tarde era

declarado nulo por medio de la acción de graphêparanomôn, este era sancionado con la *atimia* (ἀτιμία), lo cual indica que la sanción siempre estaba dirigida hacia el proponente del decreto (Machado, 2017). La institución encargada de resolver la acción de graphêparanomôn era el Tribunal Popular o Dikasteria que en algunos casos individuales podía incluso llegar a ignorar lo que se establecía en la ley. *“La Dikasteria era un órgano fundamental para la mantención de la democracia, y con las reformas de Efialtes fue revestida de nuevas funciones, tales como el control de las leyes, por haber sido establecida como un tribunal de primera jurisdicción”*. (Machado, 2017, p. 41)

Con las reformas mencionadas se creó la acción *graphê nomon me epitedeionthenai* que se utilizó para efectuar el control sobre las leyes griegas mediante un procedimiento idéntico al que se empleaba al aplicar la graphêparanomôn, así como lo eran igualmente sus efectos con respecto a la validez de la ley. Mientras el Tribunal Popular o Dikasteria resolvía sobre la validez de los decretos, los *nomothetai* (νομοθέται) eran las personas que figuraban como legisladores responsables de controlar la validez de las leyes. *“Los nomothetai eran un grupo de ciudadanos seleccionados para juzgar la constitucionalidad formal y material de las leyes en Atenas. Ellos tenían el status de guardianes de las leyes, así como los tribunales constitucionales la tienen en relación a la constitución”*. (Machado, 2017, p. 41)

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

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

En el Reino Unido el control constitucional de la ley es ejercido por el Parlamento británico, oficialmente nominado como Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Desde la Revolución Gloriosa, ocurrida en 1688, el Parlamento Inglés se convirtió en el guardián de la Constitución, siendo los jueces a partir de ese momento considerados meros operarios del sistema de justicia debido a que el *common law* británico (derecho anglosajón) exige que los jueces se encuentren sujetos de forma estricta a la ley.

De hecho, ello se puede evidenciar en la generalidad de los estudios jurídicos y politológicos realizados por filósofos, juristas y pensadores de los siglos XVII y XVIII como John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), entre muchos otros autores que *“privilegiaron claramente el funcionamiento de los poderes Legislativo y Ejecutivo, concediendo poca importancia a la actividad desarrollada por los órganos de jurisdicción”* (Trovaio do Rosario, 2015, p. 714). Lo anterior responde al hecho de que durante aquella época la elaboración de las leyes británicas se inspiraba en el Derecho natural, por lo tanto, a la luz de esta doctrina todas las leyes se consideraban justas y en ese mismo sentido se hacía innecesaria la redacción de una Constitución, lo que obligaba a los organismos jurisdiccionales a aplicar las leyes aprobadas por el Parlamento tal y como habían sido escritas.

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

poder Legislativo, mientras que el poder Ejecutivo y el sistema de organización territorial federal eran considerados como los dos poderes derivados o inferiores. Aquí resulta interesante destacar que “*Locke ni siquiera consideró a lo judicial como “poder” o como grupo por separado. En su tricotomía los dos poderes “derivados” o “inferiores” son el “ejecutivo” y el “federal”.* (Cappelletti, 1986, p. 46)

Durante las últimas décadas en Reino Unido se han hecho una serie de cambios en la aplicación del control constitucional, con el fin de permitir la permeabilización del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. De conformidad con este objetivo la Ley de Derechos Humanos que fue expedida en el año 1998 confirió a los jueces la competencia para efectuar el control constitucional; no obstante, es un control acotado porque se limita a determinar la inconstitucionalidad de la ley. Es así como el Parlamento británico continúa ejerciendo de forma exclusiva la potestad de modificar la legislación. “Desde octubre de 2000 los tribunales superiores revisan las leyes que se hacen valer ante ellos en referencia a la Comisión Europea de Derechos Humanos y pueden declarar su incompatibilidad mediante una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*) (Weber, 2002).

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

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

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

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

Durante el régimen monárquico el Parlamento Estamental asumió la tarea de garantizar el cumplimiento de las leyes fundamentales del reino, ante las intenciones de la monarquía



de aplicar medidas que le permitieran reforzar su posición en el ejercicio del poder durante el tercer Estado (Pardo, 1991, p. 245). Transcurrido el período de la Revolución francesa, a partir del año de 1799 el Poder Judicial fue considerado un rezago del régimen de las monarquías, dado que sus actuaciones siempre estuvieron en favor de los intereses del rey.

De igual manera las cortes fueron vistas como instrumentos que defendían los intereses de la burguesía, así como los suyos propios. Por lo tanto, durante esta época fue inadmisibles considerar la idea de que el Poder Judicial, desprovisto de legitimidad popular, pudiese aplicar algún tipo de control hacia los actos que emanaban del Parlamento Estamental francés. *“La situación de desconfianza era generalizada, pues –como se dijo– imperaba la creencia de que los jueces eran una clase privilegiada, “sobrevivientes” de las viejas monarquías”*. (Highton, 2013, p.115)

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

Fue por ello que en los Estados Unidos de América se le confió al Tribunal Supremo de Justicia amplias atribuciones para garantizar la supremacía del texto constitucional, con el fin de controlar las actuaciones del Poder Legislativo. Por otro lado, en Francia, se confiaría al Parlamento la custodia de la voluntad soberana, lo que trajo como consecuencia una limitación para las cortes que entonces solo podían cumplir con la mera aplicación

de las normas jurídicas. *“Por supuesto que la estricta separación, al «estilo francés», de los poderes gubernamentales, ya sea o no verdaderamente inspiración de Montesquieu, estaba muy alejada del tipo de separación de poderes que la Constitución [norte]americana adoptó casi simultáneamente”*. (Cappelletti, 1986, p. 46)

En el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su numeral 2, se establece la obligación de todos los jueces de hacer cumplir la Constitución y la ley: no obstante, este articulado dejó un amplio margen para que fuera el Poder Legislativo y Judicial los responsables de instrumentalizar el control constitucional. Dicho de otro modo, en el texto constitucional de los Estados Unidos se recogen principios generales del control constitucional, pero su estructura y sus procedimientos se establecen en la ley y a través de los propios fallos del Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto, hay que aclarar que el control constitucional no es un fenómeno estático y no puede ser tratado como tal, pues se trata de un ejercicio dinámico que se encuentra en constante transformación (Sagüés, 2007). En esa misma línea cabe decir que, aun cuando se produzcan cambios en los principios y los valores que fueron observados para elaborar la ley, el Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía de la Constitución a través del control constitucional. Es por esta razón por la que “el juez constitucional, en su proceso interpretativo, debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político con miras, precisamente, a “mantener viva la Constitución” (Colombo, 2013).

De igual forma, en los textos constitucionales que nacieron en el preludio republicano de los países andinos se puede apreciar una notable influencia de las cartas fundamentales europeas de la época. Así como en el artículo 372 de la Constitución de Cádiz de 1812, oficialmente intitulada Constitución Política de

la Monarquía Española, se estableció el control político: “las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella” (Congreso de Diputados, 1812), así mismo fueron redactados los primeros textos constitucionales de los países de la América Andina que se independizaron durante el siglo XIX. En adelante sería el Congreso el responsable de custodiar el cumplimiento de las constituciones y de aplicar el control sobre la ley.

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

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

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

## **2.2. Derecho procesal constitucional**

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

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

Cien años más tarde el derecho pudo ver la primera evolución que mostró esta rama del procesalismo científico con la sentencia

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

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

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

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

### **2.3. Clasificación de los modelos de control constitucional**

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

Es posible señalar que el modelo europeo de control constitucional concentrado se inspiró en el control difuso norteamericano debido a que *“la propia revisión judicial se aplica a través de numerosos procedimientos... la judicial review norteamericana debe considerarse como un principio y no como una vía particular”* (Fernández Segado, 1997, p. 83). De tal modo, existen elementos del control difuso norteamericano como la supremacía de la Constitución, la calidad de máximo intérprete de la Constitución conferida al Tribunal Supremo de Justicia, la *judicial review* (revisión judicial), y el principio de *stare*

*decisis et quia non moveré* acogidos por el modelo europeo de control constitucional concentrado.

Lo anterior apunta a la existencia de dos modelos o, más bien, dos arquetipos de control constitucional que surgieron respectivamente en los continentes americano y europeo, estos fueron: el control constitucional difuso y el control constitucional concentrado. Si bien ambos modelos poseen características específicas que facilitan su identificación, en la mayoría de los países se han implementado sistemas de justicia constitucional que fueron diseñados a partir de la combinación de estos, con el fin de garantizar de una forma eficaz los derechos fundamentales en sus respectivos territorios. A ello Cappelletti (2010), lo denominó la jurisdicción constitucional de la libertad. Se ha de tener en cuenta, no obstante que *“en la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austríaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación”*. (Fix-Zamudio, 1999, p. 97)

A pesar de que la clasificación rígida de los modelos de control constitucional aún es una metodología de enseñanza importante, en la actualidad resulta insuficiente, puesto que para comprender el funcionamiento de la jurisdicción constitucional implementada por los Estados se requiere de una visión más amplia del Derecho. *“Desde la perspectiva del derecho comparado se observa que los modelos de justicia constitucional no pueden ser analizados de manera completa sin estudiar la relación entre estos propios modelos y todos los elementos que componen el sistema jurídico”*. (Scarciglia, 2013, p. 237)

Atendiendo esta necesidad de observar la relación existente entre estos modelos y los elementos integrados en el sistema jurídico de cada uno de ellos, Cappelletti (2010), elaboró un análisis estructural comparativo de los sistemas de control

jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en varias de sus obras, encontrando en ellos tres aspectos principales: i) el primero relativo al órgano que realiza el control, ii) el segundo con respecto al procedimiento que se utiliza para plantear la inconstitucionalidad y la forma como esta puede ser resuelta, y iii) el tercero en referencia a los efectos que generan las sentencias proferidas sobre la ley o en un caso en concreto (Ferrer Mac-Gregor, 2009a).

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

Toda ley para ser legítimamente válida no solo debe ser aprobada por el Poder Legislativo, sino que, además, requiere estar sujeta a la posibilidad de ser sometida al control constitucional para reafirmar su validez al corresponderse con los principios constitucionales y no vulnerar los derechos consagrados en la Norma Fundamental. Lo anterior, dicho de otro modo, implica que todo Tribunal Constitucional, estando investido de la legitimidad que le confiere la propia Constitución, debería tener la atribución de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos definitivos y vinculantes. *“Podría incluso decirse que la legitimidad de la ley resulta de su contraste con otras que han sido declaradas inconstitucionales y nulas. Desde esta perspectiva, algún día habría que hacer un elogio de la inconstitucionalidad:”* (Cruz, 2014, p. 145)

Tal como puede derivarse de lo expuesto hasta aquí, en los últimos años, de forma particular en la región Andina, la jurisdicción



constitucional ha experimentado una gran transformación, necesaria para poder adaptarse a las exigencias de las sociedades actuales y optimizar su aplicación. Ahora, el estudio de estos cambios se debe abordar desde una percepción innovadora, ya que en la actualidad en ningún Estado se emplean los modelos de control constitucional de forma clásica. Cada nación, hoy en día, en función de sus propias necesidades y, sobre todo, con base en la forma propia como concibe la jurisdicción constitucional, crea sistemas que contienen en mayor o menor medida características tanto del control difuso como del control concentrado (Fernández Segado, 2005).

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

### **2.3.1. Clasificación rígida**

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

A pesar de lo anotado en líneas anteriores, es conveniente establecer por separado las características propias de los modelos de control difuso y concreto, dado que esta separación facilita su estudio, teniendo en cuenta que *“la virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande...*

*Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso*". (Fernández Segado, 2005, p. 23)

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

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

A modo de conclusión es preciso decir que para comprender los diversos sistemas de control de constitucionalidad se requiere analizar la estructura de la jurisdicción constitucional concebida en cada Estado, ya que a partir de la combinación de elementos de los modelos de control norteamericano y europeo se crean los demás sistemas de justicia constitucional, por lo tanto, no deberían ser estudiados desde una visión clásica del Derecho.

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

### 2.3.2. Fuzzy sets theory

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

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

Por otra parte, autores como Rubio Llorente (2012), han sugerido que es mejor abandonar la clasificación yuxtapuesta de los modelos de control constitucional, con la finalidad de elaborar una clasificación basada en los rasgos específicos de cada jurisdicción.

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

“grado de pertenencia”. Dicho de otro modo, la *fuzzy sets theory* facilita la clasificación de los sistemas de control jurisdiccional al evitar las dicotomías que subsisten de forma permanente en los modelos clásicos de estudio del control constitucional (Fernández Segado, 2005).

*“Este concepto recuerda la idea de que cada componente de un sistema jurídico no está en el mismo plano que los otros ( $F \not\subset F^1$ ,  $F^1 \not\subset F^2$ ), y que un sistema de justicia constitucional representa un subsistema en el contexto del sistema jurídico de un determinado país, análogamente a lo que sucede en la teoría de los conjuntos entre “conjunto” y “elemento”. Si el sistema de justicia constitucional  $z$  –el elemento  $z$ – pertenece al País  $Z$  –el conjunto  $Z$ – ( $z \in Z$ ), eso no significa que los elementos del sistema de justicia constitucional del País  $A$  ( $g, g^1, g^2$ ) –que pertenecen evidentemente al País  $A$  ( $g, g^1, g^2 \in A$ )– deberían ser iguales o equivalentes a los del País  $Z$  ( $\{g, g^1, g^2\} = \{z, z^1, z^2\}$ ). Es más probable que solamente algunos de estos elementos coincidan y deban ser, en cada caso, interpretados según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia”. (Scarciglia, 2013, p. 332)*

Dicho esto, al distinguir las características de los sistemas híbridos, la teoría de los contornos difusos se contrapone a la teoría de los conjuntos, ya que en ella desaparecen los límites inflexibles que antes dificultaban la comprensión de los sistemas de control constitucional. Siendo así, *“la fuzzy sets theory que se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásica”* (Pegoraro, 2019, 47)

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

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

A este respecto, interesa traer a colación la reflexión elaborada por Sagüés (2007), sobre los diversos y complejos sistemas de justicia constitucional que se pueden formar a partir de la combinación de ciertas características de los modelos clásicos. Tales serían, por ejemplo, según la autora: “La dinámica del control de constitucionalidad en algunos países donde se había procurado crear un sistema concentrado de constitucionalidad en una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, pero el pleno de la misma, pretorianamente, gesta un recurso de revisión o reconsideración ante ella”.

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

### 2.3.3. El caleidoscopio de la justicia

La teoría del caleidoscopio del Derecho fue elaborada en 1941 por uno de los primeros comparatistas del campo del Derecho, el norteamericano John H. Wigmore. En su obra este renombrado jurista, reconocido por su experiencia en el estudio comparado del Derecho, afirmaba que al comparar los sistemas de justicia implementados por cada Estado se encuentran fundamentos teóricos que no varían, lo que quiere decir que los principios del Derecho se componen y recomponen, con la finalidad de acoplarse a las diferentes realidades jurídicas que se presentan en los Estados.

Tomando esta idea como base, el caleidoscopio del Derecho estaba formado por distintos elementos como son “*la comunidad, el tipo de gobierno, los miembros del tribunal, la parte actora, la parte demandada, todos [los cuales] cambian según el tiempo y lugar*” (Parise, 2019, p. 226). A partir de esta teoría es posible elaborar un análisis comparado del Derecho, como también, de forma concreta en este trabajo, de los modelos de control constitucional, mediante lo que Scarciglia ha denominado el “caleidoscopio de la justicia constitucional”. Hoy en día “*se pueden vislumbrar figuras diferentes según se refieran a Europa, Asia, América, África, Oceanía y [el] Mundo Antiguo partiendo de una figura de modelo, pero en cada uno de ellos hay al menos dos figuras, la cometa y la flecha*”. (Scarciglia, 2013, p. 333)

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

Tal como lo mencionaba Wigmore (1941), “*en cualquier estudio de nuestros métodos actuales puede ser de ayuda tener*

*en cuenta la extraordinaria variedad de formas en que se ha buscado el mismo objetivo de la humanidad en todo tiempo y región*". A este respecto, cabe destacar la relevancia que tiene este análisis, el cual se hace necesario teniendo en cuenta que uno de los elementos clave para fortalecer el Estado de Derecho en las naciones de la región Andina podría hallarse en la implementación de sistemas eficaces de control constitucional.

En definitiva, la teoría del caleidoscopio de la justicia constitucional permitiría identificar cuáles son los elementos del control constitucional que se replican de manera constante en los distintos ordenamientos jurídicos, como también los elementos singulares que se observan en los sistemas de control constitucional de los países que hacen parte de la región Andina.

## **2.4. Control político de la ley. Origen histórico**

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

Estos hechos históricos dieciochescos dieron lugar al surgimiento de una concepción distinta respecto al Estado de Derecho, basada en la soberanía popular que se hizo efectiva en la República en reemplazo de la monarquía. Una vez concluido

ese trasegar histórico con la proclama de la Constitución de 1791, Francia se configuró como una monarquía constitucional en la que reposó la voluntad general sobre el Parlamento. Este organismo del nuevo modelo de gobierno sería el responsable natural de ejercer el control político tanto de las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo como de la aplicación de la ley por parte del Poder Judicial, permitiendo así garantizar la supremacía de la primera Constitución escrita en la sociedad francesa y la separación de los poderes del Estado.

Sin duda, fue determinante el contenido ideológico de *El contrato social* de Rousseau publicado en 1762, pues los principios allí descritos cambiaron radicalmente la concepción de la *voluntad soberana* antes concentrada en el monarca, pero a partir de ese momento de la historia ostentada por el pueblo. El pacto social funda un modelo de Estado en el que la base de la soberanía se encuentra en la voluntad general, el interés común y el poder de cada miembro para poder organizar la sociedad civil. En ese sentido, en adelante les corresponde a los ciudadanos decidir la forma de gobierno bajo la cual se organizarán como sociedad, así como también a quiénes se les da competencia para gobernar. De tal forma, la limitación del poder que ostentaba el soberano reside en la ley que es creada por la voluntad general, así se lee en el libro II del capítulo IV de *El contrato social* del polímata Rousseau (1819).

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

Entretanto el Poder Judicial fue relegado a un segundo plano debido a que las cortes se encontraban sujetas a la aplicación de la ley que dictaba el Parlamento, lo cual respondía a la notoria



desconfianza que la sociedad francesa tenía con respecto a la labor de los jueces, pues durante el régimen de la monarquía sus cargos fueron hereditarios e incluso podían ser comprados o vendidos, y lo mismo aplicaba a los requirentes que para poder acceder al sistema de justicia debían pagar por la labor de los jueces.

Así, en el régimen del absolutismo monárquico la justicia se encontraba al servicio del rey y la clase dominante de la época, “*como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber*” (Cappelletti, 1986, p. 20). Esos consabidos privilegios, reservados para unos pocos y vetados para la mayoría del pueblo francés, incrementaron el rechazo de este hacia el régimen monárquico y fueron los mismos que impulsaron las revueltas francesas de finales del siglo XVIII (1789-1799).

Con el nuevo régimen parlamentario francés y las nuevas responsabilidades que se le dieron a este de custodiar el fiel cumplimiento de la Constitución, resulta evidente que la clave para garantizar los derechos de las personas se encontraba en fijar límites al ejercicio del poder; razón por la cual el control de la ley efectuado por el Parlamento se convirtió en la primera garantía política de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, en los primeros años del siglo XIX el Poder Legislativo incurrió en los mismos vicios del absolutismo al abusar de las atribuciones que le fueron conferidas democráticamente por el pueblo, imponiendo un régimen de injusticia y tiranía, idéntica situación que provocó la sublevación del pueblo contra la monarquía (Enríquez, 2006).

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

al cual se le encargó realizar el control previo de la ley sin que ello implicara una intromisión en la labor legislativa. “*Debía existir un control, sin embargo, no podía ser ejercitado por los jueces, sino por el mismo Poder Legislativo o, al menos, por órganos llamados a actuar durante el procedimiento legislativo en vía preventiva*”. (Pegoraro, 2019, p. 53)

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

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

Al principio solo se encontraban legitimados para acudir ante el *Conseil Constitutionnel* el Presidente de la República, el Primer Ministro y los presidentes de las Cámaras del Parlamento. Pero

con posterioridad a las reformas constitucionales realizadas en el año 1974 se consideraron como legitimados activos a 60 diputados o 60 senadores, con el fin de garantizar el derecho de las minorías parlamentarias (Hurtado, 2012), dado que la Constitución francesa prohibía al Legislativo y al Ejecutivo promulgar leyes que hubiesen sido declaradas inconstitucionales.

La implementación del *Conseil Constitutionnel* trajo consigo profundas transformaciones en el ordenamiento jurídico francés y, finalmente, conllevó a la sumisión del Parlamento a la Constitución, dicho en palabras de Favoreu (1988), “*la “revolución” se ha producido allí donde no se esperaba: la sumisión de la ley a la constitución y del Parlamento legislador a la norma suprema*”. (p. 230)

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

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

Cabe mencionar que los expresidentes de la República pueden integrar este organismo de forma opcional, sin embargo, durante

el período que se incorporen al cuerpo del consejo no podrán realizar actividades políticas, tal como se encuentra dispuesto en la Ordenanza N.º 58-1067 del 7 de noviembre de 1958. “Art. 3: antes de asumir sus funciones, los miembros designados del Consejo Constitucional prestarán su juramento ante el presidente de la República” (Consejo Constitucional Francés, 1958). De otra parte, en la Constitución se estableció que todos los miembros del Consejo, a excepción de los expresidentes, serán posesionados una vez que rindan juramento ante el Presidente de la República. Entre otros aspectos, también es relevante mencionar que de forma ordinaria las sesiones del Conseil Constitutionnel requieren la presencia de siete de sus miembros para su instalación, la aprobación de sus resoluciones se realiza por mayoría simple del total de los miembros presentes, y el presidente del Consejo tendrá voto dirimente.

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

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

A partir de esta sentencia el *Conseil Constitutionnel* francés empezó a asumir atribuciones que son propias de una corte especializada de jurisdicción constitucional, pasando así del principio de legalidad al principio de constitucionalidad y

prohibiendo la promulgación de leyes contrarias a los derechos naturales y civiles. Respecto a lo anterior resulta interesante resaltar lo mencionado por Cappelletti (1980), en relación con la sentencia en cita:

*“En una sentencia extraordinariamente interesante de 1971 relativa a la libertad de asociación el Conseil Constitutionnel cesó por primera vez de ser un mero perro guardián de las prerrogativas del ejecutivo, reclamando, por el contrario, para sí el poder y el deber de controlar la conformidad de las lois no promulgadas no solo con los artículos 34 y 37, sino con la constitución en general, incluyendo aquellos “principios generales” que poseen carácter constitucional y que, una vez más, pueden ser deducidos de las magna chartae de la historia constitucional francesa y de la “tradicción republicana”. (p. 71)*

Hasta principios del siglo XXI el Consejo Constitucional fue considerado como un órgano que ejercía principalmente un control político sobre la ley, no obstante, las últimas reformas constitucionales iniciaron un proceso de transformación definitiva. Con la promulgación de la Ley N.º 276 del 28 de marzo del 2003, que entró a modificar el artículo 74 de la Constitución francesa, se le otorgó a las *collectivité d’outre-mer* (colectividad de ultramar - COM) la facultad de derogar leyes que se encontraran en contradicción con sus estatutos, previo a la verificación de violación de competencias realizadas por el Consejo Constitucional, la cual se constituyó en una modificación relevante al ser la que iniciara este proceso de reformas.

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

que estas normas vulneraban los derechos reconocidos en la Constitución (Pegoraro, 2019).

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

La principal característica del control político de la ley es que su ejecución se encuentra a cargo del Parlamento, la cual se realiza de forma habitual con un carácter preventivo, es decir, se aplica antes de que sea promulgada la ley. *“El control previo se considera comúnmente el control “político” por excelencia. No es casualidad que cuando se identifica un modelo con un sistema concreto siempre se cite al respecto el caso francés”* (Pegoraro, 2019, p. 68)

No obstante, el Ejecutivo también puede colaborar con el órgano encargado de la jurisdicción constitucional en el control de la ley en aquellos casos en los que la propia Constitución le confiere ciertas atribuciones para participar en el proceso legislativo, de tal forma que esta se convierte en una vía que algunos Estados suelen emplear para evitar que se promulguen leyes contrarias a los textos constitucionales.

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

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

El control político fue la primera forma de control de constitucionalidad que surgió en Europa, con la finalidad de proscribir los abusos y las arbitrariedades en las que podían incurrir los poderes del Estado, específicamente el Poder Ejecutivo que se encontraba en manos de la monarquía. De tal forma, el control político se concibió como el principal instrumento que el Parlamento podía emplear para garantizar que las actuaciones de los poderes Ejecutivo y Judicial se encontraran enmarcadas en las normas establecidas por la Constitución.

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

Independientemente de las diferentes formas de gobierno que los países puedan adoptar un Parlamento sigue siendo un Parlamento, y su principal trabajo es legislar y fiscalizar las decisiones del Poder Ejecutivo. La naturaleza del Parlamento es política y no jurídica ya que se encuentra revestido por la

voluntad soberana, lo que implica una responsabilidad directa frente al pueblo. De ese modo, el control político se mantiene vigente y, de hecho *“la organización judicial está sometida al poder político (que dicta las reglas y, en muchos casos, regula sus órganos); al poder administrativo (el Poder Judicial debe someterse, aunque con excepciones, a las reglas discrecionales de la administración); al propio Poder Judicial”*. (Pegoraro, 2019, p. 49)

Así pues, en la actualidad, el control político es la principal herramienta que utiliza la oposición en el Parlamento. Para tal efecto las minorías parlamentarias buscan apoyarse en el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional a fin de que se realice el respectivo control de constitucionalidad de los decretos presidenciales, e incluso de las leyes aprobadas por el mismo Parlamento. Esa situación descrita mantiene su vigencia en vista de que, en cierta medida, ha permitido frenar los excesos a los que pueden llegar a incurrir las mayorías legislativas en nombre de la democracia.

## **2.5. Modelos clásicos de control jurisdiccional constitucional**

A partir de los modelos clásicos de control de constitucionalidad que surgieron en ambos hemisferios meridiano, se desarrollaron diversos sistemas de control. Estos sistemas, con las adaptaciones necesarias, se implementaron en la mayoría de los países de Europa occidental, América Latina y el resto del mundo.

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



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

### **2.5.1. Control difuso**

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

Mientras que el sistema constitucional inglés tal como se le conoce hasta la actualidad surgió en el Parlamento que posee un carácter judicial, el sistema norteamericano fue concebido en un marco de lucha por la libertad, pero sobre todo por la igualdad de derechos. En otras palabras, la radical diferencia entre estos dos sistemas se debe a que en los Estados Unidos de América se concibió un sistema constitucional que fue estructurado desde la visión del pueblo norteamericano y no desde la percepción de un grupo colegiado como sucedió en Inglaterra. *“En EE. UU. no se parte de una sociedad estamental, sino de una sociedad homogénea en todas sus partes. En esta homogeneidad (burguesa) se sustentará la legitimidad democrática de todos los órganos de poder”*; (Moreno, 2011, p. 360)

La clave del control judicial difuso norteamericano se encuentra en el mismo principio sobre el cual se sustentan todos los

sistemas democráticos contemporáneos: el respeto a la división de poderes. Sin embargo, la concepción de este principio dista mucho de la forma como ha sido interpretado por el Parlamento en el Reino Unido, como también de la forma en que fue introducido en el texto constitucional francés de 1791.

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

Como es evidente, la construcción de un sistema judicial que tiene en su base a la Constitución como principal fuente del Derecho, y no a la ley, permite a los jueces aplicar su contenido sin más restricciones que las libertades de las personas. Así, el Poder Judicial se convierte en el punto de equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo al garantizar la constitucionalidad de las leyes vigentes. Lo anterior, dicho en palabras de De Tocqueville (1854), indica que *“los [norte]americanos han establecido el Poder Judicial como contrapeso y barrera al Poder Legislativo; lo han hecho un poder legislativo de primer orden... El juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura... La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones sobre la constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales”*. (p. 71)

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

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

El control difuso de constitucionalidad tiene tres características esenciales, a saber: i) se aplica de forma *incidental* porque solo puede ser propuesto por las partes que intervienen dentro de un proceso en concreto; ii) es denominado especial porque la declaración de inconstitucionalidad provoca que la ley que es objeto del control sea inaplicable para el caso en concreto; y iii) es de carácter declarativo porque produce efecto *ex tunc* sobre la ley declarada inconstitucional, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la ley genera efectos retroactivos, pero solo para el caso en concreto (Fernández Segado, 2005).

En este modelo de control todos los jueces poseen jurisdicción constitucional con la capacidad suficiente para declarar en un caso concreto que la aplicación de la ley es incompatible con la Constitución, por eso afirmaba Colombo (2013), que “*en un sistema de control difuso todos los jueces son constitucionales, y en uno concentrado, el o los que establezca la propia Constitución*” (p. 260). De esa forma las sentencias de los jueces de los distintos niveles surtirán efecto solo para las partes procesales. Eso significa que “*en el modelo americano, en sentido estricto, el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la constitución (sentencia declarativa)*”. (Fernández Segado, 2005, p. 35)

Por lo tanto, corresponde al tribunal de mayor jerarquía, según la estructura del Poder Judicial que haya adoptado cada país,

determinar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales, dado que esta no es competencia de los jueces ordinarios.

El máximo fin del control difuso de constitucionalidad es garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes que conforman el ordenamiento jurídico, y para alcanzar este fin todos los jueces se hallan investidos con la capacidad de aplicar el control de constitucionalidad con base en el principio de supremacía constitucional. Dicho de otro modo, el principio de legalidad se encuentra subordinado al orden dispuesto en la Constitución, a lo cual Cruz Villalón (1987), denominó el “*principio de preferencia por la ley superior*”. (p. 31)

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

## **2.5.2. Control concentrado**

El modelo de control concentrado de constitucionalidad fue creado por el jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen, e implementado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Una de las notables diferencias que, al menos en principio, marcaba este modelo de control con respecto al modelo de control constitucional difuso era la institucionalización de un tribunal especializado en justicia constitucional concebido

como el máximo intérprete de la Constitución. Dicho esto, el Tribunal Constitucional ejerce sus funciones de forma exclusiva e independiente de la jurisdicción ordinaria.

En el modelo de jurisdicción constitucional europeo se puede identificar la aplicación de este tipo de control, no obstante, su creación se inspiró en el primigenio modelo americano, con base en su estructura general (Fernández Segado, 2005). Un dato importante sobre el control concreto de constitucionalidad que no se puede dejar de lado es que su implementación se expandió al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la confianza de la ciudadanía con posterioridad a los años del conflicto se depositó en los jueces. “[Así pues], la revisión judicial surgió por la necesidad de limitar poder de las legislaturas que solo representaban los intereses de “las mayorías circunstanciales, irracionales y apasionadas”, en perjuicio de las minorías (Highton, 2013, p. 112).

La consolidación del control concreto en Europa deriva de la conclusión a la que arribaron los países que sufrieron mayores devastaciones producto de los enfrentamientos que se gestaron en el marco del segundo conflicto bélico a gran escala, los cuales consideraron que el control político era insuficiente para garantizar el Estado de Derecho.

En la mayoría de las constituciones europeas que fueron aprobadas a partir de la década de los 50 del siglo pasado optaron por implementar un modelo jurisdiccional que garantizara el cumplimiento de la ley a la luz de nuevos textos constitucionales. Lo que denotaba la necesidad de fortalecer las garantías de los derechos, soslayadas durante la guerra, y para tal efecto fue que se crearon los tribunales constitucionales, instituciones especializadas dedicadas exclusivamente a la defensa de la Constitución. Los primeros países europeos en establecer la jurisdicción constitucional fueron Italia y Alemania.

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

Dadas estas condiciones, con el nacimiento de los tribunales constitucionales en Europa es posible determinar una segunda etapa del constitucionalismo europeo. *“En el “primer” constitucionalismo europeo el núcleo de las constituciones son normas de organización a las que se añaden normas de derechos fundamentales, [y] en el “segundo” constitucionalismo el campo se amplía con la introducción de “principios” y “normas de fines del Estado”* (Ruiz, 2009, p. 184). Así, la Constitución deja de ser vista como un mero instrumento de organización política al agregar normas éticas y políticas a su contenido.

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

Entre las características de los sistemas de jurisdicción concentrada de constitucionalidad se identifican como elementos esenciales de este tipo de control el que sea: concentrado, principal, general y constitutivo. De tal forma, el control concentrado de constitucionalidad se efectúa por un órgano especializado, con competencia exclusiva para examinar la constitucionalidad de la ley, e independiente de los tribunales que ejercen la jurisdicción ordinaria, dado que la petición de control constitucional se plantea de forma principal y separada

de los hechos que deban resolverse ante la justicia ordinaria. De acuerdo con Cruz Villalón (1987), “*lo que caracteriza al control de constitucionalidad es el ser asumido por agentes por entero ajenos al proceso de creación de la norma y, salvo excepciones, con posterioridad al nacimiento de la misma*”. (p. 28)

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

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

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

A modo de cierre, cabe anotar que la implementación del modelo de justicia constitucional europeo funciona de manera

eficaz cuando los jueces mantienen su independencia e imparcialidad, cuando sus sentencias responden de forma exclusiva al contenido de la Constitución. De ahí la importancia de prestar especial atención a los criterios que se utilizan en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

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

En lo esencial, el Tribunal Constitucional dicta sentencias abstractas con alcance general o *erga omnes* de forma independiente de las pretensiones de las partes procesales. En términos más sencillos, el Tribunal Constitucional establece específicamente la constitucionalidad de la norma jurídica que ha sido recurrida, pero sin pronunciarse sobre los hechos fácticos del proceso judicial, cumpliendo así con su máxima labor de garantizar la vigencia de normas justas en estricta armonía con la Constitución. En palabras de Echeverri (2016), *“el Tribunal Constitucional tiene una responsabilidad de “Justicia”; así, en términos de letras mayúsculas, funciones casi rayanas con lo divino, sus decisiones políticas y jurídicas velan por el bienestar de los asociados”*.

El control concentrado permite examinar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, tal como fueron elaboradas en el plano formal, por lo que todo Tribunal de



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

## **2.6. Sistemas de control constitucional**

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

Los factores internos obedecen a la dinámica propia de los órganos jurisdiccionales, ya que desde sus orígenes los tribunales constitucionales legitiman sus acciones a través de sus sentencias. En esta misma línea, Sagüés (2007), señala que *“otras mutaciones, por el contrario, se deben a factores endógenos, es decir, a la misma dinámica de los órganos operadores del sistema de control de constitucionalidad, los cuales, ya sea a través de soluciones interpretativas o constructivistas, adoptan*

*decisiones innovadoras*” (p. 127). De tal modo, los magistrados utilizan técnicas de interpretación que garantizan que las leyes se ajusten a los preceptos constitucionales. Y, en este sentido, las sentencias del más alto Tribunal Constitucional podrían, incluso, llegar a realizar interpretaciones del propio sistema jurisdiccional.

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

### **2.6.1. Control Mixto**

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

Por lo general, las modificaciones que se realizaban a los sistemas de justicia constitucional agregaron elementos del control difuso a las competencias propias del Tribunal Constitucional, lo que en la actualidad se denomina *cuestión de inconstitucionalidad*. En todo caso, a partir de las combinaciones de las características de los modelos de control difuso y concentrado surgieron novedosos sistemas de control constitucional.

Es en esta misma línea en la que se inscribe la experiencia de las naciones de la región norte de Sudamérica con respecto a los

sistemas de control constitucional, pues, los países de la región Andina desde su fundación implementaron el control político de la Constitución, hecho que refleja la clara influencia de los ideales de la Revolución francesa. Con posterioridad introdujeron en todas sus cartas fundamentales algunos elementos del control jurisdiccional difuso.

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

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

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

Finalmente, cabe anotar que la hibridación de sistemas fue concebida a partir de la combinación de elementos de los modelos de control político, concentrado y difuso. A tal efecto,

en la región Andina se produjo la formación de los siguientes sistemas de jurisdicción constitucional: sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en la Sala Constitucional; sistemas mixtos: control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo de Justicia y control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional; sistema de control de constitucionalidad dualista; y sistema doble de control concentrado de constitucionalidad (Nogueira, 2002).

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

Por otra parte, el control concentrado o europeo, en su forma estricta, se encuentra encabezado por un Tribunal Constitucional que cuenta con competencia exclusiva para realizar el control constitucional de la ley, situación que ha cambiado de manera progresiva en las constituciones que se han elaborado después de la segunda postguerra.

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

Los sistemas de justicia constitucional mixtos se concibieron a partir de la forma en que el Derecho constitucional fue entendido por cada Estado. Por regla general se utilizan dos

tipos de vías para su aplicación: i) el *control concreto* que surge con la aplicación del control difuso, y ii) *el control abstracto* que es una vía que representa la esencia del control concentrado o europeo.

### **2.6.2. Sistemas duales**

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

Según lo comentado por Highton (2013), *“aparece, además, en América un tercer modelo que instala dentro del poder judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes”*. (p. 109)

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

Por la forma como integra ambos modelos de control sobre la ley es que la configuración de esta especie de sistema

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

## **2.7. Procedimiento de control de constitucionalidad**

Establecer procedimientos eficaces para la aplicación de las garantías de la Constitución permite la consolidación de la jurisdicción constitucional, tanto en su aspecto formal como en lo procedimental. Dicho de otro modo, el debido proceso es una garantía constitucional y a tal efecto, según lo destacó Sagüés (2008), el estudio del procesalismo constitucional se debe realizar desde un “*enfoque tridimensional metodológico del fenómeno jurídico: norma, realidad y valores*”. (p. 25). Este enfoque no solo concierne a los juristas, quienes buscan garantizar la coherencia procesal de la jurisdicción constitucional, sino que también es una preocupación compartida por los ciudadanos.

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

### **2.7.1. Control concentrado**

El procedimiento de control concreto de constitucionalidad de la ley es una auténtica creación del modelo norteamericano. Teniendo en cuenta que uno de los elementos principales del control difuso de constitucionalidad es que todos los jueces

se encuentran facultados para aplicar este control, el modelo puede aplicarse de dos formas: en vía incidental o de forma concreta (Scarciglia, 2013). No obstante, es importante resaltar que con posterioridad a la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), la aplicación del control difuso en vía incidental fue la que mayormente se continuó afianzando en las siguientes sentencias que fueron dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

En adelante el modelo de control difuso norteamericano utilizó la vía incidental para efectuar el control concreto de constitucionalidad de la ley, elemento que fue recogido e implementado más tarde en las constituciones de la mayoría de los países europeos cuando tuvo lugar el fin de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, en Italia (Constitución de la República Italiana de 1948) y Alemania (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), el control concentrado de constitucionalidad mantuvo su vigencia con algunas modificaciones al modelo original, para ello se establecieron procedimientos que les permitieran a sus jueces, en mayor o menor medida, implementar el control concreto como un mecanismo adicional que evitase la aplicación de normas inconstitucionales.

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

una garantía de los derechos de las personas que acuden ante la Administración de justicia.

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

Otro aspecto relevante es que el control concreto de constitucionalidad garantiza a las partes procesales la aplicación de normas que se encuentren en estricta conformidad con la Constitución. En esos términos lo definió Colombo (2013) apuntando que el control concreto de constitucionalidad es “*un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto articulado en una constitución, que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes*”. (p. 263)

Por consiguiente, el mismo control es una garantía jurisdiccional que se encuentra en manos de los sujetos procesales, dado que pueden solicitar la aplicación del control de constitucionalidad. Dicho de otro modo, es un procedimiento que establece la validez sustancial de las normas a aplicar en un proceso judicial. “*El juicio o procedimiento incidental de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la constitución*”. (Nogueira, 2002, p. 11)



En este sentido, la cuestión de inconstitucionalidad tiene un doble juicio, tal como lo indicaba Rubio Llorente (1992), *“uno provisional y negativo y otro definitivo”*. Por un lado, es un juicio provisional debido a que el juez sustanciador de la causa donde se origina la cuestión de inconstitucionalidad decide la suspensión del proceso al considerar que la norma que se debe aplicar puede ser contraria a la Constitución; y, por otro lado, es definitivo porque la sentencia del Tribunal Constitucional genera efectos de cosa juzgada, pudiendo vincular solo a las partes procesales o generar efectos erga omnes al declarar la inconstitucionalidad de la norma según la legislación de cada Estado. En definitiva, *“el juicio sobre la constitucionalidad de las normas es competencia de todos los jueces y tribunales, aunque solo el Tribunal Constitucional la tiene para declarar la inconstitucionalidad de las leyes”*. (p. 24)

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

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

Así el control concreto garantiza la protección de los derechos subjetivos.

## 2.7.2. Control Abstracto

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

Veintinueve años más tarde, luego de su implementación en el texto constitucional de Austria en 1920, el control abstracto de constitucionalidad fue implementado una vez más en la Norma Fundamental alemana de 1949, oficialmente denominada Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, también conocida como Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Cruz Villalón, 1987). De esa manera, el Tribunal Constitucional asumió un importante papel en la defensa de la supremacía de la Constitución sobre la ley.

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

En esa misma línea, tanto los países europeos como los de la región Andina acogieron varios de los principios básicos en los que se fundó el constitucionalismo alemán de la postguerra al

concebir distintos sistemas de control constitucional. Siendo así, en la actualidad, el control abstracto de constitucionalidad coexiste con otros tipos de control jurisdiccionales y políticos.

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

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

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

De esa forma el control abstracto representa una garantía directa del cumplimiento del contenido de la Constitución frente a las leyes emitidas por el Legislativo, admitiendo, además, según la jurisdicción constitucional implementada por cada país, la posibilidad de solicitar un control previo a la promulgación de la ley. *“El control abstracto puede preverse como un control de carácter preventivo o a priori, lo cual es posible en virtud del*

*principio de supremacía de la constitución frente a las leyes”*. (Huerta, 2003, p. 936)

Quienes ostenten la calidad de legitimados activos, de acuerdo con lo previsto en la ley, actuarán en defensa de la Constitución y no de sus propios derechos, de tal modo *“el actor opera en él simplemente “en interés de la constitución”, de manera que su legitimación ad causatn es un elemento concreto de su status y no un instrumento para la defensa de sus propios derechos o intereses”* (Rubio Llorente, 1992, p. 19). Dicho de otra forma, cuando una persona acude ante el Tribunal Constitucional lo hace con el único fin de evitar que se pueda aplicar una norma inconstitucional.

En definitiva, la solicitud del control se realiza con base en el principio de la supremacía de la Constitución frente a la ley, y no a partir de la afectación causada a los derechos individuales en casos concretos.

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

Consecuentemente, el objeto principal de este tipo de control se enfoca en garantizar la validez material de las leyes vigentes, tomando en cuenta que la incorporación al ordenamiento jurídico de cualquier país de una ley de la que se sospecha su inconstitucionalidad puede llegar a producir afectaciones en los derechos de las personas. En los términos descritos por Rubio Llorente (1992), el control abstracto se puede definir de la siguiente manera: *“se entiende por recurso directo de inconstitucionalidad (control abstracto en la terminología germánica) una acción mediante la cual un órgano o una fracción*

*de órgano impugna una norma fundamentando tal impugnación en la infracción de un precepto o un principio constitucional”.*  
(p. 19)

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



# CAPÍTULO III.

El control de constitucionalidad en los países de la

Región Andina

## 3.1. El control de constitucionalidad de la ley

La evolución del control constitucional en los países de la región Andina inició a finales de 1979 y se extiende hasta principios del siglo XXI. Al igual que en la Europa occidental, los países de Suramérica, a través de la redacción de nuevas cartas fundamentales, buscaron mejorar a nivel formal y material las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

La redacción de nuevas Constituciones en Colombia, Ecuador y Bolivia significó importantes avances hacia la consolidación del Estado de Derecho en los países de la región. No obstante, durante la década de los 90, debido a la fragilidad institucional que imperaba en los países de la región Andina y a la falta de consensos que permitan generar gobernabilidad, se produjo el segundo auge de procesos constituyentes.

*“Desde 1978 América Latina ha vivido un verdadero frenesí constituyente: en las últimas*

*tres décadas casi todos los países del área han reformado de manera importante o reescrito sus Constituciones... La región Andina ha sido protagonista de primera línea en esta fase de cambio constitucional: Colombia en 1991; Perú en 1993; Venezuela en 1999; Ecuador en dos ocasiones (1998 y 2008); y Bolivia en 2009". (Bejarano & Segura, 2013, p. 21)*

La imperante necesidad de consolidar regímenes democráticos de gobierno, afianzar la institucionalidad del Estado y proteger los derechos fundamentales en los países de la región Andina promovió la implementación de órganos especializados en aplicar el control de constitucionalidad de la ley. Dicho esto, los procesos constituyentes que tuvieron lugar en Colombia, Bolivia y Ecuador durante la década de los 90 permitieron la construcción de democracias constitucionales garantistas de derechos, así como la introducción de elementos de los modelos de control constitucional americano y europeo en la jurisdicción constitucional.

Finalmente, a inicios del siglo XXI, durante una tercera etapa constituyente, Ecuador y Bolivia proclamaron en sus constituciones preceptos propios de los pueblos y nacionalidades andinas, hecho que representó la reivindicación de los derechos sociales de los grupos poblacionales invisibilizados por las cartas constitucionales anteriores (Bejarano & Segura, 2013); así como el reconocimiento de derechos que se inspiraron en una visión propia del Derecho andino, a través de la concepción de una nueva perspectiva de la identidad nacional y la proclamación del pluralismo cultural en todas sus formas (Gaviria et al., 2012). Dicho de otro modo, surgió un modelo de Estado constitucional que se construyó a partir del reconocimiento de las diferencias y la diversidad cultural.

En esta misma línea, a partir de los nuevos textos constitucionales, en la región Andina se promovió la construcción de sociedades



plurales, elemento esencial del nuevo constitucionalismo emergente. “*El concepto de pluralismo jurídico se abarca una serie amplia y disímil de fenómenos sociales de control y regulación social, entre los que se destacan aquellos que se dan al interior de las comunidades tradicionales, en las nuevas comunidades excluidas o marginadas*” (Gaviria et al., 2012, p. 199). Así, los tribunales constitucionales cumplen un papel fundamental para preservar el equilibrio entre los poderes del Estado y la defensa de los derechos constitucionales a través del control de la ley y su interpretación conforme a la Constitución.

A pesar de que existen diferencias dogmáticas y orgánicas entre las constituciones de los países de la región Andina, también hay elementos en común que permiten elaborar un estudio comparativo acerca de la jurisdicción constitucional. Colombia, Ecuador y Bolivia implementaron un organismo especializado, responsable de la jurisdicción constitucional, con atribuciones suficientes para delinear los márgenes de relación entre los poderes del Estado y la sujeción a la Constitución y la ley.

Asimismo, las cortes constitucionales en los países andinos cumplen un papel importante en la materialización de los derechos sociales, dadas las situaciones de desigualdad que predominan en la región. No obstante, su posición de *veto players* (Sotomayor, 2019) se convierte en un tema a discutir, en cuanto que esta se refiere a la legitimidad democrática y a los métodos de selección de sus miembros. Por tanto, es indispensable una jurisdicción constitucional independiente, a fin de legitimar las decisiones que resuelven casos relacionados con la materialización de los derechos sociales, dado el impacto de estas sentencias en las políticas de los Estados y las decisiones de los gobiernos. De ahí la importancia del equilibrio entre democracia y Derecho, y la sujeción de los poderes del Estado a los fallos que dicte la Corte Constitucional.

Las cortes constitucionales de la región Andina, al igual que los tribunales constitucionales europeos o la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, poseen amplias atribuciones para garantizar que las actuaciones de los poderes del Estado no excedan las atribuciones que la Constitución les confirió. En definitiva, los tribunales constitucionales ejecutan el control tanto de las actuaciones de los poderes del Estado como de la constitucionalidad de la ley y las normas con fuerza de ley. En el presente capítulo se abordan las competencias de los tribunales constitucionales andinos para efectuar el control de la ley y el cumplimiento de las sentencias en materia constitucional.

### **3.2. Estructura de la jurisdicción constitucional en Colombia**

La Constitución colombiana en el art. 240 atribuyó a la Corte Constitucional la calidad de guardián de la Constitución: “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. De este modo, la Corte es responsable de garantizar la aplicación de forma íntegra del contenido de la Constitución y la constitucionalidad de las actuaciones del poder público y la ciudadanía en general. De igual forma, a través de las garantías jurisdiccionales y la aplicación del control de constitucionalidad, se garantiza la protección de los derechos fundamentales. *“Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza”*. (Gaviria et al., 2012, p. 105)

Durante los primeros años de funcionamiento la Corte Constitucional tuvo que afrontar el desafío de establecer las bases de la jurisdicción constitucional, situación que permitió fortalecer su papel como guardián del orden constituido. Por

otra parte, la Corte Constitucional de Colombia, a través de las primeras sentencias, desarrolló varios derechos fundamentales que no se encontraban escritos de forma expresa en la Constitución: eutanasia, aborto, consumo de drogas, vivienda, religión, indígenas, y derechos económicos y sociales (Molina Betancur, 2007).

Asimismo, por medio de sus desarrollos jurisprudenciales reconoció la teoría del bloque de constitucionalidad como un instrumento de defensa de los derechos humanos. La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-225-95, conceptualizó al bloque de constitucionalidad como “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”. Así, el respeto a la institucionalidad garantiza el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte Constitucional y es la base sobre la que se afianza el prestigio de la Corte y su legitimidad frente al poder constituido.

### **3.2.1. Corte Constitucional de Colombia**

La Constitución colombiana establece que la Corte Constitucional se conformará por un número “impar” de Magistrados, ya que la cantidad de miembros de la Corte Constitucional podría aumentar conforme a las disposiciones normativas y cambios en la estructura institucional para sustanciar los procesos de carácter constitucional. En la actualidad, la Corte Constitucional de Colombia se encuentra conformada por nueve magistrados (art. 44, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), quienes ejercen funciones por un periodo de ocho años sin opción a reelección.

El Senado es el responsable de elegir por periodos individuales a los nuevos magistrados de la Corte Constitucional de entre las ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Asimismo, la ley prohíbe la elección de miembros que un año antes hubieran ejercido cargos de ministro del despacho, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

La Corte Constitucional se organiza en tres secciones: la sala plena, cuatro salas de selección y nueve salas de revisión. El pleno de la Corte se encuentra integrado por los nueve magistrados, sesiona en pleno para dictar sentencia sobre los procesos de constitucionalidad y acciones de tutela, con el fin de unificar la jurisprudencia, resolver las excusas de las autoridades que deben comparecer ante comisiones permanentes del Congreso y los incidentes de impedimento y recusación de los magistrados y conjueces. Asimismo, el pleno designa a los magistrados que integran las salas de selección y revisión y para elegir cada año un presidente, un vicepresidente y un secretario del órgano constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Por otro lado, cada sala de selección se conforma con dos magistrados, responsables de seleccionar de entre las sentencias de tutela los procesos que serán objeto de control. Dicho esto, las acciones de tutela se distribuyen entre todos los magistrados, que deben presentar un proyecto de sentencia ante las salas de revisión. Dichas salas se conforman por tres magistrados: cada uno preside una sala de revisión y es miembro de otra, a fin de confirmar, reformar o revocar los fallos de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, en los casos en que la sala no estime la revisión de una acción de tutela, cualquier magistrado, el Procurador General, el Defensor del Pueblo o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede presentar un recurso de súplica para que se incluya la

acción de tutela que fue excluida por la Sala de Selección. Una vez resueltas la revisión de las acciones de tutela, se notificará al juez de instancia para que, en caso de ser procedente, cumpla con la ejecución de lo resuelto por la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

La Constitución concibió la Corte Constitucional como un organismo que forma parte del Poder Judicial, en consecuencia, la tutela de los derechos constitucionales se volvió una responsabilidad directa tanto de la jurisdicción constitucional como de la ordinaria al colocar a *“la Corte Constitucional en la Constitución de 1991, como una corporación igual a las demás cortes, le impide actuar como Tribunal de cierre de la justicia constitucional, de tal manera que aquellas se sometan a sus decisiones”* (Echeverri, 2016, p. 42). Al configurar la Corte Constitucional como parte del Poder Judicial, hubo una disminución de la desconfianza institucional que ocasionalmente surge cuando se efectúan cambios en el modelo de Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia durante los primeros años de funcionamiento dictó sentencias que permitieron la protección de los derechos sociales de los colombianos; no obstante, las resoluciones de la Corte Constitucional se encuentran circunscritas a los límites que establece la Constitución para el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Dicho de otro modo, las decisiones de naturaleza política corresponden a las instituciones que la Constitución atribuyó competencias para cumplir con la administración del Estado. A este respecto, *“el control que ejerce la Corte Constitucional colombiana sobre la constitucionalidad de las normas de inferior o igual jerarquía es en principio un control judicial; sin embargo, en ciertas ocasiones su control ha sido considerado más político que jurídico”*. (Molina Betancur, 2007, p. 216)

La Constitución confirió a la Corte Constitucional atribuciones exclusivas para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley, las reformas constitucionales, convocatorias a referendo y consultas populares, convocatorias de Asamblea Constituyente, demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos o decretos presentadas por los ciudadanos, y tratados internacionales; para conocer las objeciones de los poderes del Estado contra los proyectos de ley y leyes estatutarias, contra los decretos extraordinarios dictados por el Presidente de la República, los decretos del plan de desarrollo, los decretos declaratorios de Estado de excepción; y para revisar la constitucionalidad de las sentencias de tutela.

Por otra parte, las sentencias que dicta la Corte Constitucional tienen efecto de cosa juzgada, por tanto, las normas jurídicas que se declaren inexecutable no podrán ser aplicadas (art. 243). Asimismo, a través de fallos jurisprudenciales la Corte Constitucional ha ampliado las atribuciones que la propia Constitución le confirió mediante un proceso de *vis expansiva*, es decir, asumió competencias y modificó ciertos procedimientos al ejercer el control de constitucionalidad.

*“Dos ejemplos de esta vis expansiva se encuentran en las sentencias que deciden la constitucionalidad del reglamento del Consejo Nacional Electoral y del Decreto Ley que reglamentaba el sistema acusatorio: en ambos casos se trataba de categorías que si bien formalmente debían ser controladas de una forma, por su contenido material fueron objeto de un procedimiento de control diferente”*. (Gaviria et al., 2012, p. 54)

De igual manera, las sentencias de la Corte Constitucional surten efecto temporal hacia futuro o *ex nunc*. No obstante, la Constitución faculta a la Corte Constitucional a dictar sentencias con efecto retroactivo o *ex tunc* de forma excepcional, incluso con efecto diferido. Es facultad de la Corte Constitucional establecer el efecto temporal de sus sentencias, tal como se

estableció en Sentencia C-113-93, que resolvía el análisis de constitucionalidad del Estatuto de la Administración de Justicia; la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo que establecía de forma específica los casos en que la Corte podía dictar sentencias con efecto retroactivo, ya que *“la ley no podía regular los efectos de los fallos de la Corte, pues esa atribución era propia de la Constitución o, en su defecto, del Tribunal Constitucional”*. (Echeverri, 2016, p. 38)

Cabe resaltar que la Corte Constitucional de Colombia fue la primera de la región Andina en dictar sentencias de carácter interpretativo, modulativo, aditivo o sustitutivo para adecuar la ley objeto de control al contenido de la Constitución.

A pesar de lo anterior, la protección de los derechos constitucionales confronta en varias ocasiones a la Corte Constitucional con los poderes del Estado. El éxito de la Corte se encuentra en su capacidad de dictar sentencias de forma autónoma e independiente de los poderes del Estado. Así, la institucionalidad que demostró durante los primeros años en funciones, la labor garantista en defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales convirtieron a la Corte Constitucional en una de las instituciones del Estado con mayor prestigio en Colombia y la región.

En definitiva, las sentencias de la Corte Constitucional se volvieron referentes paradigmáticos que impulsaron el desarrollo de la jurisdicción constitucional, al convertirse en “pionera de la revolución social” (Molina Betancur, 2007) entre los países de la región Andina.

### **3.2.2. Consejo de Estado**

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, la Corte Constitucional no es el único órgano responsable de aplicar el control de constitucionalidad. Es consabido que la Corte ejerce sus atribuciones conforme al artículo 241 CC; dicho de otro modo, la

facultad de aplicar el control de constitucionalidad con efectos generales se encuentra dividida. Por tanto, corresponde a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de la ley con efectos generales, y al Consejo de Estado resolver las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos.

A la luz de lo anterior, resulta evidente que la competencia para interpretar la Constitución se encuentra dividida entre los organismos que conforman la rama judicial. A diferencia del control constitucional que realiza el Tribunal Constitucional de España, Italia y Alemania, la Corte Constitucional de Colombia no ejerce el monopolio del control constitucional, tal como sucede en el modelo europeo clásico (Echeverri, 2016).

Cualquier ciudadano puede plantear ante el Consejo de Estado la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos que dicte el gobierno nacional, así como también contra los actos administrativos de carácter general que emitan los demás organismos del Estado.

En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano promueve la participación de los ciudadanos en las acciones de control de constitucionalidad tanto de la ley como de los actos administrativos. *“De ahí que las ordenanzas dictadas por las asambleas departamentales y los acuerdos expedidos por los concejos municipales, a través de la acción de nulidad, no solamente sean objeto de control de legalidad sino también de constitucionalidad”*. (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 303)

Por otro lado, la Constitución confiere al Consejo de Estado la atribución de administrar justicia constitucional en la jurisdicción contencioso-administrativa; en otras palabras, encarga la defensa de la Constitución frente a las actuaciones de los organismos del Estado. *“Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”* (Asamblea Constituyente de Colombia,



1991). Lo cierto es que el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Pulido Ortiz, 2018a).

En conclusión, la Constitución, al concebir un órgano de jurisdicción constitucional como parte del Poder Judicial, impulsó la descentralización del control de constitucionalidad, pues dividió, entre la jurisdicción constitucional, ordinaria y administrativa, el deber de aplicar el control de constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los organismos del Estado, situación que permitió la defensa de los derechos de los colombianos en todos los niveles, tanto administrativos como jurisdiccionales.

### **3.3. Mecanismos de control de constitucionalidad en Colombia**

La Constitución de Colombia implementó un modelo de control mixto de constitucionalidad, confirió a los jueces ordinarios la facultad de declarar la inaplicación de ley en el caso *sub judice*, y reservó para la Corte Constitucional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos generales. En este sentido, la jurisdicción constitucional colombiana se concibió a la luz de los preceptos del garantismo constitucional europeo, sin dejar de lado ciertos elementos que son propios del control difuso americano. Dicho de otra forma, “*involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción*”. (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 283)

No obstante, no existe en la Constitución un artículo en específico que atribuya a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución, dado que existen otros órganos jurisdiccionales con la potestad de aplicar el control de constitucionalidad; y tampoco se establece de forma literal la obligación de las instituciones públicas de acatar las sentencias de la Corte Constitucional con efecto vinculante. En esta misma línea, la Constitución colombiana no incorporó el principio *stare*

decisis del sistema norteamericano, que obliga a los jueces ordinarios a sujetarse a las decisiones de la máxima Corte en materia constitucional.

*“No existe ningún principio o mandato en la Constitución colombiana al estilo de los contenidos en la Constitución alemana y española, de acuerdo con los cuales las decisiones de sus Tribunales Constitucionales ‘obligan a todas las autoridades – incluidos los jueces y a los particulares–’. Tampoco existe una institución como el stare decisis del sistema norteamericano, que obliga a todos los tribunales y jueces de los Estados Unidos a someterse a las decisiones de la Corte Suprema”.* (Echeverri, 2016, p. 42)

En los siguientes epígrafes se analizan los instrumentos jurídicos de los que dispone el sistema de justicia para declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de la ley, dado que la Constitución colombiana dividió las competencias para aplicar el control de constitucionalidad de la ley entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

### **3.3.1. Acción pública de inconstitucionalidad**

La Corte Constitucional, por regla general, analiza la constitucionalidad de la ley en el sentido formal y material. El recurso de inconstitucionalidad procede contra proyectos o leyes aprobadas por el Congreso; por tanto, la Constitución atribuye a la Corte Constitucional la competencia para ejecutar el control previo y posterior de la ley.

Por otro lado, cada sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos ante la Corte Constitucional afianza la constitucionalidad de las leyes del Poder Legislativo y, de forma concomitante, legitima la eficacia de la jurisdicción constitucional. Dicho de otro modo, la legitimidad de los fallos que dicta la Corte Constitucional se basa en el fiel cumplimiento de las atribuciones constitucionales.

La legitimación activa para presentar la acción de inconstitucionalidad es de carácter popular, al permitir el acceso a la jurisdicción constitucional a todos los ciudadanos colombianos. *“En Colombia se optó por la configuración pública de la acción de inconstitucionalidad. El derecho de acción es un derecho de naturaleza eminentemente política en los términos del artículo 40 de la Constitución”* (Gaviria et al., 2012, p. 38). Asimismo, el defensor del pueblo puede presentar la acción de inconstitucionalidad en calidad de promotor y defensor de los derechos humanos de los colombianos.

En consecuencia, la acción pública de inconstitucionalidad procede en cualquier instante contra las leyes vigentes, tanto por razones de validez sustancial como en los casos en que se presume la existencia de los vicios de procedimiento en su elaboración. *“La interposición de la acción tiene una justificación intrínseca como episodio de la vida democrática y está, por lo tanto, desligada de cualquier proceso específico en curso o de la eventual aplicación de la ley a un caso concreto”*. (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 284)

De igual forma, los actos legislativos, la convocatoria a referéndum, la consulta popular o el acto de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente podrán ser objeto de acción pública de inconstitucionalidad en el plazo de un año y antes del pronunciamiento popular en las urnas, a fin de evitar la colisión entre el principio democrático y el Derecho.

Por otra parte, por primera vez en Colombia, y en uno de los países de la región Andina, la Corte Constitucional estableció la procedencia del recurso de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas. En sentencia la Corte estableció que la falta de legislación vulnera los derechos fundamentales que se proclaman en la Constitución; no obstante, a la luz del principio de independencia de los poderes del Estado, no todas las omisiones del legislador son susceptibles de control constitucional,

por tanto, la acción pública de inconstitucionalidad procede cuando es una obligación constitucional específica y concreta del Poder Legislativo. Dicho de otra forma, cuando se trata de la obligación de hacer.

*“De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la carta proviene, no del derecho positivo preexistente –fruto de la acción legislativa ordinaria o especial– como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer. No obstante, lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional”.* (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

El recurso de inconstitucionalidad se debe presentar por escrito, y en su contenido se deben establecer de forma específica y motivada tanto la norma jurídica inconstitucional como las normas de la Constitución que se vulneran. En los casos en que el recurso de inconstitucionalidad no cumpla con los requisitos que establece la ley, el accionante dispone de tres días para completar la acción (Colombia. Presidencia de la República, 1991). Cuando la Corte Constitucional ha dictado sentencia sobre la constitucionalidad de la ley respecto a la misma causa y objeto, el auto de inadmisibilidad es definitivo. En los demás casos en que la Corte Constitucional declare la inadmisibilidad

de la acción, el accionante podrá presentar recurso de súplica ante el pleno de la Corte.

Una vez admitido el recurso, dentro del mismo auto se establecerán las normas sujetas a control de constitucionalidad. Cualquier otro ciudadano puede impugnar o defender la constitucionalidad de la ley; y, de considerarlo pertinente, el juez ordenará la práctica de pruebas en el término de 10 días. Por tanto, se deberá notificar con el contenido del recurso al procurador general de la nación (Colombia. Presidencia de la República, 1991).

En ese sentido, la Corte Constitucional conocerá en pleno el proyecto de sentencia del juez sustanciador. En caso de que el proyecto no se apruebe, se designará un nuevo juez ponente para que elabore un nuevo proyecto de sentencia conforme a la posición de la mayoría del pleno; no obstante, a fin de garantizar la autonomía de los magistrados de la Corte Constitucional, los jueces que no se encuentren conformes con la decisión del pleno pueden redactar un voto salvado que deberá contener las razones de la posición contraria a la mayoría. Igualmente, en caso de votar a favor del fallo de la Corte, pero no compartir las motivaciones que lo fundamentan, los magistrados tienen la facultad de presentar un voto concurrente que contendrá los fundamentos propios que sostienen su voto a favor de la sentencia que dicta el pleno (Colombia. Presidencia de la República, 1991).

Finalmente, la Corte Constitucional en pleno deberá dictar sentencia en el término de 60 días. La declaración de inexecutable de la ley impide su aplicación mientras la norma constitucional que sirvió de base para resolver la acción pública de inconstitucionalidad se encuentre vigente. Dicho de otra forma, la Corte Constitucional de Colombia es competente para declarar la inaplicación de la ley, pero no su expulsión del sistema normativo.

### 3.3.2. La excepción de inconstitucionalidad

El artículo 4 de la Constitución atribuye a los jueces de la jurisdicción ordinaria la competencia para aplicar el control concreto de constitucionalidad: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Todos los jueces o funcionarios en ejercicio de facultades jurisdiccionales, a través de la excepción de inconstitucionalidad, pueden inaplicar la ley al considerar que esta vulnera derechos constitucionales de las partes procesales.

La Constitución de Colombia no contempla en su forma propia la cuestión de inconstitucionalidad como un instrumento para aplicar el control sobre las leyes en procesos judiciales, por tanto, en el sistema judicial colombiano el control concreto de constitucionalidad no se encuentra sujeto a revisión por parte de la Corte Constitucional. En palabras de Cifuentes (2002), “*el valor normativo de la Constitución, fuente del control constitucional difuso, que es directo y no requiere de una ulterior regulación legal sustantiva o procedimental para que sea efectivo*” (p. 301). Por lo señalado en líneas anteriores, la forma de aplicar la excepción de inconstitucionalidad podría suponer un riesgo para los principios de legalidad y seguridad jurídica, dado que jueces ordinarios pueden resolver casos análogos aplicando distintos criterios interpretativos.

La excepción de inconstitucionalidad permite a los administradores de justicia emitir juicios de constitucionalidad en los procesos que se encuentran bajo su conocimiento. Esta excepción de inconstitucionalidad procede a petición de parte u oficio contra la aplicación de leyes que servirán de base para resolver procesos judiciales, siempre que no exista sentencia de la Corte Constitucional que resuelva la constitucionalidad de la norma en cuestión. Así, las sentencias que dictan los jueces

ordinarios al resolver la excepción de inconstitucionalidad vinculan de forma exclusiva a las partes procesales.

A la luz de estas consideraciones, la excepción de inconstitucionalidad es un procedimiento discordante con la concepción integral del sistema de justicia que se implementó en la Constitución. Por tanto, a través de una reforma se podría atribuir a la Corte Constitucional la potestad de revisar las sentencias que determinan la inconstitucionalidad de la ley por vía de excepción, como es lo propio en los sistemas de justicia constitucional. Esta posición es compartida por algunos juristas colombianos (Echeverri, 2016).

### **3.3.3. Acción de tutela**

La acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona que considere que sus derechos constitucionales se encuentran en riesgo o que fueron vulnerados: *“constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales”* (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 293); no obstante, no cabe su interposición en defensa de derechos de terceros, salvo para las excepciones que establezca la ley.

Esta acción, a través de los procesos de selección y revisión, permitió a la Corte Constitucional dictar precedentes jurisprudenciales que se convirtieron en auténticas normas jurídicas que protegen los derechos de los colombianos. A través de esta vía, la Corte desarrolló los conceptos del mínimo vital, el derecho a la muerte digna, el derecho a la vivienda, y el derecho a la salud de las personas que padecen enfermedades catastróficas. *“En las sentencias de tutela, la Corte Constitucional puede crear normas particulares y concretas en el decisorio de las sentencias de tutela. Pero también ejerce un poder normativo general y abstracto cuando, en sentencias de tutela, expide reglamentaciones jurisprudenciales y cuando declara los efectos inter pares”* (Pulido Ortiz, 2018b, p. 324). En definitiva, la

acción de tutela fortaleció el vínculo social e institucional entre los colombianos y la Corte Constitucional; y, a tal efecto, la Corte legitimó sus actuaciones al situarse como una de las instituciones estatales con mayor confianza entre los colombianos.

Por ese motivo, la acción de tutela se debe plantear ante los jueces ordinarios de primera instancia, y puede proceder en cualquier instante contra actuaciones de autoridades públicas o privadas que amenacen o vulneren los derechos constitucionales, *“por tratarse de derechos fundamentales tampoco prescribe o caduca, se mantiene vigente mientras dure la amenaza o la vulneración del derecho fundamental”*. (Molina Betancur: 2007, p. 228)

En ese orden de ideas, la acción de tutela garantiza la protección de los derechos fundamentales tanto ante los poderes del Estado como contra particulares (Corte Constitucional de Colombia, 1993). *“La acción de tutela se erige en la garantía judicial a la que se puede acudir a fin de prevenir que las supremacías privadas no se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas”* (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 296). En resumen, por vía tutelar no es posible declarar la inconstitucionalidad de la ley; por lo que el control de constitucionalidad en Colombia se circunscribe a la acción pública de inconstitucionalidad.

Por otra parte, a través de la revisión tutelar, la Corte Constitucional dicta reglamentos de carácter general y abstractos, conocidos como reglamentaciones jurisprudenciales. Un ejemplo de la facultad normativa que ejerce la Corte Constitucional al revisar las acciones tutelares es la Sentencia T-970 de 2014, que resuelve la tutela del derecho a morir con dignidad.

Dentro del proceso en mención, la Corte Constitucional dictó normas generales que establecen el procedimiento de muerte asistida a las personas que sufran de una enfermedad que produzca dolores intensos; para tal efecto, el solicitante debe



expresar el consentimiento libre, informado e inequívoco. Asimismo, la Corte ordenó a los órganos legislativos y administrativos que elaboren las normas jurídicas que garanticen el cumplimiento de la sentencia. *“Es decir que, en este tipo de sentencias, existen, además del dispositivo o decisorio de la sentencia, reglas de contenido general y abstracto (la reglamentación jurisprudencial)”*. (Pulido Ortiz, 2018b, p. 321)

Según el art. 241.9 de la Constitución colombiana todos los procesos de acción de tutela se remiten de forma mensual a la Corte Constitucional (Asamblea Constituyente de Colombia, 1991). Con el objeto de garantizar la debida actuación de los jueces ordinarios, se seleccionan procesos que permitan a la Corte dictar precedentes vinculantes, o generar cambios en la línea jurisprudencial. Dicho de otro modo, *“los precedentes de la Corte Constitucional ejercen autoridad vertical respecto de la totalidad de la jurisdicción en Colombia”*. (Pulido Ortiz, 2018a, p. 144)

Las salas de selección de la Corte Constitucional se encargan de admitir a trámite los procesos que serán objeto de revisión, y los procesos seleccionados se asignan de forma aleatoria entre las nueve salas de revisión. *“Dentro de las ventajas de este modelo, se encuentra el hecho de que la integración de las salas de revisión y decisión varía mensualmente de manera rotativa y por sorteos, permitiendo su fluidez permanente”* (Escobar, 2011, p. 66). Dado que la revisión de tutela es un instrumento que garantiza los derechos constitucionales, según el art. 33, Ley 2591 cualquier magistrado o el defensor del pueblo puede insistir en la revisión de un caso tutelar (Colombia. Presidencia de la República, 1991).

Asimismo, la Corte Constitucional, al realizar los procesos de selección y revisión, aplica los principios básicos del *certiorari*, una atribución discrecional que la Constitución confirió al órgano jurisdiccional. Ante esta situación, el Congreso propuso que

el 5 % de las decisiones que se remitan a la Corte de forma mensual debían ser objeto de revisión. Resultará evidente que esta propuesta de ley vulneraba el principio de autonomía de la Corte Constitucional (Cifuentes Muñoz, 2002). A este respecto, con el fin de garantizar la independencia de sus actuaciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional de Colombia (1996), estableció mediante la Sentencia C-37 de 1996 que la revisión de los procesos de tutela “*se trata de una atribución libre y discrecional de la corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano*”. (Corte Constitucional de Colombia, 1996)

Por otra parte, en el mismo fallo, la Corte Constitucional ratificó que las sentencias de revisión de tutela sirven de criterio auxiliar de los jueces al dictar sentencias. Una vez que se publica en el registro oficial, la decisión de la Corte Constitucional se remite al juez de instancia para que cumpla en lo que corresponda.

### **3.3.4. Control previo de constitucionalidad**

La Corte Constitucional aplicará el control previo sobre los proyectos de ley que objete el Presidente de la República, las leyes estatutarias aprobadas por el Congreso y los tratados internacionales. Dicho de otro modo, el control previo de constitucionalidad garantiza la elaboración de leyes al tenor del contenido de la Constitución. “*El control que ejerce la Corte Constitucional en única instancia sobre ciertas normas, en ocasiones solo en la forma, en otras sobre el fondo, no es exclusivo, pertenece al llamado modelo constitucional de control difuso que se combina con modalidades de control previo, posterior y automático*”. (Molina Betancur, 2007, p. 222)

Ahora bien, el Presidente de la República puede objetar un proyecto de ley al considerar que su aprobación contraviene a la Constitución. En los casos en que el Congreso insista en la aprobación del proyecto de ley será remitido a la Corte Constitucional a través del presidente del Congreso. El expediente deberá contener los fundamentos de la objeción presidencial y de las Cámaras que consideran constitucional el proyecto de ley.

En todos los casos, a fin de garantizar la defensa de los intereses del Estado, el procurador general de la nación se encuentra en la obligación de rendir concepto. El procedimiento para resolver el recurso de constitucionalidad de forma previa o posterior es igual, la diferencia se encuentra en los términos que establece la Constitución en el artículo 167.

De otra parte, la Constitución de Colombia establece el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de leyes estatutarias aprobadas por el Congreso. Las leyes estatutarias, a diferencia de las ordinarias, deben reunir mayores requisitos para su aprobación, además de que norman un derecho en particular.

Asimismo, para que un tratado internacional entre en vigor este deberá ser objeto del control de constitucionalidad. El control previo a la ratificación de los tratados internacionales garantiza la supremacía de la Constitución frente a los instrumentos internacionales suscritos por el Presidente; este tipo de procedimiento afianza la armonía entre el orden jurídico nacional y los tratados internacionales que ratifique el Estado colombiano; así, la seguridad jurídica se fortalece. Por tanto, el Presidente de la República deberá enviar a la Corte Constitucional el tratado internacional y la ley que aprueba su vigencia en los seis días siguientes. El procedimiento es análogo a la aprobación de leyes estatutarias (Cifuentes Muñoz, 2002).

### 3.4. Estructura de la jurisdicción constitucional en el Ecuador

La jurisdicción constitucional ecuatoriana se encuentra compuesta por un conjunto de órganos judiciales responsables de garantizar y defender los derechos constitucionales. El artículo 428 de la Constitución de la República (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) confiere a los jueces ordinarios, en calidad de jueces de garantías constitucionales, la facultad de plantear en casos concretos una especie de control preventivo de constitucionalidad a través de la consulta de constitucionalidad de la ley. En consecuencia, todos los jueces son garantes de la Constitución.

La estructura de la jurisdicción constitucional garantiza la sujeción del Estado y sus miembros a la Constitución (Montaña & Porras, 2012). De tal modo, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional confirieron a los jueces de la jurisdicción ordinaria competencias para resolver los procesos de acción de protección, medidas cautelares, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública y la acción de incumplimiento. Por otra parte, las cortes provinciales resuelven los recursos de apelaciones que se presentan contra los autos de sentencias emitidos por los jueces de primer nivel y las acciones de habeas corpus que involucran a personas con fuero provincial.

En ese sentido, la Corte Nacional de Justicia es el órgano jurisdiccional de mayor rango dentro del Poder Judicial y conoce los recursos de apelación de las acciones de habeas corpus resueltas por los jueces de las cortes provinciales, además de sustanciar los procesos judiciales que involucren a representantes del Estado que gocen de fuero nacional. En suma, la Constitución confirió a todos los jueces competencias jurisdiccionales en defensa de la Constitución y, a la vez, concentró en la Corte Constitucional la competencia exclusiva

para expulsar del ordenamiento jurídico a las leyes contrarias a la Constitución. “*La versión ecuatoriana del control judicial de constitucionalidad ha derivado en la conformación de un sistema mixto que se encuentra a medio camino entre el sistema difuso y el concentrado, el cual entrega a los jueces ordinarios un control incidental de la constitucionalidad de la aplicación de la ley*”. (Gaviria et al., 2012, p. 16)

### **3.4.1. Corte Constitucional del Ecuador**

La Asamblea Constituyente del Ecuador atribuyó a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución. Dicho esto, es el único organismo del Estado que aplica el control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas y los actos administrativos.

La Corte Constitucional al realizar un control que puede ser abstracto o concreto se convierte en el guardián del orden constituido, ya que al aplicar el control sobre la ley y las actuaciones de los poderes públicos interviene de forma activa en la consolidación del Estado de Derecho.

Por su parte, el art. 434 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que los magistrados de la Corte Constitucional serán designados por una comisión integrada por dos representantes de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008); y, a fin de garantizar la independencia de la jurisdicción constitucional, los miembros de la Corte Constitucional no podrán ser removidos por el órgano que los designó.

En consecuencia, la Corte Constitucional es un órgano independiente, posee autonomía administrativa y financiera, y está conformada por nueve magistrados que ejercen funciones durante un periodo de nueve años, sin opción de participar en los procesos de selección de forma inmediata (Ecuador.

Asamblea Nacional Constituyente, 2008). El presidente de la Corte Constitucional será el encargado de representar legal, judicial y extrajudicialmente a la Corte; convocará y presidirá las reuniones que se lleven a efecto, ya sea para la aprobación del proyecto de presupuesto de la Corte o para la designación de funcionarios y empleados a través de concursos públicos.

*“La Corte Constitucional, actor que tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto las injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios. Frente a la noción de independencia judicial (noción negativa) que destaca la ausencia de injerencias indebidas sean políticas, mediante corrupción u otro tipo de presiones, la concepción crítica busca integrar esta noción negativa a otra positiva que destaca también el poder propio y específico del juez constitucional”.* (Grijalva, 2012, p. 199)

El pleno de la Corte Constitucional será presidido por el presidente de la Corte y se tomarán decisiones con al menos cinco votos por parte de los jueces para aceptar o denegar los casos puestos en su conocimiento. Además, el pleno de la Corte designará de forma rotativa y temporal a los magistrados de las salas y ejercerá la función disciplinaria de los jueces conforme lo determine la ley.

Por otro lado, según el art. 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la Corte Constitucional de manera interna se organiza en tres salas: de admisión, de selección y de revisión. Cada una se conforma por tres jueces, designados mediante un sorteo por un periodo de 30 días (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Culminado el periodo de funcionamiento, se reorganizarán las salas conforme al mismo procedimiento que establece la codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

En ese sentido, las salas de admisión determinan si es procedente el planteamiento de procesos jurisdiccionales ante la Corte. Previa presentación del proyecto de providencia a cargo del juez ponente, la sala emitirá un auto de admisión o inadmisión. En los casos en que estime pertinente, la sala de admisión, de conformidad con el art. 83 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional enviará a completar o aclarar la demanda en el término de cinco días (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Los autos no son susceptibles de apelación (Montaña et al., 2012).

Así las cosas, la sala de selección se conforma de manera aleatoria, similar a las salas de selección de la Corte Constitucional colombiana (Escobar, 2011). Esta se encarga de escoger de forma discrecional las sentencias que serán objeto de revisión, no obstante, se deben observar los parámetros que establece el artículo 25.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). La selección de las sentencias se realizará de forma aleatoria entre las dictadas por los jueces de instancia en materia de garantías jurisdiccionales y las resoluciones de medidas cautelares; aun así, no cabe la interposición de recurso alguno contra las decisiones de la sala de selección. Las salas de revisión avocarán conocimiento de las sentencias en casos de acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública, así como resoluciones de medidas cautelares.

Una vez que la sala de revisión recibe los procesos seleccionados, esta designa mediante sorteo al juez ponente, responsable de elaborar el proyecto de sentencia que será puesto en conocimiento de la sala en un término de 15 días. Luego, en el término de cinco días, la sala de revisión remite el expediente con el proyecto de sentencia a la secretaría general. Finalmente, el pleno de la Corte Constitucional emite sentencia en el término

de 20 días posteriores a la recepción del expediente. Una vez adoptada la decisión, el expediente será remitido al juez competente de primera instancia para que notifique la sentencia a las partes y la ejecute dentro del término razonable que se establecerá en la propia sentencia, según lo dispuesto en el art. 28 del Reglamento Sustanciación Procesos Competencia Corte Constitucional (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

Con respecto al artículo 436 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), este confiere a la Corte Constitucional las siguientes atribuciones: interpretar la Constitución con efecto general y vinculante para los poderes del Estado, realizar el control abstracto de constitucionalidad de la ley y las normas con fuerza de ley, aplicar el control integral de constitucionalidad sobre las normas conexas, declarar la inconstitucionalidad por omisión, controlar el cumplimiento de normas generales y las disposiciones de los organismos internacionales de derechos humanos, resolver los conflictos de competencias entre los órganos constitucionales, emitir un dictamen de constitucionalidad de los decretos de Estado de excepción, y controlar la constitucionalidad de las consultas populares y de otros actos políticos, como la disolución de la Asamblea o la destitución del Presidente o el Vicepresidente de la república.

Por otra parte, se requiere un dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional para el inicio del juicio político en contra del Presidente o el Vicepresidente de la república, un dictamen favorable para la destitución del Presidente o el Vicepresidente de la república, y un dictamen favorable en caso de que el Presidente decreta la disolución del Poder Legislativo por arrogación de funciones. Mientras se convoque a elecciones y se elijan los miembros del Poder Legislativo, el Presidente requerirá el dictamen favorable de la Corte Constitucional para emitir decretos de urgencia en materia económica.



A fin de garantizar la seguridad jurídica, la Corte Constitucional, por regla general, interviene a petición de parte, salvo con ciertas excepciones que la propia Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), facultan a la Corte para actuar de oficio (Grijalva, 2012). En definitiva, la Corte Constitucional ecuatoriana es un auténtico tribunal de justicia, pues las sentencias que dicta obligan a los poderes del Estado a su cumplimiento.

### **3.5. Mecanismos de control de constitucionalidad en Ecuador**

La Corte Constitucional realiza el control previo y posterior de la ley a través de la acción pública de inconstitucionalidad y la consulta de constitucionalidad. Una vez que la ley se publica en el registro oficial, es posible demandar su inconstitucionalidad por vicios materiales o formales; y, en el caso de las reformas constitucionales, solo por vicios de procedimientos y cuestiones formales. Por otra parte, la Corte a través de la acción extraordinaria de protección realiza el control de las acciones de tutela que sustancian los jueces de la jurisdicción ordinaria.

En lo que concierne a la Constitución de la República del Ecuador, implementó un conjunto de garantías jurisdiccionales a fin de garantizar los derechos de las personas. Del mismo modo, se atribuyó a la Corte Constitucional la competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley; no obstante, ello corresponde a todos los jueces. *“Se requieren... la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación”*. (Ávila, 2012, p. 210)

#### **3.5.1. Acción pública de inconstitucionalidad**

La acción pública de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, y en

concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), es un proceso de naturaleza abstracta que incorpora varios elementos del control de constitucionalidad abstracto colombiano (Escobar, 2011). Según el art. 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de inconstitucionalidad procede contra leyes, decretos de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; contra los actos administrativos de carácter general, enmiendas, reformas constitucionales y resoluciones legislativas que aprueban los tratados internacionales (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Dicho esto, es una forma de control posterior a la promulgación de la ley.

Con respecto a la acción pública de inconstitucionalidad, se trata de un procedimiento que garantiza el acceso a la jurisdicción constitucional a todas las personas; de esta forma, los ecuatorianos se encuentran legitimados para solicitar el control de constitucionalidad de forma individual o colectiva, tal como establece el artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) (Montaña et al., 2012). En suma, concebir la acción pública de inconstitucionalidad como un recurso que se ejerce de forma popular permite la democratización de la jurisdicción constitucional, ya que la tutela de los derechos que proclama la Constitución de la República del Ecuador es un deber de todos los ecuatorianos.

En el caso de que los ciudadanos aprueben mediante referéndum la reforma o la enmienda de la Constitución, la demanda de inconstitucionalidad procederá contra vicios formales o de procedimiento. Las cuestiones de fondo serán analizadas por la Corte Constitucional antes del sufragio popular. La persona interesada en interponer la acción de inconstitucionalidad dispondrá de un plazo de 30 días posteriores a la promulgación

de la reforma constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009).

Por otro lado, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) establece los requisitos que deberá contener la demanda de inconstitucionalidad. En caso de admitir la acción, la Corte Constitucional deberá resolver en el mismo auto la solicitud de suspensión provisional de la norma demandada, en caso de que se presente en conjunto esta solicitud de medida cautelar.

Por su parte, el juez responsable de sustanciar la acción de inconstitucionalidad elaborará el proyecto de sentencia, según lo previsto en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009); los demás magistrados de la Corte Constitucional pueden aportar criterios en torno al proceso constitucional. Concluido el término, el juez ponente dispone de un plazo de 15 días para presentar a la Secretaría General el proyecto de resolución. Los magistrados tienen cinco días para presentar observaciones al proyecto de sentencia. Finalmente, la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad es emitida por el pleno de la Corte Constitucional, y se aprobará por mayoría absoluta de sus integrantes.

Ahora bien, la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad produce efecto de cosa juzgada, de carácter ex nunc (hacia el futuro), a fin de garantizar la seguridad jurídica (Montaña et al., 2012). No obstante, el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) establece que la sentencia de forma excepcional puede modular sus efectos en el tiempo con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución o evitar que la declaración de inconstitucionalidad produzca vacíos normativos o vulnere derechos.

La acción pública de inconstitucionalidad no solo procede contra actos normativos de los poderes del Estado: el artículo 436.10 Constitución de la República del Ecuador permite plantear la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones normativas en los casos en que los órganos del Estado inobserven mandatos constitucionales que contengan la obligación de hacer. Ante esta situación *“se trata de una modalidad de control constitucional abstracto a cargo de la Corte Constitucional, con la cual se busca efectivizar las disposiciones constitucionales que... no son cumplidos dentro del tiempo establecido en la propia Constitución o en lo que se considere un plazo razonable”* (Montaña et al., 2012, p. 134). Se podría afirmar que el precepto en el que se fundamenta esta acción es la obligación del Estado frente a cuestiones que “no puede no decidir” en materia de derechos.

Por otro lado, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) limitó la interposición de la acción de inconstitucionalidad por omisión al incumplimiento de obligaciones constitucionales que se deben ejecutar en un plazo determinado. Dicho de otro modo, no cabe su planteamiento en casos que se deriven del incumplimiento de la parte dogmática de la Norma Fundamental, hecho que deslegitima la voluntad del constituyente en el momento en que se concibe la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas, ya que ante la falta de actuación del Estado, la Corte Constitucional posee la atribución de dictar auténticas normas jurídicas de forma temporal (Grijalva, 2012).

### **3.5.2. Consulta de constitucionalidad**

La consulta de constitucionalidad, conforme lo dispuesto por el artículo 428 CRE, permite a la Corte Constitucional aplicar el control de constitucionalidad de la ley en casos concretos; dicho esto, *“el control concreto de constitucionalidad que dejó de ser*

*un control difuso para convertirse en un control concentrado ejercido por la Corte Constitucional, mediante el mecanismo de la consulta o cuestión de inconstitucionalidad” (Gaviria et al., 2012, p. 210). Este tipo de control garantiza los derechos de las partes durante la sustanciación de los procesos judiciales, dado que es una obligación de todos los jueces aplicar leyes que gocen de validez formal y sustancial. Dicho de otro modo, las normas jurídicas aplicables no pueden ser contrarias a la Constitución.*

De igual forma, para garantizar que las normas jurídicas sean constitucionalmente válidas, es decir, que guarden coherencia tanto la legislación interna como los tratados internacionales, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) concibió en el art. 141 al control concreto de constitucionalidad de la siguiente manera: *“El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”.*

La consulta de constitucionalidad procede de oficio o a petición de parte; no obstante, la titularidad de la acción es exclusiva de los jueces de las diferentes instancias judiciales. A la luz del principio *pro legislatore*, los jueces deben aplicar leyes cuya interpretación se ajuste a la Constitución; en este sentido, la acción de consulta debe encontrarse debidamente motivada, es decir, el juez sustanciador de la causa debe justificar de forma fehaciente las dudas acerca de la constitucionalidad de la ley (Grijalva, 2012).

La consulta de constitucionalidad es una acción jurisdiccional similar a la cuestión de inconstitucionalidad que contempla la

Constitución de España; así, el juez que sustancia la causa no solo debe singularizar la norma que presume inconstitucional, sino que deberá identificar el precepto constitucional que sirve de base para solicitar el control de constitucionalidad. Asimismo, debe argumentar con claridad las motivaciones jurídicas que hacen presumir la inconstitucionalidad de la ley y su relevancia constitucional. Por lo tanto, *“no basta la mera enunciación de preceptos constitucionales que eventualmente podrían ser afectados, pues aquello no evidencia la labor de administrar justicia en términos constitucionales de los juzgadores, que deben realizar la labor hermenéutica integral y sistemática”*. (Montaña et al., 2013, p. 312)

Dicho esto, y de conformidad con el art. 428. CRE, cuando el juez considere que la norma jurídica que servirá de base para resolver la causa que se encuentra bajo su competencia es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tiene la obligación de suspender el proceso judicial y plantear la consulta de constitucionalidad debidamente motivada (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) ante la Corte Constitucional. Suspender un proceso judicial sin justificación suficiente produciría la vulneración del principio de celeridad procesal y, por tanto, limitaría el acceso a la justicia de forma efectiva y eficaz.

Por lo anotado en líneas anteriores, la Corte Constitucional (2013), en la Sentencia 001-13-SCN-CC, estableció los criterios que los jueces deben seguir para plantear la consulta de constitucionalidad de las normas jurídicas. Al respecto, la Corte Constitucional dispone de un plazo de 45 días para resolver la constitucionalidad de la norma objeto de control.

En los casos en que la Corte Constitucional no se pronuncie dentro del plazo de 45 días sobre la consulta de constitucionalidad, el proceso será devuelto a la instancia judicial respectiva para que prosiga la sustanciación de la causa, situación no deseable,

toda vez que el juez de la jurisdicción ordinaria deberá resolver un proceso judicial con una norma jurídica de la que sospecha su inconstitucionalidad (Montaña et al., 2013). No obstante, ante esta situación, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reservan para las partes procesales la posibilidad de presentar las acciones constitucionales que consideren pertinentes. En definitiva, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley prevalece en los casos que la Corte Constitucional no se pronuncie sobre la consulta de constitucionalidad.

La sentencia que resuelve la consulta de constitucionalidad puede producir efectos de carácter general o entre las partes, esto es, según el fallo que desarrolle la Corte. En este sentido, el control concentrado de constitucionalidad permite garantizar la uniformidad de los fallos en materia constitucional, y su principal característica es ser vinculante y/o erga omnes; de esa forma, rige para todos los casos análogos. La Corte Constitucional del Ecuador (2013), estableció en sentencia N°001-13-SCN-CC que la aplicación del control concentrado de constitucionalidad, pues es el único ente capaz de declarar inconstitucionalidades de forma o fondo dentro de las normas jurídicas existentes y de crear jurisprudencia vinculante en los casos que avoque conocimiento: *“En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad”*. (Corte Constitucional del Ecuador, 2013)

En definitiva, la jurisdicción constitucional ecuatoriana incorporó un sistema de control constitucional en el que incluye la

participación de los jueces ordinarios. De tal forma, previo a plantear la consulta de constitucionalidad, los administradores de justicia deberán interpretar la ley a luz de la Norma Fundamental y, en consecuencia, se convierten en auténticos jueces de la Constitución.

### **3.5.3. Acción extraordinaria de protección**

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional que atribuye a la Corte Constitucional la competencia para analizar la constitucionalidad de las sentencias, autos o resoluciones administrativas que, a juicio del titular de la acción, vulneran derechos. Por otro lado, se debe diferenciar la acción de protección de la acción extraordinaria de protección. La primera es una acción de conocimiento que procede contra la violación de derechos que se producen a partir de la actuación de cualquier autoridad pública o privada.

En cambio, la acción extraordinaria de protección procede contra decisiones judiciales en firme, en los casos que el objeto de la acción incide de forma directa en la decisión judicial. Así, el accionante deberá singularizar con claridad la violación del derecho constitucional a partir de las actuaciones judiciales. Una vez que se hayan agotado todos los recursos en la vía ordinaria, las partes procesales pueden plantear la acción extraordinaria de protección en el plazo de 20 días a partir de la notificación de la sentencia.

Quienes no fueron partes procesales, pero se encuentran vinculados al proceso, disponen del mismo plazo a partir de la fecha que avoquen conocimiento. La sala de admisión de la Corte Constitucional deberá resolver la admisibilidad de la acción en el plazo de 10 días, según lo dispuesto en los art. 60 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Por otro lado, la acción extraordinaria de protección no es procedente



contra las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

El objeto de la acción extraordinaria de protección es determinar la vulneración de derechos constitucionales durante la sustanciación del proceso judicial. Es importante destacar que la acción extraordinaria de protección no fue concebida con el fin de analizar asuntos de mera legalidad o errónea aplicación de leyes infraconstitucionales: *“la acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a las acciones y omisiones tanto de los particulares como de todo servidor público, incluyendo a los jueces”*. (Montaña, Porras, 2012, p. 136)

Por regla general, la acción extraordinaria de protección garantiza que en los procesos judiciales no se haya vulnerado el debido proceso, hecho que no excluye la protección de cualquier otro derecho constitucional. Por lo expuesto, se trata de una vía de acceso a la jurisdicción constitucional que garantiza exclusivamente la protección y la reparación de los derechos.

Aunado a esto, se destaca que, al igual que la acción de amparo que contempla la Constitución de España, se requiere que el caso represente un asunto de “relevancia y trascendencia nacional”. A la luz de estas consideraciones, la aplicación del certiorari se encuentra presente en la jurisdicción constitucional del Ecuador. Los jueces, para admitir la acción extraordinaria de protección, analizan las sentencias y establecen la gravedad del riesgo que podría ocasionar la vulneración de un derecho para la justicia constitucional.

En ese sentido, la acción extraordinaria no constituye una nueva instancia, sino que es una garantía subsidiaria. Dicho esto, la Corte Constitucional no posee la atribución para analizar pruebas, o interpretar los fallos de los órganos judiciales, dado que supondría un riesgo para la seguridad jurídica y la independencia judicial al poner en duda las decisiones de los

jueces de la justicia ordinaria (Grijalva, 2012). En definitiva, la acción extraordinaria de protección se circunscribe al análisis de constitucionalidad, puesto que los asuntos de legalidad se recurren a través de las vías previstas por la Constitución y la ley dentro de la jurisdicción ordinaria.

Al resolver la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional analiza tanto la constitucionalidad de las leyes que sirvieron de base para dictar sentencia como la de las normas que se vinculan al proceso, a pesar de no haber sido invocadas en el contenido de la demanda. En definitiva, la acción extraordinaria de protección fortalece el vínculo jurídico que existe entre la jurisdicción constitucional y ordinaria, ya que permite a la Corte Constitucional dictar jurisprudencia vinculante, dado que se convierten en criterios jurídicos que los jueces de instancia deben observar de manera obligatoria al dictar sentencia.

Por otra parte, no se debe confundir la acción extraordinaria de protección con el recurso de casación. Este último permite a la Corte Nacional de Justicia dictar jurisprudencia vinculante y unificar criterios en torno a la interpretación de la ley. Dicho esto, las acciones constitucionales se implementaron para efectuar una interpretación constitucional de la ley (Grijalva, 2012).

El recurso de casación procede en los casos que existe una errónea interpretación de la ley con el fin de resolver asuntos de legalidad. De modo que la Corte Constitucional no es competente para realizar interpretaciones infraconstitucionales de mera legalidad; ya que su análisis se limita estrictamente a la constitucionalidad de la ley frente a la vulneración de derechos constitucionales.

Para terminar, la interposición de la acción extraordinaria de protección no se debe utilizar como un instrumento de dilación que interfiera con el cumplimiento de las sentencias que dictan los jueces de la jurisdicción ordinaria. El art. 64 de la Ley

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) establece la apertura de procesos sancionatorios contra los abogados que interpongan acciones constitucionales sin fundamentos.

### **3.5.4. Control previo de constitucionalidad**

La Constitución, con el fin de evitar la promulgación de leyes o normas con fuerza de ley contrarias a la Constitución, atribuyó a la Corte Constitucional el control *a priori* de la ley. La solicitud del control previo de los proyectos de ley es una potestad exclusiva del Presidente de la República. Por esa razón, el veto del Ejecutivo procede en los casos en que se considera inconstitucional el proyecto de ley tratado por el Poder Legislativo.

Por otra parte, el artículo 438 de la Constitución de la República del Ecuador ordena a la Corte Constitucional emitir dictamen previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales previos a su aprobación por el Poder Legislativo; y sobre los proyectos de convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los Gobiernos autónomos descentralizados.

En el caso de la convocatoria a consultas populares, la Corte Constitucional analizará de forma previa la constitucionalidad de las preguntas que se plantean en referéndum. Este control previo se debe realizar sobre la convocatoria, los considerandos que introducen la pregunta y sobre las preguntas específicas de acuerdo con los artículos 102, 103, 104 y 105 CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Llevar a cabo una consulta popular sin que se realice un control previo de constitucionalidad podría ocasionar la colisión entre el principio de la seguridad jurídica y la manifestación de la voluntad soberana, hecho que produce efectos negativos para el orden constitucional.

Así, a diferencia del control de constitucionalidad colombiano, en Ecuador no existe un sistema de control previo de

constitucionalidad de proyectos de ley, salvo el veto presidencial. No obstante, la Constitución atribuyó a la Corte Constitucional competencias para controlar de forma previa algunas actuaciones de los organismos del Estado. *“Se requiere del dictamen previo de ‘admisibilidad’ por parte de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional pueda proceder al ‘enjuiciamiento político del presidente’ de la república por las causales del artículo 129, así como para su ‘destitución por arrogarse funciones que no le corresponden’ según el artículo 130”* (Grijalva, 2012, p. 190). El examen posterior de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

### **3.5.5. Acción de interpretación**

La concepción de la acción de interpretación como una vía autónoma para acceder a la jurisdicción constitucional se encuentra en el art. 436.1 de la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), es un aporte singular del constitucionalismo ecuatoriano a la teoría del derecho procesal (Gaviria et al., 2012). Si bien es cierto que la Corte Constitucional, al sustanciar los procesos constitucionales, debe interpretar la ley a la luz de la Constitución, la acción de interpretación permite a la Corte interpretar los artículos de la propia Constitución.

El artículo 155 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) confiere la legitimación activa para solicitar la interpretación constitucional al Presidente de la República y la Asamblea Nacional; la Función de Transparencia y Control social; la Función Electoral; y a la Función Judicial por intermedio de su órgano rector. Por otra parte, los ciudadanos también pueden solicitar

la interpretación de la Constitución siempre y cuando cuenten con el respaldo del 0,25 % del registro electoral nacional.

El objeto de esta acción autónoma de interpretación se encuentra en aplicar de forma íntegra el contenido del texto constitucional en situaciones donde no exista certeza del sentido que el constituyente otorgó a la norma constitucional. Dicho esto, la acción de interpretación permite a la Corte Constitucional atribuir un significado al texto normativo constitucional, es decir, busca garantizar la supremacía de la Constitución y la eficacia jurídica de los derechos.

No obstante, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) limita el objeto de la interpretación constitucional a la parte orgánica de la Constitución. Situación que restringe la voluntad del constituyente, dado que devuelve la acción interpretativa de los derechos y garantías al Poder Legislativo. El fin de la acción de interpretación, al ser concebida como una acción autónoma consistía en fortalecer el papel de la Corte Constitucional en situaciones donde no existían claridad o acuerdos respecto a la interpretación de la Constitución (Gaviria et al., 2012).

De conformidad con el art. 157 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional, el procedimiento para sustanciar la acción de interpretación es el mismo que se establece para efectuar el control abstracto de constitucionalidad (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). En suma, la aprobación del dictamen interpretativo requiere el voto favorable de 7 de los 9 magistrados de la Corte Constitucional. Dado que el Derecho se encuentra en constante evolución, las reglas interpretativas que emite la Corte Constitucional pueden cambiar en cualquier momento, ello solo requeriría la aprobación de un nuevo dictamen de interpretación.

### 3.6. Estructura de la jurisdicción constitucional en Bolivia

La Carta Fundamental de Bolivia atribuyó a los tribunales ordinarios de justicia y al Tribunal Constitucional Plurinacional la obligación de garantizar en sus respectivos niveles la aplicación de la Constitución. La única diferencia se encuentra en las competencias que la Constitución reservó de forma exclusiva al Tribunal Constitucional. Por lo expuesto, todos los jueces tienen la obligación de dictar sentencias a la luz de la Constitución.

*“La labor de control de constitucionalidad respecto de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de la persona, al ser encomendada a los jueces y tribunales ordinarios por la misma Constitución, con motivo de la existencia de un conflicto constitucional inter partes, los transforma a estos en jueces y tribunales de garantías constitucionales”.* (Vargas, 2011, p. 643)

De esta manera, las sentencias o resoluciones que dictan los tribunales de la justicia ordinaria resuelven la legalidad o la constitucionalidad de las sentencias dentro de los límites de su propia jurisdicción. A tal efecto, *“la Constitución de Bolivia confiere a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer los recursos de nulidad, revisión y casación. Igualmente, los jueces de la jurisdicción ordinaria son competentes para resolver las acciones de defensa en calidad de jueces de la Constitución, dicho de otro modo, ejercen un “control intermedio de constitucionalidad”.* (Vargas, 2016, p. 385)

Una vez resueltas las causas tutelares se deberán remitir al Tribunal Constitucional Plurinacional en un plazo de 24 horas para ser sometidas a una eventual selección y revisión. Por otro lado, en las capitales departamentales, las garantías jurisdiccionales se sustanciarán en primera instancia por los miembros de los tribunales departamentales de justicia, quienes

también resuelven los procesos en calidad de tribunales de garantías jurisdiccionales.

Por otro lado, la Constitución radicó en el Tribunal Constitucional Plurinacional la competencia para aplicar el control de constitucionalidad a través del control previo o posterior de la ley. A la luz de estas consideraciones, el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia 2143/2012, ratificó su competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley por medio de la aplicación del control de constitucionalidad. *“Luego de la reforma constitucional de 2009, el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad”* (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2012). En otras palabras, en Bolivia todos los jueces se encuentran adscritos a la jurisdicción constitucional; no obstante, la potestad para resolver la constitucionalidad de la ley se concentra en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

### **3.6.1. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia**

La Constitución de Bolivia desarrolla una visión integral de la justicia al concebir al Tribunal Constitucional Plurinacional como un organismo independiente pero adscrito al poder Judicial. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia garantiza la supremacía de la Constitución a través de la aplicación del control de constitucionalidad de la ley; además, a nivel jurisdiccional es el máximo intérprete y guardián de la Constitución.

No obstante, el art. 158.3 del Código Penal Bolivia establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional no es el único intérprete de la Constitución. La Asamblea Pluricultural de Bolivia, en el marco de sus atribuciones constitucionales, interpreta la ley (Asamblea

Constituyente de Bolivia, 2009). Asimismo, cada organismo del Estado boliviano, para garantizar la constitucionalidad de sus actuaciones, debe interpretar la Constitución, situación que no afecta la fuerza vinculante de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional, dado que todos los organismos públicos deben acatar sus sentencias.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, al interpretar la Constitución, aplicará de manera preferente la voluntad del constituyente y el contenido de la Norma Fundamental de manera literal. Asimismo, al tenor del art. 410 del Código Penal Bolivia, el Tribunal privilegiará la aplicación de la Constitución en el sentido más favorable sobre las demás normas jurídicas (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional se conformará de representantes del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino, y para la designación de los magistrados se utilizarán criterios de plurinacionalidad. De la misma manera, la propia Constitución establece que la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional se regularán a través de la ley, a fin de permitir que el legislador pueda realizar reformas o cambios que optimicen la eficacia de la jurisdicción constitucional.

Por lo anotado en líneas anteriores, la Norma Fundamental de Bolivia reservó para el Ministerio de la Ley la estructura y el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. De tal forma, la Ley 27 del 6 de julio de 2010, reformada mediante la Ley 929 de 2017, rige la estructura, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional Pluricultural; y la Ley 254 restablece los procedimientos para sustanciar los procesos de carácter constitucional.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Pluricultural se conforma por nueve magistrados que son elegidos por un periodo de seis años, sin opción de reelección continua. Con



el fin de garantizar el componente plural, el art. 13 establece al menos dos magistrados deberán provenir del sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal (Asamblea Legislativa Plurinacional del Bolivia, 2010). Con la finalidad de otorgar legitimidad democrática a las altas cortes, los órganos del Poder Judicial, incluidos los miembros del Tribunal Constitucional, se eligen mediante votación popular de conformidad con el art. 198 del Código Penal Bolivia (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009). Bolivia es el único país de la región Andina que aplica este método de elección.

Tal como se ha tenido ocasión de señalar en capítulos anteriores, la legitimidad democrática no representa por sí misma una garantía de que los representantes de los poderes del Estado cumplan a cabalidad las atribuciones que la Constitución les confiere. En el caso de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, esto podría afectar su legitimidad; *“por el contrario, en caso de que la elección se dé por voto popular, los criterios informales pueden llegar a tener mucha más influencia, ya que, como se mencionó anteriormente, los candidatos a estos cargos pueden aliarse con los políticos”* (Cubides et al., 2021, p. 96). Dicho esto, resulta más importante la legitimidad que proviene de la independencia institucional para tomar decisiones. Los jueces deben tener amplios conocimientos de la Constitución y la ley, capaces de garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica, por lo que estos elementos también constituyen fuentes de legitimidad.

Ahora bien, según el art. 16 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y siguientes, el proceso de preselección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra a cargo de la Asamblea Nacional, que deberá convocar al proceso de elecciones seis meses antes de la finalización del mandato de los magistrados; y, mediante reglamentación, establecer las condiciones de elegibilidad y el procedimiento

de preselección. El proceso de elección durará al menos 150 días, y las elecciones se celebrarán al menos 30 días antes del término del mandato de los magistrados del Tribunal (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2010).

El pleno es la máxima instancia de decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, y se encuentra presidido por el presidente. Según el art. 26 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y siguientes, el Tribunal se organiza en cuatro salas de revisión, y cada una se conforma por dos magistrados, a fin de resolver en revisión las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad y acción popular y de cumplimiento (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2010).

Por otro lado, una de las salas de revisión conocerá de forma adicional y exclusiva las consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas en casos concretos. Los procesos objeto de revisión serán seleccionados a través de la comisión de admisión que se encuentra compuesta por tres magistrados, designados de forma aleatoria.

El Título IV del Código Procesal Constitucional establece de forma amplia las atribuciones que el artículo 202 de la Constitución de Bolivia confiere al Tribunal Constitucional Plurinacional. El máximo órgano de la jurisdicción constitucional ejerce el control de constitucionalidad sobre las leyes, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y las resoluciones no judiciales; resuelve los conflictos de competencia entre los órganos del Estado, entre el gobierno central y los gobiernos autónomos, y los conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. Asimismo, ejerce el control sobre los recursos directos de nulidad que proceden contra todo acto o resolución de autoridad pública o jurisdiccional por usurpar funciones.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional es un órgano de cierre, contra sus resoluciones o sentencias no procede recurso alguno. El artículo 203 de la Constitución consagra a las sentencias del Tribunal como cosa juzgada al disponer que “contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno”. Así, las sentencias o resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional Plurinacional producen efecto vinculante para todos los poderes del Estado.

Las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional observan el principio de congruencia, por lo tanto, se deben limitar a resolver estrictamente lo planteado por el accionante. *“Es decir entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni ultra petitem (más allá de lo pedido), ni extra petitem (cosa distinta de lo pedido), ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi”* (Vargas, 2011, p. 656). En definitiva, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de sus decisiones valida la constitucionalidad de las leyes y las actuaciones de los órganos del Estado.

### **3.7. Mecanismos de control de constitucionalidad en Bolivia**

La Constitución boliviana, a fin de garantizar la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, configuró un sistema de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad (Vargas: 2016, 383). Este Tribunal Constitucional Plurinacional garantiza que las leyes y los actos de los gobernantes y autoridades públicas no vulneren el contenido de la Constitución. Por ese motivo, corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional la declaración de la inconstitucionalidad de la ley a través de la acción de inconstitucionalidad.

Asimismo, el Código Procesal Constitucional de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012) establece

el procedimiento a seguir para resolver las acciones de defensa y el control de constitucionalidad de la ley y de los actos de los órganos que ejercen el poder público. Lo cierto es que *“el control de constitucionalidad ya no se presenta como simple ausencia de contradicción entre las normas y las previsiones constitucionales, sino que cada norma (y también cada decisión judicial) deben ser, además, expresión de una “razonable” determinación (concreción) de los principios y derechos que emanan de la Constitución”*. (Talayera, 2012, p. 26)

Por otro lado, según el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional el Tribunal Constitucional Plurinacional aplica de oficio la revisión de las sentencias que resuelven las acciones de libertad, y, de igual forma, los procesos de amparo constitucional interpuestos contra actos u omisiones de los servidores públicos o personas individuales o colectivas que amenacen o restrinjan derechos constitucionales (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2010).

### **3.7.1. Acción de inconstitucionalidad**

La acción de inconstitucionalidad es una acción jurisdiccional que faculta al Tribunal Constitucional Plurinacional para realizar el control de constitucionalidad sobre la ley. El constituyente boliviano consideró subdividir la acción de inconstitucionalidad según su objeto, es decir, procede contra la aplicación de la ley en casos concretos y abstractos; de esta forma, la Constitución y el Código Procesal Constitucional de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012) implementan distintos procedimientos que se aplican según el tipo de ley objeto de control constitucional (Vargas, 2015).

Así, aunque la Constitución de Bolivia unificó la acción de inconstitucionalidad con la cuestión de inconstitucionalidad en una sola figura jurídica, que a la vez se subdivide en dos tipos de procedimientos, es solo una forma de organizar los

procesos de jurisdicción constitucional, dado que, en esencia, los elementos clásicos de la cuestión de inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad se mantienen.

- Acción de inconstitucionalidad abstracta

La acción de inconstitucionalidad abstracta procede contra leyes contrarias a la Constitución, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas, los decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. El objeto de la acción de inconstitucionalidad, en su forma abstracta, busca garantizar la constitucionalidad de la ley (Vargas, 2011); dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional realizará una revisión integral de la ley a la luz del contenido íntegro de la Constitución.

De igual modo, según el art. 74 del Código Procesal Constitucional de Bolivia la acción de inconstitucionalidad abstracta podrá ser interpuesta por el Presidente de la República, los senadores, los diputados, los legisladores y las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, así como por el defensor del pueblo (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012). Ello, a diferencia de los procesos de inconstitucionalidad de Ecuador y Colombia, dado que la legitimidad en estos países posee un carácter popular; es decir, todos los ciudadanos se encuentran legitimados para presentar de forma directa la acción de inconstitucionalidad.

El constituyente de Bolivia, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, consideró que el control de constitucionalidad abstracto se aplicará a petición de parte, “pues lo contrario significaría que la jurisdicción constitucional desplace al órgano legislativo” (Vargas, 2011). En este sentido, se garantiza el respeto de las competencias que la Constitución confiere a los órganos del Estado al evitar la irrupción de un organismo jurisdiccional en atribuciones que no le corresponden.

En consecuencia, una vez que el Tribunal Constitucional Plurinacional estima procedente la acción de inconstitucionalidad, a través de un dictamen de admisión dispondrá trasladar el contenido de la acción al órgano que emitió la norma jurídica objeto de control en un plazo de 15 días. Una vez transcurrido el plazo, previo sorteo de la causa, de conformidad con el art. 76 del del Código Procesal Constitucional de Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá dictar sentencia en el plazo de 45 días (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

El Tribunal Constitucional Plurinacional fundamentará el dictamen que resuelve la acción de inconstitucionalidad sin perjuicio de que el precepto constitucional sea invocado o no por el accionante, tal como se dispone en el art. 77 del Código Procesal Constitucional de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012). Por tanto, puede declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la norma jurídica objeto de control, así como la inconstitucionalidad de otros textos normativos conexos con la norma legal declarada inconstitucional.

En suma, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma jurídica es de carácter general y produce efectos vinculantes para todos los miembros del Estado. En los casos en que se argumenten el mismo objeto, causa y preceptos constitucionales no podrá ser interpuesta una nueva demanda de inconstitucionalidad. Por último, sobre la norma declarada inconstitucional, no cabe procedimiento alguno.

- Acción de inconstitucionalidad concreta

La acción de inconstitucionalidad en su forma concreta, según el art. 79 del Código Procesal Constitucional de Bolivia procede ante la aparente vulneración de un derecho subjetivo al aplicar una ley durante la sustanciación de un proceso judicial. Corresponde la legitimación activa al juez, tribunal o autoridad administrativa que, de oficio o a solicitud de parte, plantea la acción de inconstitucionalidad contra normas que servirán de

base para la resolución del proceso judicial o administrativo (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

*“Por tanto... ningún juez, tribunal u órgano administrativo está autorizado para inaplicar norma jurídica alguna, dado que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma del ordenamiento a ser aplicada al caso concreto que ha de resolver, debe promover inmediatamente el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional”.* (Vargas, 2016, p. 383)

Toda persona individual o colectiva puede solicitar la acción pública de inconstitucionalidad concreta. En los casos en que la acción de inconstitucionalidad concreta se promueve a petición de parte, el juez deberá notificar dentro de las subsiguientes 24 horas a la contraparte, y dispondrá del plazo de tres días para emitir respuesta. Concluido el plazo, dentro de las siguientes 24 horas el juez deberá resolver de forma fundamentada el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad concreta. A este respecto, merece la pena destacar que toda resolución de solicitud de acción de inconstitucionalidad concreta, aceptada o negada por la autoridad judicial se deberá remitir el expediente certificado al Tribunal Constitucional Plurinacional en lo atinente a la acción.

En los casos que el juez de instancia niegue la acción de inconstitucionalidad, la decisión se remite al Tribunal Constitucional a efectos de revisión por la comisión de admisión. La acción de inconstitucionalidad concreta se podrá presentar una sola vez durante la sustanciación del proceso judicial o administrativo, dentro de cualquier instancia, y no procede contra acciones de defensa (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

Asimismo, la decisión judicial de conceder o negar la solicitud de acción de inconstitucionalidad no causará la interrupción del proceso judicial. Dicho esto, el proceso se seguirá evacuando conforme a los procedimientos que establece la ley, hasta que

el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncie. La acción concreta se sustanciará a la luz del mismo procedimiento de la acción de inconstitucionalidad abstracta.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la inconstitucionalidad de la ley en los casos que resulte imposible efectuar una interpretación conforme a la Constitución. Dicho esto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo con el análisis de constitucionalidad realizado sobre la ley objeto de control y a su potestad jurisdiccional, podrá dictar sentencias modulativas, restrictivas o interpretativas a fin de evitar expulsar la ley del ordenamiento jurídico. La sentencia que resuelve la acción concreta de inconstitucionalidad produce los mismos efectos que la acción de inconstitucionalidad en su modalidad abstracta (Rivera, 1999).

### **3.7.2. Control Previo**

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a través del control previo de constitucionalidad, garantiza tanto la constitucionalidad de los actos legislativos como las actuaciones de los poderes del Estado al aprobar normas jurídicas de conformidad con la Constitución. *“Este control se ejerce antes de la aprobación de la respectiva disposición legal, en todos aquellos casos en los que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad”*. (Vargas, 2016, p. 390)

La Constitución Política de Bolivia establece cuatro tipos de normas que son objeto de control previo: proyectos de tratados internacionales, consultas de proyectos de ley, consultas de proyectos de estatutos o cartas orgánicas y consultas populares o referéndum. Para efectos prácticos, el presente análisis se enfoca en la consulta de constitucionalidad de los proyectos de ley, los tratados internacionales y las consultas de proyectos de estatutos.



La Constitución Política de Bolivia confiere al Tribunal Constitucional Plurinacional competencias para aplicar, a petición de parte, el control previo de la ley, siempre que existan dudas sobre la constitucionalidad del proyecto normativo, previo a su aprobación. Ello procede antes de la sanción de la ley, a fin de garantizar que la ley se encuentre conforme a la Constitución y el art. 12.8 LTCP (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2010).

Así las cosas, se encuentran legitimados para solicitar la consulta sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, según corresponda, y en el marco de sus competencias, el Presidente de la República, el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional y el presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental. Ahora bien, el planteamiento de la consulta de constitucionalidad se puede aplicar sobre proyectos de ley, y produce la suspensión inmediata del procedimiento de aprobación.

Una vez que la comisión de admisión verifica el cumplimiento de los requisitos para la presentación de la consulta, esta ordenará en el plazo de dos días el sorteo del magistrado relator. En caso de que la consulta no cumpla con los requisitos, la comisión ordenará que la acción se complete en el plazo de cinco días. Acorde a lo previsto en el art. 114 CPCP, el Tribunal Constitucional dispondrá del plazo de 30 días a partir del sorteo para emitir el correspondiente dictamen constitucional (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

De igual forma, la Constitución y el art. 12.12 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional confiere a las autoridades originarias campesinas la legitimación activa para plantear la consulta previa de constitucionalidad sobre la aplicación de normas jurídicas de carácter consuetudinario en casos concretos (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2010), hecho que constituye *“un verdadero canal para la materialización de un*

*diálogo intercultural*" (Vargas, 2016, p. 395). Tal como se puede apreciar, el componente plural de la Constitución de Bolivia facilita la integración del control de constitucionalidad de las costumbres y prácticas de los pueblos originarios y ancestrales.

Finalmente, el poder Legislativo deberá cumplir de forma obligatoria el dictamen que declare la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del proyecto (Vargas, 2011y, a tal efecto, deberá modificar o eliminar las normas que el Tribunal Constitucional estime contrarias a la Constitución.

Asimismo, el Presidente de la República, en caso de duda acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley que aprueba el tratado internacional, podrá solicitar el control previo ante el Tribunal Constitucional. Una vez que el tratado internacional suscrito por el Presidente haya sido remitido al Poder Legislativo, antes de su aprobación y posterior ratificación, el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional se encuentra en la obligación de enviarlo al Tribunal Constitucional Plurinacional dentro de un plazo de 20 días conforme al art 106 CPCP y siguientes. (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

Asimismo, el presidente de la Asamblea legislativa podrá señalar las dudas sobre la constitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado internacional. Dentro del mismo plazo, los presidentes de las cámaras de senadores o de diputados, respectivamente; o por lo menos cinco senadores o 10 diputados pueden presentar al Tribunal Constitucional Plurinacional sus dudas u observaciones acerca de la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado.

La comisión de admisión enviará el contenido de la acción al Poder Ejecutivo para que, en un plazo de 15 días, emita su opinión de forma fundamentada sobre la consulta. De igual manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá el dictamen de constitucionalidad en el plazo de 45 días. Por

otro lado, el dictamen que declara la inconstitucionalidad de un tratado bilateral suspenderá su ratificación, por tanto, cabría su renegociación entre las partes. En los casos en que el dictamen pueda determinar la inconstitucionalidad de un tratado multilateral, esto no evitará su aprobación, siempre que se formule la reserva sobre los preceptos que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado inconstitucionales, así lo dispone el art. 109 del Código Procesal Constitucional de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

Por último, cuando la aprobación de los tratados internacionales requiera de la celebración de un referéndum, o bien a solicitud de los ciudadanos o miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, según el art. 110 del Código Procesal Constitucional de Bolivia, corresponderá al Tribunal Constitucional Plurinacional revisar la constitucionalidad del instrumento objeto de referendo en un plazo de 30 días. En caso de que el Tribunal Constitucional Plurinacional declare la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado, no podrá ser objeto de referendo (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

Para finalizar, el control previo de constitucionalidad de Estatutos o Cartas Orgánicas permite garantizar la supremacía de la Constitución sobre los regímenes territoriales autónomos, dado que estos se deberán elaborar conforme a las disposiciones que se encuentran en la Constitución. Al respecto, se sabe que el art. 117 del Código Procesal Constitucional de Bolivia establece que control previo de estatutos es un procedimiento de carácter obligatorio (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012), y la legitimación activa es ejercida por el presidente de la entidad territorial autónoma que propuso el proyecto. En el caso de las autonomías indígenas originarias campesinas, se encuentran legitimadas las autoridades que se designen según sus normas y procedimientos propios.

Por otra parte, la comisión de admisión determinará el cumplimiento de los requisitos que establece el Código Procesal Constitucional de Bolivia en el art. 119 (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012) para el planteamiento de la consulta en un plazo de 10 días; y, en caso de existir observaciones, deberán subsanarse en el plazo de 10 días. El Tribunal Constitucional dispondrá de un plazo de 45 días para elaborar el dictamen de constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de estatuto o carta orgánica.

En los casos en que el Tribunal Constitucional Plurinacional declare la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de Estatuto o Carta Orgánica, de conformidad con la Constitución, se ordenará al órgano administrativo territorial que modifique el proyecto. Por tanto, antes de entrar en vigor, de conformidad con el art. 120 del Código Procesal Constitucional de Bolivia, el proyecto deberá ser objeto de control las veces que se estimen necesarias (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

# CAPÍTULO IV.

Propuestas para la optimización del control constitucional  
en los países de la Región Andina

## 4.1. Identidad constitucional Andina

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, en los países de la región Andina se han suscitado constantes interrupciones del orden democrático. En consecuencia, durante el siglo XX se proclamaron una serie de constituciones que estuvieron vigentes por poco tiempo. Con la finalidad de afianzar la democracia constitucional y la garantía de los derechos, a inicios del siglo XXI, Ecuador y Bolivia proclamaron constituciones en las que se implementaron sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad. Así, los países de la región Andina, a través de la jurisdicción constitucional, buscan alcanzar el equilibrio entre las “fuerzas espirituales” sobre las que se sustenta el Estado de Derecho: el orden, el poder y la libertad (Hauriou, 1927). Tales conceptos se afianzaron en la Europa Occidental del siglo XX, pero en la realidad Andina aún se encuentran en estado de asimilación y debida aplicación.

En cuanto a la jurisdicción constitucional, esta garantiza la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del sistema jurídico, dado que permite resolver los conflictos que surgen entre la Norma Suprema y la ley. Esa es la función que debe cumplir de forma “natural” todo Tribunal Constitucional (Aragón Reyes, 2019). Dicho esto, aun cuando las constituciones andinas confieren a los tribunales constitucionales amplias competencias para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes del Estado, su función esencial es controlar la constitucionalidad de la ley.

En el capítulo anterior fue necesario elaborar un análisis independiente de los sistemas de control de constitucionalidad que implementaron los países andinos, hecho que permite identificar en los siguientes epígrafes algunos mecanismos que podrían favorecer la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales y, por otra parte, los elementos propios de la jurisdicción constitucional de cada país andino.

En este punto, resultan evidentes los esfuerzos realizados en los países de la región Andina por implementar sistemas de jurisdicción constitucional eficientes. Cabe recordar las palabras de Hauriou (1927): *“Las formas de las instituciones constitucionales tienen menos importancia que las creencias políticas; la experiencia demuestra que ninguna forma de institución tiene por sí sola la virtud de realizar el justo equilibrio entre el poder, el orden y la libertad”*. En definitiva, la jurisdicción constitucional por sí misma resulta insuficiente para alcanzar el desarrollo pleno del Estado de Derecho, pues hace falta la convergencia de elementos políticos, jurisdiccionales y sociales.

Los pueblos que se sitúan en la región Andina consiguieron la independencia de la Corona española a principios del siglo XIX, por lo tanto, poseen una misma identidad fundacional. De igual forma, es posible afirmar que comparten una identidad en común a nivel histórico, social y cultural. Los países andinos

adoptaron el modelo republicano en sus primeras cartas fundacionales, modelo que proclamó la separación de los poderes del Estado, además de fortalecer la figura del Presidente de la República como representante del Estado y organizador de la administración pública, por lo que este se convirtió en el depositario de la soberanía popular.

Hasta principios del siglo XX, el derecho a elegir al presidente de la república y a los miembros del Congreso Nacional en los países andinos se limitaba a ciertos miembros de la población, quienes debían cumplir varios requisitos para ser considerados ciudadanos con derecho a elegir y ser elegidos (voto censitario).

Asimismo, la idea de jurisdicción constitucional se forjó durante el siglo XX y se mantiene vigente en las actuales constituciones de los países de la región Andina, pero se agregaron nuevos elementos que garantizan la participación de los ciudadanos en la defensa de los derechos que reconoce el nuevo orden constitucional. De tal forma, *“los elementos esenciales son la garantía de un proceso participativo, la construcción de la legitimidad desde abajo, la salvaguarda del poder constituyente entendido en su complejidad, como actividad que configura el cuerpo político y su fisonomía”*. (Iannaccone, 2022, p. 10)

A principio de la década de 1990 en Colombia, y durante los primeros años del siglo XXI en los casos de Ecuador y Bolivia, tuvieron lugar los primeros esfuerzos por construir una visión propia del Estado de Derecho con base en los valores y costumbres de los pueblos andinos, ahora elevados a la categoría de principios constitucionales. *“Las cosmovisiones indígenas no destruyen la individualidad; más bien la incluyen de manera holística en el interior de la colectividad, buscando una situación de equilibrio entre el individuo y lo común. Ello implica comprender que todo está unido, integrado y es complementario”*. (Piñeiro & Polo, 2021, p. 13)

Dicho de otro modo, el constitucionalismo andino propone la construcción de democracias constitucionales sincronizadas con la realidad y los problemas que afrontan los países de la región. Así las cosas, la “oleada constituyente” de inicios del presente siglo en la región surgió como resultado de las permanentes movilizaciones de los sectores sociales, suscitadas durante la década de 1990.

Entre las principales exigencias de la sociedad civil organizada se encontraba la reivindicación de derechos relacionados con el reconocimiento de la interculturalidad y la satisfacción de los derechos sociales. A este respecto, en Ecuador y Bolivia se instalaron Asambleas Constituyentes, elegidas de forma directa y democrática (Bejarano & Segura, 2013). De este modo, se podría afirmar que las constituciones vigentes fueron redactadas con la finalidad de consolidar la democracia a través de la garantía de los derechos.

Lo cierto es que la región Andina atraviesa una nueva etapa constituyente, marcada por el desarrollo de una teoría propia en torno al garantismo constitucional. En este sentido, las jurisdicciones constitucionales andinas se componen de elementos que es posible clasificar en dos grupos: formales y materiales.

Entre los elementos formales se encuentran la legitimidad que alcanzan los poderes del Estado a través de procesos democráticos y la posterior instalación de Asambleas Constituyentes; la incorporación de nuevos derechos en el texto constitucional, situación que representa una ruptura con el anterior pasado constitucional; la inclusión de sectores sociales históricamente excluidos (pueblos y nacionalidades indígenas, trabajadores, organizaciones sociales, culturales, ambientales, etc.); y la conjugación de elementos técnicos conformes a la realidad socio jurídica de los países de la región (Maldonado & Yáñez, 2021).



No obstante, los elementos formales deben alcanzar sustento en el campo normativo, pues lo contrario representaría una debilidad del sistema constitucional vigente en los países de la región Andina. En palabras de Maldonado & Yáñez (2021), “*se pretende ofrecer cambios que solo quedan en papel, utilizando un lenguaje de escasez técnica que se basa en premisas poco reales y que parten de la búsqueda demagógica disfrazada de procesos democráticos que, en fondo, solo intentan la concentración del poder*”. (p. 152)

Por otro lado, entre los elementos materiales que se implementaron en las constituciones de la región se pueden identificar la reivindicación de la soberanía popular a través de la formación de gobiernos fuertes; la incorporación de amplias cartas de derechos y garantías jurisdiccionales, como la acción de amparo; la inclusión de métodos de interpretación en la jurisdicción constitucional; el reconocimiento de la supremacía de la Constitución con carácter normativo en los ordenamientos jurídicos de cada Estado; y la concepción de un órgano concentrado que efectuara el control de constitucionalidad (Maldonado & Yáñez, 2021). Con respecto al control de constitucionalidad, los países de la región Andina concibieron los sistemas de jurisdicción constitucional en distintas formas.

A pesar de que existen varias características similares entre las jurisdicciones constitucionales de los países andinos, también existen claras diferencias, situación que hace difícil hablar de una identidad constitucional Andina, aun cuando son muy similares los problemas jurídicos, políticos y sociales que afrontan los países de la región. En la actualidad las constituciones de los países andinos incorporan sistemas mixtos de control constitucional y combinan elementos del control difuso americano y del control concentrado europeo.

*“Conforme señala Brewer-Carías, el sistema ‘difuso’ norteamericano ejerció notoria influencia en Latinoamérica*

*desde mediados del siglo XIX y hasta más de la mitad del XX. Así anota que fue adoptado, de una u otra forma, en Argentina (1860), México (1857), Venezuela (1858), Brasil (1890), República Dominicana (1844), Colombia (1850). Sin embargo, precisa que la tendencia predominante en América Latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un 'sistema mixto', agregando posteriormente al control difuso el sistema concentrado radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en Tribunales Constitucionales; funcionando ambos simultáneamente, o adoptando –en el caso de algunos países– desde el principio dicho modelo mixto”. (Eguiguren Praeli, 2000, p. 49)*

Lo cierto es que el continente americano fue el laboratorio en el que se concibieron distintos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad y, como resultado, se forjaron sistemas que entrañan distintas variables, hecho que contrasta con el diseño jurisdiccional de los países europeos, donde imperaba la supremacía del Parlamento y la desconfianza hacia el Poder Judicial. *“Lejos estaba para entonces el mundo europeo de adoptar alguna institución similar, en especial por su culto a la supremacía del Parlamento y de la ley así como por su marcada desconfianza hacia los órganos judiciales”* (Eguiguren Praeli, 2000, p. 44). Lo cierto es que, los países de la región Andina implementaron sistemas de control constitucional con base en la fuzzy sets theory.

A la luz de todo lo anterior, es pertinente abordar las características que comparten los países andinos, así como sus diferencias y, todavía más importante, los elementos que podrían optimizar el control de constitucionalidad, a fin de fortalecer la acción jurisdiccional de los más altos tribunales de justicia constitucional.

En la ciudad de Quito, durante el año 2002, se llevó a cabo el Foro del Hambre, organizado por la Comisión Económica

para América Latina y el Caribe (2004), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Entre las principales metas se encontraba buscar alternativas para la erradicación de la desnutrición infantil hasta el año 2015. La gran mayoría de los objetivos planteados se lograron cumplir; no obstante, en la región aún se mantienen altos índices de pobreza extrema, de modo que persiste la desigualdad multidimensional.

En un contexto general, Latinoamérica es la segunda región en el mundo donde mayores condiciones de desigualdad se pueden evidenciar. En el caso de los países de la región Andina, los niveles de desigualdad superan el promedio de varios países latinoamericanos. La desigualdad es un problema que data de la época colonial hasta la actualidad: *“las personas más vulnerables a la inseguridad alimentaria, además de ser mayoritariamente pobres, presentan en mayor medida, rasgos indígenas, habitan en zonas rurales de sierra y altiplano, o en la periferia urbana”* (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2004). Dicho esto, el Estado de Derecho en los países de la región Andina se construyó entre grandes asimetrías sociales, situación que se ha sostenido en el tiempo.

Durante los últimos años, a raíz de la pandemia de Covid-19, junto a la inestabilidad geopolítica que azota el orden mundial, los niveles de desigualdad recrudecieron entre los países más pobres del planeta y, en particular, en los países andinos que se encuentran en vías de desarrollo. *“Es la marcada desigualdad, a nivel nacional e internacional, no solo en la distribución del ingreso, sino también desde una perspectiva multidimensional, incluidas las dimensiones territoriales, de género y étnico-raciales”*. (Bárcena, 2022, p. 6)

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe señala que el principal problema de los países latinoamericanos se encuentra en las relaciones sobre las que se desarrolla el crecimiento de los Estados. *“Es en este contexto y desde esta*

*perspectiva como debe verse la igualdad en cuanto pilar del análisis de los problemas del desarrollo latinoamericano”* (Bárcena, 2022, p. 5). Por tanto, la desigualdad se traduce en limitaciones en el ejercicio de los derechos. Sin igualdad formal, sin la construcción de modelos de Estados que reflejen equidad, no existe libertad. Así las cosas, “la jurisdicción constitucional de la libertad” que desarrolló Cappelletti en sus obras se convierte en una ficción, al menos en la realidad de Latinoamérica y de los países andinos.

En este sentido, la construcción del Estado de Derecho en los países de la región Andina se desarrolló en condiciones en las que imperaba la desigualdad social. Ante esta situación surgió el constitucionalismo garantista como una consecuencia lógica, pues fue la respuesta de una sociedad oprimida que exigía desde los márgenes la reivindicación de sus derechos.

*“Junto con el Oriente Medio, América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo, donde el 10 % más rico concentra el 54 % del ingreso (frente al 56 % en el Oriente Medio y el 35,8 % en Europa). Existe una relación clave entre la estructura productiva, la calidad del empleo y los salarios. Cuando una economía tiene pocos sectores de alta productividad, que absorben una baja proporción del empleo, y el resto del empleo se sitúa en la subsistencia o el subempleo, entonces la distribución del ingreso tenderá a ser desigual. La CEPAL ha dicho que la estructura productiva de la región es la fábrica de la desigualdad”.* (Bárcena, 2022, p. 8)

A la luz de todo lo anterior, es posible afirmar que la construcción del Estado de bienestar, objetivo principal del constitucionalismo de posguerra en Europa, no logró su consolidación en los países latinoamericanos. *“La mayoría de los Estados latinoamericanos no experimentaron plenamente el estado de bienestar y sus Constituciones fundacionales, cercanas al liberalismo conservador, no fueron el resultado de procesos constituyentes*

*democráticos, sino elitistas*” (Iannaccone, 2022, p. 3). Así surgió en los países de la región Andina una corriente constitucionalista que prioriza la construcción del Estado de Derecho, que privilegia el bienestar integral de las personas. Dicho de otro modo, surgió el “constitucionalismo de los excluidos” (Iannaccone, 2022).

Los procesos constitucionales que tuvieron lugar en los países andinos son la respuesta a una larga historia de desigualdad que predominó durante la formación de los Estados republicanos, hoy democracias constitucionales. Los pueblos latinoamericanos, en especial los países andinos, vislumbraron en la jurisdicción constitucional una esperanza, la posibilidad de reivindicar los derechos fundamentales y garantizar la separación de los poderes del Estado; no obstante, no es conveniente trasladar la resolución de problemas que se deberían solventar en el campo político a órganos que son eminentemente jurisdiccionales.

De ese modo, concebir a la jurisdicción constitucional como el instrumento que por sí mismo permite la transformación de las estructuras sociales es un error; aun así, los tribunales constitucionales, a través de la aplicación del control de constitucionalidad, pueden contribuir a la generación de condiciones equilibradas a nivel democrático, las cuales se traducen finalmente en la superación del principal problema que afronta la región: la desigualdad.

## **4.2. Constitucionalismo andino. Una reinterpretación del Estado constitucional de Derecho**

Las primeras constituciones andinas, al igual que la Constitución de Bayona de 1808, se concibieron como cartas en las que prevalecía la organización política del Estado por sobre la garantía de los derechos fundamentales. No obstante, desde los inicios de la época republicana se han producido resquebrajamientos del orden democrático, situación que dificultó la consolidación de la institucionalidad del Estado.

De igual forma, las constituciones andinas que se redactaron durante el siglo XX incorporaban un reducido catálogo de derechos de carácter declarativo. Dicho de otro modo, en la región Andina las constituciones carecían de fuerza normativa, al menos en términos aplicativos.

Debido a esta situación, durante la década de 1990 se registraron levantamientos populares que exigían la reivindicación de los derechos sociales y un trato justo. Ante la falta de institucionalidad, sumada a la crisis democrática y social en la que se encontraban los países de la región Andina, surgió una corriente ideológica que propuso la reinterpretación del Estado de Derecho, denominada “neoconstitucionalismo”. Es así como inició el proceso de construcción de la teoría del Derecho constitucional andino, cuyo eje principal se encuentra en la búsqueda de la satisfacción de los derechos sociales.

Así, el neoconstitucionalismo propone una nueva concepción del Estado de Derecho, en contraposición al positivismo jurídico, donde el Estado solo es responsable del cumplimiento de los derechos que se encuentran desarrollados a través de la ley (Iannaccone, 2022). Al igual que la teoría positivista, es posible establecer diferencias entre el neoconstitucionalismo metodológico, ideológico y teórico, sin desconocer la conexión directa entre el Derecho y la moral sobre la que se sustenta (Carbonell & García, en Gómez, 2022).

En esta línea, Ecuador y Bolivia proclamaron constituciones extensas con la finalidad de garantizar el mandato constituyente. De esa forma, elevaron a rango constitucional una serie de normas que se podrían haber configurado en otros cuerpos normativos de inferior jerarquía. Es necesario dejar claro que no es suficiente la proclamación de cartas constitucionales garantistas de derechos. Sin la suficiente fuerza normativa y sin la existencia de garantías institucionales, es difícil alcanzar la

materialización de los derechos que legítimamente reclaman los sectores sociales minoritarios, históricamente discriminados.

Las constituciones de Ecuador y Bolivia se concibieron a la luz de la lucha social y de la teoría neoconstitucionalista, ante la oprobiosa situación de desigualdad que dificultaba la construcción del Estado Social de Derecho. No obstante, existen ciertas dudas en torno al modelo constitucional andino y su viabilidad como un sistema sostenible en el tiempo. Por tanto, es necesario profundizar en los cuestionamientos existentes en cuanto a su aplicación práctica.

Si bien es cierto que el neoconstitucionalismo surgió como alternativa al iuspositivismo tradicionalista y a las clásicas estructuras del sistema jurídico, ello podría suponer un riesgo para la seguridad jurídica y la democracia si se aplicara fuera de los límites de la Constitución y de los controles de la jurisdicción constitucional: *“lo que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la reducción del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la Constitución”* (Comanducci et al., 2009, p. 107). A la luz de estas consideraciones, corresponde a los órganos responsables de la jurisdicción constitucional racionalizar la teoría constitucional Andina a través de sentencias que marquen precedentes vinculantes.

Una solución práctica a esta objeción sería la aplicación de la interpretación constitucional con una visión objetiva de la moral, la “moral constitucional”. En ese sentido, en todo momento los jueces deben fundamentar sus sentencias según lo previsto por la Constitución, a fin de garantizar la seguridad jurídica y reducir la indeterminación del contenido del Derecho.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo afronta las mismas objeciones que la teoría iusnaturalista en cuanto al grado de indeterminación del significado de la Constitución y la

subjetividad interpretativa. Dado que las constituciones andinas incluyen un catálogo amplio de derechos, existe el riesgo de que en su contenido se puedan disfrazar preferencias ideológicas de determinados grupos sociales, hecho que pudiera provocar un descontento entre los demás miembros del Estado.

En definitiva, el proceso constitucional andino debe evitar las falsas promesas del Derecho “mejor” o “más justo” (Comanducci et al., 2009) y, en su lugar, debe aprobar la construcción de un sistema que refleje los valores comunes enfocados en la materialización del Estado de bienestar, sin dejar de lado la realidad histórico-social de los países de la región, a la luz de la cosmovisión andina (buen vivir).

Las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia establecen con claridad las competencias que cada poder del Estado debe asumir para garantizar la materialización de la Constitución. De tal modo, a pesar de que todos los derechos son tutelables, de igual jerarquía y de aplicación “directa”, se hace referencia a la obligación de cada ciudadano, en especial de cada poder del Estado, de cumplir con las competencias que la Constitución atribuye; y, en caso de incumplimiento, la propia Constitución establecerá las garantías jurisdiccionales correspondientes. Por tanto, la materialización de los derechos sociales, dado que requieren actos de carácter político, no deberían ser reclamadas judicialmente, salvo en caso de que se produzca la vulneración de derechos derivados de la acción u omisión por parte del Estado, siempre conforme a la Constitución.

*“Pero una cosa es considerar que los principios y valores que caracterizan el Estado social puedan ser vinculantes para el legislador y otra considerar que aquellos valores y principios, que no se reconozcan como derechos fundamentales, sean directamente aplicables sin intermediación legislativa alguna, derivando de tales principios y valores derechos subjetivos de los ciudadanos. Así, cabe rechazar aquellas*



*construcciones doctrinales que agrupadas bajo la etiqueta de neoconstitucionalistas propugnan la aplicabilidad directa de aquellos preceptos constitucionales que simplemente reconocen determinados principios que caracterizan al Estado social”.* (Quadra-Salcedo, 2022, p. 16).

Dicho esto, el Parlamento tiene la obligación de legislar conforme a los principios y derechos que proclama la Constitución “*por tanto, debe corresponder al legislador determinar cómo y cuándo aquellos preceptos a los que la norma fundamental sí ha reconocido ser directamente aplicables pueden ser restringidos*” (Quadra-Salcedo Janini, 2022, p. 18), siempre en función de las competencias que confiere la propia Norma Fundamental y el sistema normativo vigente.

En definitiva, el contenido de la Constitución es exigible ante todos los poderes del Estado, de este modo se garantizan la institucionalidad del Estado, la seguridad jurídica y los principios sobre los que descansa la democracia constitucional. Pensar que las Constituciones andinas del siglo XXI por sí mismas son la solución a los problemas de cultura jurídica y democrática resulta en una visión utópica y poco realista del significado de la Constitución.

No es casualidad que la Corte Constitucional de Colombia, durante los primeros años de funcionamiento, haya dictado sendas sentencias en torno a la protección de los derechos sociales. Este hecho evidencia el cambio del modelo de Estado construido a partir del principio de legalidad en Colombia por un modelo que proclama la fuerza normativa de la Constitución y que, a nivel jurisdiccional, se convirtió en un referente para los demás países de la región.

La concepción del Estado social de “*derechos y justicia social*” que rigen en la Constitución de Ecuador –y, en un sentido similar, en la Constitución de Bolivia– no es una simple construcción semántica, sino que representa la reinterpretación del orden

*constitucional con base en los derechos fundamentales. Así, son Constituciones que proclaman de forma definitiva la fuerza normativa de la Constitución. Lo cierto es que existen “nuevas piezas del derecho”, en particular de los principios; y la teoría de la interpretación” . Prieto Sanchís, 2003)*

Al respecto, se tiene que los habitantes de los países andinos vislumbraron en la jurisdicción constitucional la oportunidad de controlar de forma efectiva la constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los órganos del Estado. De tal manera: *“las nuevas constituciones se diseñan como instrumentos para la democracia: no se limitan a establecer una organización de los poderes del Gobierno (el ‘frame of government’), sino que fija las reglas básicas para su funcionamiento como democracia”*. (Comanducci et al., 2009, p. 149)

De ese modo, los tribunales constitucionales fueron dotados de amplias facultades para realizar el control de constitucionalidad de la ley, con el fin de garantizar la fuerza normativa de la Constitución. No obstante, estos son ante todo órganos jurisdiccionales, máximos intérpretes de la Constitución, y actúan en el marco de sus atribuciones. Por consiguiente, no se puede pretender que a través de sus sentencias los tribunales replacen a los poderes del Estado en el debido cumplimiento de sus atribuciones.

Dicho de otro modo, los tribunales constitucionales de los países andinos se diseñaron con la finalidad de evitar que las actuaciones del poder público transgredan los mandatos de la propia Constitución, mas no deberían decidir en la construcción de las políticas públicas, salvo que exista la vulneración de la Constitución por actuaciones u omisiones que el constituyente haya preconfigurado en la Norma Fundamental.

No obstante, tal como lo demuestra la historia occidental durante los últimos dos siglos, las cortes constitucionales, en el marco de sus competencias se convirtieron en un potente

motor de cambio y de transformación social. Para este fin, precisan dictar sentencias en estricto apego a la Constitución, abstraídas de los factores externos que puedan incidir en las decisiones. *“Una ‘Constitución’ es el ordenamiento básico de Estado y sociedad; no es solo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación Estado/sociedad”.* (Häberle, 2001, p. 170)

A la luz de estas consideraciones, las constituciones andinas del siglo XXI, con el afán de fortalecer el orden constitucional y la defensa de los derechos, ampliaron las atribuciones de los tribunales constitucionales, decisión que trajo consigo conflictos con los poderes del Estado que ostentan la soberanía popular. Aun así, el control de constitucionalidad que efectúan los tribunales constitucionales pertenece estrictamente al ámbito jurisdiccional.

Por otro lado, al ser las constituciones de Ecuador y Bolivia elaboradas por representantes del pueblo elegidos específicamente para este fin, y refrendadas por los ciudadanos mediante sufragio universal, fue el mismo constituyente y los ciudadanos quienes de forma directa confiaron a los tribunales constitucionales la guarda de la Constitución. Como resultado, las constituciones de Ecuador y Bolivia evidencian en su contenido una alta carga dogmática que se orienta hacia la construcción de sociedades equitativas e incluyentes, libres de todo tipo de discriminación o trato desigual. Garantizar el orden constitucional es una obligación de todos los miembros del Estado, de ahí surge la necesidad de establecer con claridad límites a la jurisdicción constitucional, sin dejar de tener presentes las difíciles situaciones que afrontan las sociedades en los países que se sitúan en la América Andina.

En este punto, resulta evidente que los sistemas de control constitucional que se implementaron en los países andinos fueron concebidos a partir de la hibridación de elementos del control difuso y del control concentrado europeo. Las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia atribuyen a los tribunales constitucionales la potestad para analizar la legitimidad de las normas a la luz de la Constitución (Prieto Sanchís, 2003). De tal forma, el principio de legalidad sustancial reemplazó al principio de estricta legalidad en los países de la región.

Sin embargo, mayores similitudes se encuentran entre la jurisdicción constitucional de Ecuador y Bolivia, pues sus constituciones proclaman principios que tienen su origen en las prácticas de los pueblos y nacionalidades indígenas. Dicho esto, la concepción biocéntrica pasó a formar parte del orden constitucional ecuatoriano y boliviano, hecho que marcó una diferencia sustancial frente a la visión clásica del Derecho occidental. Asimismo, el sistema constitucional de ambos países recogió el descontento de la población ante un sistema que no garantizaba la tutela judicial efectiva debido a la inexistencia de un sistema jurisdiccional que promoviera la defensa de la Constitución.

Ahora bien, en la jurisdicción constitucional colombiana no existen mayores principios con base en la plurinacionalidad y la cosmovisión Andina; no obstante, la Constitución de Colombia fue pionera en reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Por eso, al analizar los elementos de la jurisdicción constitucional, se debe prestar atención al escenario histórico en el que cada Constitución entró en vigor. Por otra parte, Ecuador y Bolivia implementaron de forma respectiva en la Constitución un sistema de justicia indígena acorde a los principios de la cosmovisión andina que se proclaman en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 192.3 de la Constitución de Bolivia, respectivamente.

A pesar de esto, todos los tribunales constitucionales de la región se conciben a la luz de los principios básicos de la teoría constitucional, de esa manera el control de constitucionalidad se aplica con la finalidad de garantizar la fuerza normativa de la Constitución, determinar la inconstitucionalidad de la ley y controlar las actuaciones de los poderes del Estado. Por otra parte, las constituciones de Ecuador y Bolivia ampliaron el catálogo de garantías jurisdiccionales. A través de la acción extraordinaria de protección y la acción de amparo boliviana es posible acceder a la revisión de las sentencias de los procesos judiciales.

Aunado a lo anterior, la jurisdicción constitucional en Colombia, Ecuador y Bolivia se encuentran encabezada por un Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución. Solo en el caso de Ecuador se concibió a la Corte Constitucional como un organismo por fuera de la estructura del Poder Judicial. No obstante, la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la Corte Constitucional ecuatoriana ejercen atribuciones constitucionales de forma autónoma e independiente.

Por otro lado, las constituciones andinas establecen de forma literal las atribuciones de los organismos jurisdiccionales que ejercen el control de constitucionalidad y, asimismo, determinan los principios que deben regir a los tribunales constitucionales. En el caso de la jurisdicción de Ecuador y Bolivia, las constituciones implementaron la acción de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, básicamente lo que cambia es la denominación bajo la que se introdujo en cada país. De ese modo, se observan similitudes en las primeras sentencias dictadas por ambos órganos jurisdiccionales con las sentencias del Tribunal Constitucional español en cuanto a su función instructiva.

La jurisdicción constitucional en los países de la región Andina confiere un extenso catálogo de atribuciones a los tribunales constitucionales entre las que se destaca el control de constitucionalidad de la ley, de los decretos, reglamentos y el control de las competencias de las instituciones del Estado. En el caso de Colombia, el control de los actos administrativos y de conflicto de competencias se encuentra a cargo del Consejo de Estado, situación que permite a la Corte Constitucional de Colombia concentrar su trabajo en resolver las acciones de inconstitucionalidad y las acciones de amparo constitucional con trámite en las salas de admisión y revisión.

En definitiva, los ciudadanos de la región Andina vieron en la jurisdicción constitucional una alternativa eficaz que permite garantizar los derechos a través del control de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. Lo cierto es que se trata de una vía hacia la consolidación del Estado social de Derecho y la democracia.

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, los tribunales constitucionales de la región Andina adoptaron sistemas de control mixtos; no obstante, de acuerdo con la realidad sociojurídica de cada Estado, surgieron evidentes diferencias respecto a la concepción de la jurisdicción constitucional. Entre estas diferencias se encuentran la organización de la jurisdicción constitucional, la forma de selección de los magistrados, el control previo de constitucionalidad de la ley, la atribución para efectuar el control de constitucionalidad y el otorgamiento de competencias específicas que confiere la Constitución de cada país al órgano de control constitucional.

Si bien es cierto que los tribunales constitucionales de la región Andina poseen autonomía e independencia frente a los poderes del Estado, llaman la atención los procesos de selección de los magistrados implementados en las constituciones de los países

de la región. Colombia adoptó la forma clásica para designar a los magistrados de la Corte Constitucional.

Según la Constitución colombiana el Parlamento deberá seleccionar a los magistrados de entre las ternas enviadas por el Poder Ejecutivo y Judicial; de ese modo existe una mayor carga de responsabilidad política en cuanto a la designación de los miembros de la Corte (Asamblea Constituyente de Colombia, 1991). Tal situación no debería socavar la independencia de la Corte Constitucional frente al Parlamento, dado que, una vez nombrados los magistrados, se deben a la Constitución y la ley.

En el caso de Ecuador los magistrados de la Corte Constitucional se designan a través de una comisión calificadora, conformada por dos representantes de las funciones del Estado: Legislativo, Ejecutivo y la Función de Transparencia y Control Social. Los magistrados se escogen de entre las candidaturas presentadas por las mismas funciones, previa realización de un concurso público (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por su parte, Bolivia adoptó el sufragio universal como mecanismo de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. El art. 198 (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009) establece que *“las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”*. Este método se convirtió en una novedad frente a los mecanismos que se implementaron en los demás países de la región.

Así las cosas, los procesos de selección de magistrados en los países andinos evidencian los esfuerzos por garantizar la independencia de las decisiones del Tribunal Constitucional; empero, los complejos sistemas de selección no garantizan la eficacia de la justicia constitucional. Por tanto, hace falta la combinación de garantías institucionales y democráticas que

influyan de forma directa en la consolidación de la jurisdicción constitucional.

Otra diferencia importante se encuentra en el control previo de constitucionalidad de la ley. La jurisdicción constitucional de Colombia concede al Poder Ejecutivo y Legislativo amplias atribuciones para aplicar el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley. De igual forma, se encuentran legitimados en Bolivia para realizar la consulta previa de constitucionalidad los representantes de las funciones del Estado según sus competencias. De manera contraria, en Ecuador corresponde únicamente al Presidente de la República presentar ante la Corte Constitucional objeciones de constitucionalidad sobre los proyectos de ley.

Por otra parte, en Colombia la Corte Constitucional no cuenta con la atribución para efectuar el control concreto de constitucionalidad, dado que la Constitución no le atribuye la facultad de aplicar la cuestión de inconstitucionalidad. En Ecuador y Bolivia, aunque con denominaciones diferentes, los tribunales constitucionales aplican el control concreto de constitucionalidad: en Ecuador, se denomina “consulta de constitucionalidad”; mientras tanto, en Bolivia, “acción de inconstitucionalidad concreta”. Aun así, en todos los casos, corresponderá solo a los tribunales constitucionales expulsar una norma jurídica al declarar mediante sentencia su inconstitucionalidad.

En Colombia, las facultades para aplicar el control de constitucionalidad se reparten entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; de esa forma, la Corte Constitucional efectúa el control sobre la ley y los decretos con fuerza de ley, mientras que el Consejo de Estado realiza el control de constitucionalidad de los reglamentos y actos administrativos. Esta situación permite a la Corte Constitucional de Colombia focalizarse en controlar la constitucionalidad de la ley y analizar



la constitucionalidad de las decisiones de los jueces de la jurisdicción ordinaria en los casos de amparo. Al contrario, en Ecuador y Bolivia corresponde de forma exclusiva a la Corte Constitucional realizar el control de constitucionalidad de todos los actos normativos y las actuaciones de los poderes del Estado.

Si bien es cierto que la Constitución colombiana incorporó algunas acciones de garantías jurisdiccionales, a través de la vía de amparo no es posible revisar la constitucionalidad de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales. Esta situación contrasta con las Constituciones de Ecuador y Bolivia, dado que los tribunales constitucionales, a través de la acción extraordinaria de protección y la acción de amparo constitucional, realizan el control de constitucionalidad de las sentencias que emiten los órganos jurisdiccionales ordinarios.

A pesar de esto, en todos los Estados andinos existen instrumentos jurídicos dentro de la jurisdicción ordinaria que permiten revisar las sentencias. En cada país andino, la Corte Suprema de Justicia, a través de los procesos de casación o revisión, examina la validez de cuestiones atinentes a la mera legalidad; es decir que este tipo de acciones jurisdiccionales no se utilizan para revisar la constitucionalidad de las actuaciones de los jueces ordinarios.

Finalmente, a diferencia de las jurisdicciones de Colombia y Bolivia, Ecuador incorporó una acción un tanto novedosa en la Constitución, lo que permitió a la Corte Constitucional interpretar el contenido orgánico de la propia Constitución mediante una vía específica. Sin embargo, la interposición de la acción de interpretación constitucional se limita a la parte orgánica de la Constitución, precisamente por las connotaciones que podría traer consigo la interpretación del contenido dogmático de la Norma Fundamental.

### 4.3. Técnicas para la optimización del control constitucional en los países de la región Andina

En los países de la región Andina los mecanismos de control jurisdiccional se encuentran en proceso de consolidación, por eso la convergencia de algunos elementos resulta indispensable para favorecer la armonía funcional al efectuar el control de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. Dicho esto, la optimización del control de constitucionalidad depende del fiel cumplimiento del orden constitucional. *“Porque la obra de arte no es la Constitución misma, sino el Estado y la integración política que le da vida y la Constitución es nada más que una, la principal tal vez, de las herramientas para conseguirla”* (Herrero de Miñón: 2003, p. 47). De esta forma, existen elementos que inciden a nivel externo e interno en el desempeño de los tribunales constitucionales andinos.

Los órganos que ejercen el control constitucional requieren absoluta independencia de los factores externos, solo así es posible alcanzar la consolidación de la jurisdicción constitucional. Es común en las democracias débiles, como en el caso de los países de la región Andina, que los poderes del Estado busquen incidir en los órganos de control, incluso en las decisiones de los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional. Para optimizar la eficiencia de los tribunales en los países de la región, es necesario adoptar mecanismos constitucionales que eviten la “justiciabilidad de cuestiones políticas”, dado que son asuntos que no pertenecen a la jurisdicción constitucional (Zúñiga, 2010). De esta forma se garantiza la independencia de la jurisdicción constitucional frente a los poderes del Estado.

En el presente epígrafe se describen los elementos que contribuyen a la construcción de sistemas jurisdiccionales con independencia plena del poder político; no obstante, son elementos que, por sí solos, resultan ineficaces. Para optimizar el control de constitucionalidad hace falta implementar elementos

de naturaleza jurídica y política que, sin duda, reflejan el nivel de madurez democrática que ha alcanzado cada país en la región.

Históricamente, la separación de los poderes del Estado garantizó el desarrollo de la democracia en Occidente y en gran parte del mundo. Asimismo, facilitó el desarrollo de los sistemas de justicia independientes. La autonomía de la administración de justicia garantizó durante gran parte de la historia moderna el equilibrio entre los poderes del Estado, así como también las relaciones entre el Estado y los ciudadanos a través de leyes concebidas a la luz del Estado de legalidad. No obstante, dados los hechos acaecidos durante la primera mitad del siglo XX, el Estado de legalidad colapsó, hecho que trajo consigo la posterior proclamación del Estado Constitucional de Derecho en la gran mayoría de países occidentales.

Para que los tribunales constitucionales cumplan de forma efectiva sus atribuciones se requiere de la sujeción de los poderes del Estado a las decisiones jurisdiccionales, por tanto, resulta fundamental el compromiso de acatar las disposiciones del tribunal. Dicho compromiso se afianza a través del control político que ejercen entre sí los poderes en cuestión; por tanto, su división permite generar los contrapesos necesarios dentro del orden democrático. De este modo, no se puede concebir el equilibrio entre los poderes del Estado frente al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional sin que exista un vínculo institucional.

Producto de la evolución sociojurídica, la concepción anterior del Estado de Derecho fue reemplazada por la dogmática del “Estado Constitucional de Derecho” en la mayoría de los países del mundo. La creación de un órgano titular de la jurisdicción constitucional permite garantizar la supremacía de la Constitución frente a la ley y las actuaciones de los poderes del Estado. En ese sentido, se puede afirmar que el respeto

a la institucionalidad es la clave de bóveda que garantiza la consolidación de la democracia constitucional.

En esta línea, el equilibrio entre las atribuciones que desempeña cada poder del Estado se convierte en una especie de autocontrol de constitucionalidad. *“La efectividad del principio de control es que solo el poder frena al poder... Ahora bien, el control, como señalarán desde McIlwain a Aragón Reyes, es la esencia del constitucionalismo “antiguo y moderno”* (Herrero de Miñón, 2003, p. 63). Fijar límites a las actuaciones de los poderes del Estado se traduce en la garantía institucional de los tribunales constitucionales.

Así las cosas, la Constitución confirió al Tribunal Constitucional atribuciones que garantizaran su propia independencia frente a los poderes del Estado. Dicho esto, resulta evidente la simbiosis que se produce entre el principio de la separación de los poderes y la acción efectiva de los tribunales constitucionales.

A la luz de estas consideraciones, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿qué instrumentos utilizan los tribunales constitucionales para garantizar la división de poderes en el Estado?. Como todo órgano jurisdiccional, los tribunales constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia poseen atribuciones como la acción de incumplimiento para controlar las actuaciones de los poderes del Estado, así como los conflictos que se podrían presentar en el ejercicio de las competencias constitucionales.

En los países andinos, a través de la acción de incumplimiento, el Tribunal Constitucional podría incluso llegar a declarar la destitución de los servidores públicos que desacaten las sentencias de los órganos jurisdiccionales. Sin la obligación de los poderes del Estado de cumplir con las sentencias que dicten los tribunales constitucionales, resultaría imposible el desarrollo efectivo de la justicia constitucional, puesto que, en

cierta medida, los tribunales cumplen con una función correctora sobre la labor del legislador (Ortiz Mayagoitia, 2007).

De igual forma, los tribunales constitucionales disponen de las atribuciones necesarias para garantizar la división de los poderes del Estado, así como la constitucionalidad de las leyes y el cumplimiento de sus sentencias; aun así, la falta de independencia frente a los poderes del Estado persiste en la región, situación que en muchos casos produce la duda respecto a la legitimidad de las decisiones de los organismos jurisdiccionales en cuanto al control de constitucionalidad.

Por otro lado, la desconfianza hacia los tribunales constitucionales se mantiene con respecto al cumplimiento de sus competencias, dado que los magistrados podrían resolver los procesos jurisdiccionales en función de principios subjetivos en reemplazo de la Constitución. Lo cierto es que los tribunales constitucionales andinos solo se conseguirán afianzar al dictar sentencias que se sustenten en la Constitución, al separar el Derecho de la moral subjetiva. En definitiva, es necesario disipar toda duda que pueda rondar sobre los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional (Zúñiga, 2010).

A este respecto, los países de la región Andina incorporaron sistemas jurisdiccionales donde se combinaron elementos del modelo clásico americano y europeo, todo ello con la finalidad de implementar controles de constitucionalidad eficientes, optimizados y sincronizados con la realidad de cada país de la región. *“Planteado con simpleza, cuando no brutalidad, es la imposición de la ‘lógica de la Constitución’, sobre la lógica político-democrática”* (Zúñiga, 2010, p. 399). De ese modo, el desarrollo progresivo del control de constitucionalidad desde los inicios del periodo republicano, y con mayor énfasis desde finales de la década de 1970, afianzó la indiscutible supremacía de la Constitución sobre los sistemas normativos en los países de la región Andina.

En ese orden de ideas, optimizar los procesos de control de constitucionalidad depende de algunos factores entre los que destacan la mejora de los procesos de selección de los miembros de los tribunales constitucionales, la independencia del Tribunal Constitucional frente a los poderes del Estado, la asignación de atribuciones constitucionales en función de la naturaleza propia de un órgano jurisdiccional y definir con claridad el papel de los tribunales constitucionales a la luz de las técnicas de interpretación constitucional.

Asimismo, se debe tener presente que los magistrados de los tribunales constitucionales encuentran los límites de sus atribuciones entre la esfera del orden jurisdiccional y las decisiones que corresponden a los órganos de representación política del Estado. Evitar la discrecionalidad judicial al aplicar el control de constitucionalidad siempre será necesario para garantizar la prevalencia del orden constitucional, a pesar de que *“el alto grado de indeterminación semántica de las normas constitucionales hace de la interpretación constitucional una tarea especialmente discrecional”*. (Prieto Sanchís, 2003, p. 157)

Por otro lado, existen cuestiones de orden interno que los tribunales constitucionales deben optimizar, ya que su eficiencia dependerá de los niveles de formación de los magistrados de la Corte. Aplicar el control de constitucionalidad de forma eficiente requiere la permeabilización de la cultura jurídica en todos los niveles institucionales.

Un sistema de control constitucional en el que las sentencias que dictan las más altas cortes jurisdiccionales no se acaten o no tengan su cumplimiento dentro de plazos razonables afecta la legitimidad de la Corte y socaba el valor de la Constitución. Por consiguiente, los poderes del Estado deben cumplir con las sentencias de los tribunales constitucionales, aun cuando exista un abierto desacuerdo, pues lo contrario traería consigo una

afectación directa a la legitimidad de la Corte Constitucional, así como un grave daño al orden constitucional democrático, difícil de reparar.

Finalmente, existe un elemento esencial para alcanzar la optimización de los sistemas de control constitucional en los países de la región Andina: la comprensión integral del Estado de Derecho con base en la democracia constitucional. La Constitución es la brújula que orienta a los países de primer mundo hacia las vías del desarrollo, en ella se proclaman los valores compartidos y aceptados por la sociedad, los representantes de los poderes del Estado y la ciudadanía en general deben interiorizar que el irrespeto al orden constitucional trae consigo una serie de implicaciones nocivas para el Estado de Derecho.

#### **4.4. Métodos de selección de los magistrados de los tribunales constitucionales**

Los países de la región Andina implementaron diferentes sistemas para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. Propio de los Estados de Derecho, los administradores de justicia ejercen sus funciones en estricto apego a la Constitución, así consiguen aislar las valoraciones que tienen origen en las apreciaciones propias, situación nada sencilla, pero indispensable para fortalecer la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, los magistrados deben anteponer las decisiones del pleno sobre sus propios criterios. *“La actividad del Tribunal está fundada sobre las distintas personalidades de los jueces que se expresan en la sala de deliberaciones. Al mismo tiempo, es rigurosamente colegial”* (Zagrebel'sky, 2008, p. 62). En algunos casos, dada la formación académica o el ámbito en el que han desarrollado la carrera profesional, cada magistrado tendrá valoraciones individuales, incluso posiciones políticas de carácter ideológico; no obstante, al asumir el

cargo de magistrado del Tribunal Constitucional, deben hacer prevalecer los principios de la Constitución. *“Los Tribunales Constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos. La designación de los miembros de los tribunales no obedece a los criterios tradicionales”*. (Ferrer Mac-Gregor, 2009b, p. 29)

Por tanto, el encargo de administrar la justicia en función de la Norma Fundamental requiere de jueces que, a pesar de tener perspectivas constitucionales propias, cumplan sus funciones con la rigurosidad de un celibato constitucional, en analogía con la labor sacramental. *“El ‘esfuerzo de apertura de un Tribunal Constitucional’ debe mantenerse leal a la clásica reserva judicial. Las resoluciones del Tribunal no deben ser comentadas en público por otros magistrados constitucionales”*. (Häberle, 2012, p. 27)

No obstante, en los países de la región Andina, a nivel de las altas magistraturas, es común encontrar jueces que abiertamente expresan su posición política, incluso al punto de denostar sobre determinadas posiciones ideológicas. Los jueces de los tribunales constitucionales deben mostrarse “inasequibles a las influencias partidistas” (Häberle, 2012, p. 521).

Los hechos descritos en líneas anteriores suponen un grave riesgo para la institucionalidad de los poderes del Estado, ya que los jueces deben guiar sus fallos en estricto apego a la Constitución y la ley, así como desvincular de la administración de justicia sus creencias morales o de canon éticas; lo contrario, reflejaría el deseo de imponer sus propias escalas de valores antes que los principios y derechos que proclama la Constitución.

*“Acercas del nombramiento de estos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se*



*puede abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional”.* (Zúñiga, 2010, p. 417)

En el caso de Colombia, se priorizó la vinculación de la Corte Constitucional al Poder Legislativo, al otorgar al Parlamento, luego de un proceso en el que participan los demás poderes del Estado y la sociedad civil en general, la potestad para designar a los magistrados de la Corte Constitucional. De este modo, se recuerda a los magistrados que el control de constitucionalidad recae sobre la principal labor del Parlamento: legislar, actividad de naturaleza política en esencia.

No obstante, la fórmula implementada en la Constitución de Colombia mantiene grandes diferencias con el modelo de control constitucional europeo (Ferrer Mac-Gregor, 2009b). Lo anterior, en tanto que la Constitución confiere a los jueces de la jurisdicción ordinaria la facultad de aplicar el control difuso a través de la acción de excepción de constitucionalidad.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana desarrolla un sistema de selección en el que incluye, a través de la formación de una comisión, la participación de todos los poderes del Estado, excepto la Función Judicial y Electoral. Asimismo, se establece un procedimiento que afianza la participación ciudadana; y, una vez culminado el concurso de méritos y oposición, se designan a los miembros de la Corte Constitucional. De esta forma, desde la Constitución, se promueve la participación de todos los miembros del Estado ecuatoriano en el proceso de designación de los jueces de la Corte Constitucional. Los mecanismos de participación ciudadana garantizan, en parte, la transparencia del proceso de selección. Finalmente, los magistrados del

Tribunal Constitucional son posesionados por la Asamblea Nacional.

Llama la atención la forma de selección de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Luego de un proceso de preselección llevado a cabo por la Asamblea, los magistrados son escogidos a través de votación popular. La intención del constituyente boliviano al implementar en la Constitución esta forma novedosa de designación es otorgar a los magistrados legitimidad democrática, equiparable a la legitimidad que ostentan los poderes Ejecutivo y Legislativo. Aun así, dadas las funciones que cumple un órgano de control constitucional, antes que legitimidad democrática, se debería privilegiar el desempeño profesional y los conocimientos en el campo del Derecho constitucional a nivel dogmático, normativo y procesal.

La selección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional a través de mecanismos de elección popular no necesariamente garantiza mayores niveles de legitimidad, tampoco es la solución a los problemas que ocasionalmente se presentan en torno al ejercicio de las atribuciones que confiere la Constitución a la jurisdicción constitucional. A la vista de los hechos prenombrados, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional continúan vinculados a procesos políticos-proselitistas.

Por otra parte, en los procesos electorales que se han llevado a cabo para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se han impuesto los votos blancos y nulos sobre los votos válidos. En las elecciones del año 2011 se registraron 40,72 % de votos válidos, mientras que los votos blancos y nulos sumaron el 59,27 %. De igual forma, en las elecciones del año 2017 los votos válidos alcanzaron el 32,64 %, mientras que los votos nulos y blancos constituyeron un 65,83 %. Se puede apreciar que los votos válidos disminuyeron en las últimas

elecciones realizadas al incrementar el porcentaje de los votos nulos y blancos (Pásara, 2018). Así, los resultados del proceso electoral evidencian la falta de interés o conocimiento entre la población acerca de la importancia que tiene la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por consiguiente, a la vista de los resultados de los procesos electorales para designar a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, la legitimidad que estos obtienen no resulta equiparable a la que ostentan los poderes Ejecutivo y Legislativo. Por tanto, es posible afirmar que la fuente primaria de legitimidad de los tribunales constitucionales se concentra en la solidez institucional y la independencia que demuestran al dictar sus sentencias frente a los poderes del Estado. Si bien es cierto que la forma de selección de los miembros de los tribunales constitucionales es importante, mayor aún es la solvencia con la que cada magistrado desempeña las atribuciones otorgadas por la Constitución.

Lo cierto es que en Bolivia los partidos políticos de forma indirecta continúan respaldando a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado que inciden en los votantes para inclinar la intención de voto. Dicho esto, la fórmula que implementó Bolivia para designar al Tribunal Constitucional Plurinacional podría generar un efecto no deseado: la politización del sistema jurisdiccional.

En ese orden de ideas, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales que no fueron diseñados para hacer prevalecer decisiones de índole política, pues el diseño y la ejecución de las políticas públicas son una responsabilidad propia de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, en situaciones excepcionales, y en defensa de la propia Constitución, ante un riesgo grave e inminente que supone una amenaza para el orden constitucional, los tribunales constitucionales podrían resolver casos que se encuentran en los límites del orden jurisdiccional

y político. La solidez institucional del Tribunal Constitucional es vital para hacer prevalecer sus decisiones sobre los poderes del Estado; por tanto, el Tribunal Constitucional debe alcanzar el estatus necesario que solo se consigue al demostrar independencia al momento de dictar sentencia.

En definitiva, la jurisdicción constitucional se afianza al seleccionar a los miembros de los tribunales constitucionales de forma independiente. Estos, una vez designados, deben cortar sus vínculos con las fuerzas políticas o con los representantes de los poderes del Estado que los nominaron. Consecuentemente, es posible afirmar que la fórmula idónea para designar al Tribunal Constitucional necesita del involucramiento de todos los poderes del Estado y la sociedad en general.

Incluir la participación de veedurías ciudadanas garantiza la transparencia de los procesos de selección, pero es necesario que se cumplan los procedimientos que establece la Constitución. Construir procesos que combinen distintos mecanismos de selección podría afianzar la independencia de la jurisdicción constitucional.

Una forma de garantizar la independencia de la jurisdicción constitucional se encuentra en la incorporación de la sociedad civil a los procesos de selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional; sin embargo, no es una garantía suficiente a nivel institucional. A través de las reformas al ordenamiento jurídico, se pueden implementar procedimientos de selección de los magistrados con opción a veto cruzado, al conferir esta potestad a cada ente nominador para que actúe de modo discrecional, dado que la opción a veto no requeriría mayores fundamentaciones.

La objeción discrecional se puede presentar sobre cualquiera de los preseleccionados a integrar la terna final. El Poder Ejecutivo podría objetar a uno de los preseleccionados por el Poder Legislativo y viceversa; y, de igual forma, los candidatos

propuestos por los distintos sectores que intervienen en la preselección. Las razones de la objeción pueden ser la evidente posición política de uno de los preseleccionados; o la notoria falta de imparcialidad. Dicho de otra forma, introducir un mecanismo cuya valoración pertenece al orden político y no jurisdiccional. El procedimiento en cuestión se aplicaría con base en el principio de igualdad entre los órganos nominadores.

Ahora bien, la aplicación del veto cruzado obligaría a preseleccionar con mayor rigor a los postulantes y, asimismo, escoger a ciudadanos cuya única obligación sea garantizar la prevalencia de la Constitución. De este modo, se evita que los futuros miembros del Tribunal Constitucional dicten sentencias sesgadas a sus propias convicciones políticas, situación que tiende a favorecer al Poder del Estado o sector de la sociedad que los nominó.

En definitiva, la elección de los jueces del Tribunal Constitucional continúa siendo un asunto en el que resulta difícil encontrar acuerdos en cuanto al método más efectivo para su designación, ya que *“cuantas más competencias escritas o tácitas asume esta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta”* (Häberle, 2001, p. 177). A pesar de los múltiples procedimientos que se podrían implementar para garantizar la independencia del control de constitucionalidad, resulta imposible separar el origen político de los magistrados sin dejar de lado la naturaleza de sus atribuciones: la aplicación del control jurisdiccional con base en un instrumento cuyo origen se encuentra en la democracia, la Constitución.

Existe una relación directa entre el fortalecimiento institucional de los órganos jurisdiccionales y el nivel de independencia que demuestran frente a los poderes del Estado. Los mecanismos escogidos por las constituciones andinas para designar a los magistrados de los tribunales constitucionales garantizan,

en cierta medida, la autonomía del órgano jurisdiccional; sin embargo, se podría añadir un régimen de inhabilidades especiales que limite las actividades políticas de los miembros del Tribunal Constitucional durante y después del ejercicio de sus funciones.

En ocasiones los magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Presidente de la República o por cualquier otro poder del Estado para ocupar altos cargos en la administración pública; al suscitarse el nombramiento de forma inmediata, se podría comprometer la independencia del órgano jurisdiccional. Por otra parte, las constituciones andinas contienen mínimas limitaciones que prohíben a los magistrados del Tribunal Constitucional participar como candidatos en procesos de elección popular. Estas situaciones cuestionan la objetividad del Tribunal Constitucional, ya que se suscitan dudas acerca de si los magistrados lo podrían utilizar como plataforma para futuras incursiones en la política.

A la luz de estas consideraciones, la Constitución colombiana implementó en el artículo 240 un régimen especial de inhabilidades con la finalidad de preservar la independencia de la Corte Constitucional: “No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado”. De esta forma, quedan inhabilitados de participar en procesos electorales los ciudadanos que durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como ministros de despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Igualmente, el Gobierno no puede conferir empleo a los magistrados de la Corte Constitucional durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente de su término, así lo dispone el art. 245 CC: Art. 245 CC: “El Gobierno no podrá

conferir empleo a los magistrados de la Corte Constitucional durante el periodo de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro”.

Por otra parte, la Constitución de Ecuador establece la prohibición de participar en los procesos electorales a los jueces de la Función Judicial, del Tribunal Contencioso Electoral y a los miembros de la Corte Constitucional y del Consejo Nacional Electoral, con excepción de los casos en los que se presente la renuncia a las funciones seis meses antes de la fecha en la que se han de celebrar las elecciones. Además, hay que señalar que en la Constitución no se establece prohibición alguna a los magistrados para ser nombrados ministros o para ocupar otros cargos en cualquier poder del Estado.

Ahora bien, en el caso de Bolivia, la Constitución establece la inhabilidad para participar en comicios a quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento que no hayan renunciado a este al menos tres meses antes al día de la elección. Además, no existe impedimento para que los magistrados del Tribunal Constitucional, una vez terminen sus funciones, puedan ser nombrados de forma inmediata en altos cargos por parte de cualquier poder del Estado.

Como se evidencia, la Constitución de Colombia es la única en la región que implementó un régimen de inhabilidades un tanto más estricto; esto, con el fin de garantizar que los magistrados de la Corte Constitucional cumplan fielmente con las atribuciones conferidas. No obstante, en Latinoamérica existen otras Constituciones que implementaron regímenes de inhabilidades especiales.

Por ejemplo, el art. 57 de Constitución Política de Chile prohíbe a los altos cargo de la administración pública ser candidatos a diputado o senador al año siguiente de haber culminado funciones. Dentro de esta prohibición se encuentran comprendidos los miembros de los órganos de control del

Estado y los organismos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional. La norma constitucional en mención busca que los altos cargos cumplan sus atribuciones en función de los intereses del Estado, sin cálculos de cara a futuros procesos de elección popular.

En consecuencia, el control de constitucionalidad en Ecuador y Bolivia se podría optimizar a través de una reforma constitucional que amplíe las inhabilidades para ser candidatos de elección popular y ocupar cargos de confianza en los poderes del Estado. A este respecto, se podría elaborar una ley orgánica que regule el ejercicio de alto cargo en los poderes del Estado, similar a la Ley Nro. 3 de 2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la administración general del Estado de España. Este proyecto de ley no solo permitiría establecer la idoneidad de los altos cargos que designe el Poder Ejecutivo, sino que su rango de aplicación se extendería hacia los demás poderes del Estado.

De esa forma, la idea principal consiste en impedir mediante acto normativo que la misma persona ocupe de manera continua altos cargos en distintos poderes del Estado, dado que esta situación podría comprometer la independencia de la institucionalidad pública. Dicho de otro modo, se debe evitar que los funcionarios, en especial los miembros de los órganos jurisdiccionales administren justicia con base en futuras aspiraciones personales.

En definitiva, garantizar que los magistrados del Tribunal Constitucional dicten sentencias enmarcadas estrictamente en la Constitución y la ley es fundamental para el desarrollo del nuevo constitucionalismo en la región Andina.

#### **4.5. Atribuciones de los tribunales constitucionales**

Ante todo, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, concebidos para efectuar el control de constitucionalidad de la ley y las actuaciones de los poderes



del Estado. “*Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos*” (Ferrer Mac-Gregor, 2009b, p. 13)

Por otra parte, se debe mencionar que en los países de la región Andina las constituciones confirieron a los organismos de control constitucional un amplio catálogo de atribuciones, hecho que pudiera afectar la celeridad en la administración de justicia constitucional.

En Colombia, la acción de amparo se convirtió en una garantía que favoreció la democratización de la jurisdicción constitucional; no obstante, su uso indiscriminado y el hecho de que todas las acciones son remitidas a la Corte Constitucional suponen cargas procesales que dificultan su óptima aplicación. El hecho de que las sentencias que en general dictan los jueces ordinarios no se encuentren sometidas a un control posterior de constitucionalidad socava la posición de la Corte Constitucional de Colombia como máximo intérprete.

En el caso de Ecuador, la Constitución en el artículo 428 concibe a la “consulta de constitucionalidad”, que en realidad es la forma que adoptó la cuestión de inconstitucionalidad. La denominación que adquirió en el sistema jurídico ecuatoriano genera confusión entre los administradores de justicia y los accionantes. Los jueces de la jurisdicción ordinaria intentaron de forma errónea utilizar la consulta de constitucionalidad como un instrumento de “consulta” dirigido a la Corte Constitucional, al plantear sin mayores fundamentaciones asuntos de duda y, en otros casos, “preguntar” a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de normas o actuaciones de los poderes del Estado.

Así las cosas, la principal labor de los tribunales constitucionales consiste en fijar los precedentes vinculantes en torno a la

validez de la ley y la aplicación de la Constitución por parte de los órganos jurisdiccionales (Ortiz Mayagoitia, 2007). Dicho de otro modo, su función principal es garantizar la supremacía del orden constitucional.

Los tribunales constitucionales andinos se deberían enfocar en labores “esenciales” (Häberle, 2012) y excluir de sus atribuciones aquellas que podrían ser avocadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria; esto, con el fin de priorizar la defensa eficaz de la Constitución. De ese modo, la constitucionalidad de los actos administrativos puede ser resuelta por el Tribunal Contencioso Administrativo; y, salvo en los casos debidamente motivados, las partes procesales podrían recurrir ante la Corte Constitucional con la sentencia que se dicte en sede administrativa.

#### **4.6. Objetividad normativa y la tutela de los derechos**

Los principios constitucionales son vitales para la construcción del Estado Social de Derecho, constituyen el reflejo de los valores y costumbres que comparten los ciudadanos. Las actuaciones legítimas de los poderes del Estado tienen como base los principios que fueron proclamados en la Constitución; sin embargo, si los principios se hallaran desprovistos de la misma fuerza normativa que reviste a las demás normas constitucionales, la parte dogmática de la Constitución no representaría más allá que un simple artilugio de la política, capaz de llegar a distorsionar los fines y alcances de la jurisdicción constitucional.

Dicho de otro modo, se volvería un obstáculo para la aplicación de control jurisdiccional de constitucionalidad. Resulta evidente que en los sistemas garantistas todo el contenido de la Norma Fundamental posee fuerza normativa, ya que todos los derechos son exigibles con carácter vinculante ante cualquier autoridad. “*La fuerza normativa de la Constitución se asocia*

*indisolublemente a la idea del Estado constitucional de derecho, en el cual existen valores e intereses fundamentales previstos en un texto supremo que no pueden quedar supeditado a mayorías legislativas coyunturales*". (Polo, 2018, p. 233)

A este respecto, la Constitución colombiana, a fin de garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la jurisdicción constitucional, establece de forma literal los derechos que son tutelables de forma directa ante los organismos jurisdiccionales; el art. 85 CC establece que "*son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40*". De tal modo, se garantiza el valor de la Constitución como un instrumento jurídico-normativo; aun así, los valores constitucionales no dejan de ser aplicables, dado que todos los miembros de los poderes del Estado y los jueces de la jurisdicción ordinaria y constitucional fundan sus actuaciones en la fuerza normativa de la Constitución. "*Estos derechos fundamentales reconocidos por las precitadas normas son self-executing*". (Rey Cantor, 2006, p. 307)

En contraste, la Constitución de Ecuador, en el artículo 11.3, establece que todos los derechos son tutelables, de igual jerarquía y de aplicación directa ante cualquier organismo del Estado; estos preceptos son incorporados en el mismo sentido en la Constitución de Bolivia. "*La aplicabilidad directa de los derechos establecidos en la Constitución, como lo señala el artículo 109, no es solo una característica de las Constituciones contemporáneas, que tiene esta condición invadente y pervasiva (invasora y entrometida) en todo el ordenamiento jurídico*". (Rojas Tudela, 2018, p. 97).

De ese modo, en ambos países prevalece el principio de aplicación directa de la Constitución, sin precisar cuáles son los derechos tutelables a nivel jurisdiccional, situación que se convierte en una puerta abierta hacia el activismo judicial,

debido al alto grado de indeterminación. Así, no singularizar que derechos son directamente exigibles ante los tribunales de justicia es otra falencia del sistema constitucional andino.

En este punto, es necesario señalar que es un error llamar activismo judicial a las situaciones en las que la justicia constitucional fundamenta sus sentencias en razones políticas y no jurídicas, dado que bajo estas circunstancias los jueces dictan sentencias con base en valoraciones subjetivas y no conforme a la Constitución, hecho que supone una grave afectación hacia la jurisdicción constitucional y el orden constituido.

Por el contrario, el concepto legítimo de activismo judicial se refiere a *“la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado”* (Aragón Reyes, 2019, p. 15). En todo caso, el activismo judicial encuentra sus límites en el propio fundamento constitucional. Dicho esto, la actuación judicial desmedida puede traer consigo la deslegitimación del órgano constitucional.

Así, no determinar qué derechos son exigibles a través de las garantías jurisdiccionales es una puerta abierta hacia el activismo judicial sin control, por lo que los tribunales constitucionales de cada Estado deben definir los límites de la jurisdicción constitucional. Cabe recordar que existen asuntos que por su naturaleza política se deben resolver a través de las actuaciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo; mientras tanto, al Tribunal Constitucional le corresponde tomar decisiones de índole jurisdiccional.

Si bien es cierto que todos los derechos son de igual jerarquía, y que toda la Constitución se encuentra revestida de fuerza normativa, los principios y valores por sí mismos no son suficientes para garantizar la satisfacción de los derechos, puesto que es una labor que corresponde a los poderes del Estado en el marco de la Constitución. Dicho de otro modo,

existen normas constitucionales que establecen con claridad los procedimientos jurisdiccionales a seguir, así como a quien corresponde, según sus competencias, efectivizar los derechos.

A la luz de todo lo anterior, las Constituciones de los países andinos requieren precisar que las Cortes Constitucionales son órganos jurisdiccionales y, como tal, se encuentran desprovistos de atribuciones para tomar decisiones que son propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, cabe preguntarse en qué circunstancias la Corte Constitucional podría admitir a trámite procesos que se encuentran al borde de los límites jurisdiccionales y que requieren decisiones políticas. El Tribunal Constitucional debe avocar conocimiento de todos los procesos jurisdiccionales donde se encuentran en riesgo de vulneración los derechos constitucionales, ya sea por las actuaciones u omisiones de los poderes del Estado o por la vigencia de leyes contrarias a la Constitución, aun cuando eso suponga una colisión con los poderes del Estado.

En definitiva, existen derechos que requieren el debido desarrollo legislativo para alcanzar su concreción, situación que de ninguna forma significa que no son objeto de tutela por parte del Tribunal Constitucional. Interpretar artículos de la Constitución de forma aislada sería desconocer el valor de las demás normas constitucionales.

No es una novedad que los órganos jurisdiccionales interpretan la ley a la luz de la Constitución al dictar sentencias; de igual modo, es un deber de todos los ciudadanos, en especial de los servidores públicos, cumplir con las disposiciones constitucionales. Por tanto, en los sistemas jurisdiccionales andinos la interpretación de la Constitución y la ley puede ser realizada por todas las personas, aunque la propia Constitución otorga a los tribunales constitucionales la calidad de máximos intérpretes.

Todo Tribunal Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad, deberá interpretar la ley conforme a la Constitución; no obstante, existe un riesgo latente, la “*desnaturalización de la función jurisdiccional*” (Aragón Reyes, 2019, p. 17). En consecuencia, se podrían presentar circunstancias en las que el órgano titular de la jurisdicción constitucional involuntariamente sustituya a las funciones del Poder Legislativo, situación no deseable, dado que los organismos jurisdiccionales no se encuentran legitimados para legislar.

Lo cierto es que cuando un Tribunal Constitucional se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones afecta al equilibrio del orden constitucional, básico para asegurar la existencia misma del Tribunal y el respeto de su posición ante los poderes del Estado y los ciudadanos. En suma, ningún Tribunal Constitucional se debería extralimitar al interpretar la Constitución y la ley.

En esta línea, la Constitución colombiana atribuye a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de la Constitución, siempre en el marco estricto de las atribuciones conferidas por la Norma Fundamental, dado que no es el único órgano responsable de aplicar el control de constitucionalidad. La Corte Constitucional procura interpretar la ley que se encuentra vigente en el sentido que mejor se ajuste al contenido íntegro de la Constitución, “*y, naturalmente, de establecer la interpretación constitucional de un enunciado a presentar la mejor interpretación del mismo solo hay un paso*”. (Prieto Sanchís, 2003, p. 168)

En Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo intérprete a todo nivel de la Constitución y la ley, al igual que en la República Plurinacional de Bolivia: “*las decisiones interpretativas tienen su fundamento general en el principio de conservación de la ley y su necesaria interpretación conforme con la carta fundamental y como característica esencial común el entender qué parte del contenido normativo de la disposición legislativa impugnada es*

*inconstitucional*” (Fix-Zamudio & Ferrer Mac-Gregor, 2009, p. 41). Así, los tribunales constitucionales de Ecuador y Bolivia a través de las técnicas de interpretación constitucional garantizan la supremacía de la Constitución sobre la ley.

De esta forma, la interpretación constitucional busca adecuar la norma que se extrae del precepto (ley) a la luz de la Constitución. En este sentido, los órganos jurisdiccionales evitan dictar sentencias en cuestiones que, por su naturaleza política, no son juziciables (Bouzart, 1998). Por el contrario, tal como se indicó en líneas anteriores, es una situación que daría paso a la aplicación de un mal llamado activismo judicial.

Con esto queda claro que los tribunales interpretan la ley conforme al contenido constitucional. Por eso, en los casos que consideren que no es posible interpretar la ley conforme a la Constitución, deberán estimar o aceptar la acción. Por otra parte, el Tribunal puede desestimar o rechazar la acción de inconstitucionalidad al considerar que la ley es compatible en todas sus formas con la Constitución. En consecuencia, las sentencias interpretativas son dictadas en los procesos que el Tribunal considera la estimación parcial de la acción (Fix-Zamudio & Ferrer Mac-Gregor, 2009b). En todo caso, las constituciones y las leyes de cada país andino establecen parámetros para aplicar las técnicas de interpretación.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Corte Constitucional de Colombia a través de sus sentencias desarrolló de forma amplia su fuerza interpretativa sin socavar los principios rectores sobre los que se redactó la Carta Constitucional, y por medio de la jurisprudencia estableció el carácter general y obligatorio de aplicar la interpretación constitucional que resuelve la constitucionalidad de leyes oscuras.

*“Por esta razón y, en especial, si se tiene en cuenta la dificultad de la interpretación constitucional, dada la ‘textura abierta’ de estas normas, la ambigüedad natural del lenguaje y, en especial,*

*de normas diseñadas en forma indeterminada para garantizar la estabilidad jurídica y la vocación de proyección en el tiempo de las normas constitucionales, el artículo 241 de la misma carta encargó a la Corte Constitucional la tarea de preservar su integridad y supremacía sobre la base de la seguridad jurídica, la justicia material, el respeto por el principio democrático y la igualdad de trato jurídico”. (Corte Constitucional del Ecuador, 2006)*

En esta misma línea, la Corte implementó múltiples técnicas de interpretación constitucional, además de los métodos clásicos que contempla el Código Civil colombiano (interpretación doctrinal, gramatical, significado de las palabras, palabras técnicas, interpretación por el contexto y la interpretación sobre la extensión de una ley). Sin las técnicas de interpretación, la Corte Constitucional de Colombia no habría tenido la capacidad para dictar sentencias de importante valor didáctico. Por ello se puede afirmar lo siguiente: *“cuando el tribunal vota, no decide sobre la Constitución sino sobre sus interpretaciones; pero esto es suficiente para reconocer la dificultad que deriva de la máxima ‘sobre la Constitución no se vota’”. (Zagrebelky, 2008, p. 34)*

En el caso de Ecuador, el artículo 427 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) establecen, sin precisar un orden específico, los métodos de interpretación constitucional entre los que se encuentran las reglas de solución de antinomias; el principio de proporcionalidad; la ponderación; la interpretación evolutiva o dinámica; y la interpretación sistémica, teleológica y literal. De este modo, en Colombia y Ecuador, al tener que resolver conflictos constitucionales entre leyes de igual jerarquía, los jueces aplican los distintos métodos de interpretación constitucional desarrollados por la teoría del



Derecho e implementados en las respectivas jurisdicciones conforme a la ley.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional, al realizar la interpretación de la ley, deberá en primera instancia observar de manera preferente la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto de la Norma Fundamental, así se señala en el art. 196.2: *“En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”* (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009). Sin embargo, el Código Procesal Constitucional de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012) de Bolivia reconoce a la interpretación sistemática en función de los fines que establece la propia Constitución.

Al contemplar la Constitución boliviana el respeto hacia la voluntad del constituyente se impone en primer orden el método histórico de interpretación; por tanto, los magistrados del Tribunal Constitucional fundamentan las decisiones conforme a la voluntad del constituyente e, incluso, en casos de duda, se deberán remitir a los cuadernos de debate en el que constan los acuerdos y desacuerdos que se suscitaron durante la elaboración de la Norma Fundamental. No obstante, uno de los problemas al aplicar el método histórico consiste en que no siempre se cuenta con los registros documentales; y, por otra parte, al ser la Constitución de Bolivia proclamada de forma reciente, no existen mayores antecedentes.

Por otro lado, interpretar la Constitución de forma literal restringe al Tribunal Constitucional la facultad de adecuar la ley al contenido de la Norma Fundamental (Bouzart, 1998). Dicho de otro modo, la interpretación literal limita la capacidad del Tribunal Constitucional para valorar la ley frente al contenido integral de la Constitución. Respetar la voluntad del constituyente y evitar

contraponer la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal sí es posible.

La teoría evolutiva del Derecho, o las teorías como las de Häberle acerca del “derecho vivo” o “el derecho de los intérpretes” no necesariamente se encuentran opuestas al significado moderno de la Constitución. “*Los enunciados constitucionales «no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura» a cualquier decisión o, de los que se puedan extraer un número infinito de significados*” (Arias López, 2013, p. 261). En suma, los parámetros que utilizan los magistrados de los tribunales constitucionales al efectuar el control de constitucionalidad se deben adecuar a la realidad social, jurídica y política bajo la que se encuentra la resolución de los distintos procesos.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, a fin de optimizar el control de constitucionalidad, requieren aplicar los métodos de interpretación de conformidad con los hechos fácticos. Establecer un orden de preferencia entre los métodos de interpretación se convierte en una barrera que limita la eficacia de las sentencias que dictan los tribunales constitucionales. En este sentido, se debe recordar la definición de sentencias interpretativas en palabras de Díaz Revorio (2001), “*son sentencias interpretativas aquellas que señalan qué interpretaciones derivadas de un texto legislativo no son acordes con la constitución, o bien cuál es la interpretación de dicho texto conforme con la norma fundamental*”. (p. 25)

De otra parte, se debe prestar especial atención a las sentencias aditivas, dado que producen efectos sobre la interpretación de la disposición o, en algunos casos, añaden texto a la ley que no fueron contemplados por el legislador: “*hay que reconocer que, en la práctica, algunos supuestos de sentencias aditivas parecen provocar sobre dicha disposición los mismos efectos que si añadieran algo a su texto, y en este sentido cabría hablar*

de *'aditividad textual'* (Díaz Revorio, 2001, p. 39). A pesar de esto, las sentencias aditivas permiten perfeccionar la labor del legislador en algunos casos, por tanto, no necesariamente debería representar una confrontación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, dado que ambos fundamentan sus actuaciones en la Constitución.

Los órganos responsables de la jurisdicción constitucional y los magistrados de la jurisdicción ordinaria deben, en todo momento, al interpretar las normas jurídicas, tener presentes los principios constitucionales; es decir, aplicar en debida forma la interpretación constitucional sin olvidar que la propia Constitución establece límites para el desarrollo jurisprudencial. En ese orden, la interpretación de la Constitución y la ley no se realiza a partir de valores subjetivos de quien la interpreta, sino de los propios principios constitucionales. Así las cosas, la utilización de técnicas de interpretación permite a los tribunales constitucionales adecuar sus fallos a las realidades fácticas de cada país de la región, a la vez que se afianza su posición de guardianes del orden constitucional.

En definitiva, los tribunales constitucionales precisan disponer de forma abierta de los instrumentos de interpretación constitucional que recoge la teoría del Derecho. Al respecto, existe una amplia gama de métodos interpretativos que permiten a los jueces resolver de forma creativa las acciones jurisdiccionales, lo que hace posible adecuar la norma que se extrae del texto de la ley al contenido de la Constitución. Aun así, los principios constitucionales deben prevalecer como límites a la actividad interpretativa.

#### **4.7. Los límites de la jurisdicción constitucional**

Desde finales de la década de 1970, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se concibieron regímenes constitucionales con la intención de fortalecer el orden constitucional. A partir de

la proclamación de la Constitución de Colombia, los tribunales constitucionales tuvieron gran relevancia para el desarrollo de la democracia en la región.

Por excelencia, la principal atribución que distingue a los tribunales constitucionales de los demás órganos que ejercen funciones con potestad jurisdiccional es el control de constitucionalidad de la ley y de las actuaciones de los poderes del Estado. Sin embargo, es importante señalar que la jurisdicción constitucional no es un instrumento de ilimitadas atribuciones que permita garantizar el cumplimiento de la Constitución. A lo largo de la historia se han mantenido las tensiones entre los órganos de naturaleza jurisdiccional que ejercen el control constitucional y los poderes Ejecutivo y Legislativo, responsables de ejecutar decisiones en el plano político.

En esta línea, garantizar la vigencia de la Constitución implica desarrollar una cultura jurídica con base en los principios de la democracia constitucional; por tanto, es necesario tener presente que *“¡La jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni un seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada comprensión política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república”* (Häberle, 2001, p. 173). Dicho de otro modo, la transformación de las democracias constitucionales en los países andinos no solo se debe enfocar en el campo formal, sino que se precisa del sometimiento de los poderes del Estado al contenido de la Constitución.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe hallar el equilibrio entre su labor jurisdiccional y el respeto a las atribuciones políticas de los demás poderes del Estado, equilibrio funcional que solo es posible al tener presente que el control jurisdiccional de constitucionalidad se aplica sobre un documento cuyo origen es de naturaleza política. Resulta evidente que *“la función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece*

*a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”.* (Zagrebelsky, 2008, p. 11)

Así las cosas, la jurisdicción constitucional encuentra sus límites en los casos cuya resolución podría incidir en las decisiones de naturaleza política que toma el Parlamento y el Ejecutivo, dado que se pueden producir fricciones entre la esfera de las decisiones jurisdiccionales y las atribuciones atinentes a la esfera del orden político. Por tanto, los tribunales constitucionales deben utilizar criterios que respondan a instrumentos técnicos-jurídicos, por encima de las valoraciones de índole político. La fundamentación en Derecho de las sentencias reduce el riesgo de colisión con los poderes del Estado.

Con la finalidad de garantizar la independencia de las instituciones, la Constitución otorgó a cada poder del Estado atribuciones exclusivas, de modo que las decisiones políticas en torno a la administración pública corresponden al Poder Ejecutivo y Legislativo, mientras que las decisiones jurisdiccionales al Poder Judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se puede llegar a encontrar inmerso en hechos que poseen connotación política y que se deben resolver.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, en todos los casos en que exista el riesgo de vulneración de los derechos debe intervenir con la finalidad de preservar la supremacía de la Constitución. Es necesario que los tribunales constitucionales, a través de su propia jurisprudencia, definan bajo qué situación cabría ordenar a los poderes del Estado que cumplan con sus atribuciones. Con este fin, las sentencias se deben encontrar respaldadas en los mecanismos implementados por cada país de la región para garantizar su cumplimiento.

Por eso, todo Tribunal Constitucional, al efectuar el control de constitucionalidad, debe diferenciar entre los actos de orden político que no vulneran la Constitución, es decir, que no

afectan el orden constituido y los derechos; de aquellos que se encuentran sujetos a control jurisdiccional. A este respecto, la obligación de todo Tribunal Constitucional es garantizar y hacer prevalecer la fuerza normativa de la Constitución dentro de los límites jurisdiccionales, ir más allá significaría involucrarse en temas de orden político y se podría traducir como un intento forzado de desarrollar la carga dogmática de la Constitución. Lo anotado en líneas anteriores supondría un riesgo para la institucionalidad del Tribunal.

Lo cierto es que la fuerza normativa de la Constitución se fortalece conforme al cumplimiento de las atribuciones que la Carta Magna otorga a todos los poderes del Estado. Por tanto, no existen tribunales constitucionales omnipotentes por sobre los demás poderes constituidos; y, si intentaran legitimarse como tal, provocarían los mismos efectos de inestabilidad institucional que surgen cuando los gobiernos autoritarios no acatan las sentencias de los órganos jurisdiccionales.

La tercera etapa constitucional por la que atraviesan varios países de la región Andina ha puesto sobre escena temas como la restructuración del Estado de Derecho y las notorias condiciones desiguales en las que se desarrollan las democracias en la región. Aun así, la desigualdad multidimensional solo es una consecuencia de la debilidad institucional de los poderes del Estado, afirmación que se sustenta en los reiterados resquebrajamientos del orden democrático, acaecidos a lo largo de 200 años de vida republicana andina, y que se continúan suscitando en el presente siglo. En la misma medida, la debilidad institucional se expande hasta los órganos responsables de ejercer la jurisdicción constitucional.

A pesar de la importancia que a nivel jurisdiccional tiene la implementación de los tribunales constitucionales, estos no fueron creados con la finalidad de convertirse en “*un poder moderador o árbitro del sistema político institucional*” (Zúñiga,

2010, p. 402). Dicho de otra forma, los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes del Estado en el marco de la jurisdiccionalidad. Por lo tanto, las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en el sextante que permite conservar la debida separación entre las actuaciones jurisdiccionales y el orden de las decisiones políticas.

La legitimidad institucional se funda a partir del fiel cumplimiento de las atribuciones que confieren la Constitución y la ley. En el campo de la justicia constitucional se podría afirmar que los tribunales constitucionales se consolidan al dictar sentencias en estricto apego a la Constitución, *“cuando un juez no lee lo que la Constitución dice sino lo que en su criterio debería decir para justificar decisiones políticas coyunturales, no solo se genera inseguridad jurídica y se desprestigia el órgano de control de constitucionalidad sino que fundamentalmente se desprestigia la Constitución”* (Arias López, 2013, p. 252). Dicho de otro modo, para los órganos que no se encuentran en la esfera de las decisiones políticas es mucho más relevante demostrar solidez institucional con base en su óptimo funcionamiento que ostentar legitimidad proveniente del sufragio universal.

A tal efecto, si para los representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo resulta una labor compleja legitimar sus actuaciones ante la población, resulta aún más difícil para los órganos jurisdiccionales alcanzar la legitimidad institucional necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución.

En cuanto a los tribunales constitucionales, estos son órganos que se revisten de la legitimidad que les confirió el constituyente al proclamar la Constitución, asimismo, se encuentran revestidos de la legitimidad indirecta que proviene de los poderes del Estado que participan en el proceso de designación de los magistrados. Por tanto, un órgano jurisdiccional cuya legitimidad proviene de la Constitución y no de los procesos de elección

popular se afianza solo a través del fortalecimiento de su reputación institucional: *“las contradicciones jurisprudenciales no favorecen a la reputación del Tribunal”*. (Zagrebelsky, 2008, p. 76)

El Tribunal Constitucional debe fundamentar sus fallos a la luz de lo que establece la Constitución, apartado de valoraciones morales, dado que los magistrados se pueden encontrar tentados a plasmar en las sentencias del Tribunal posiciones propias, sobre todo para los casos con los que en su momento pudieron encontrarse vinculados antes de formar parte del Tribunal.

*“El último peligro para la independencia de los jueces frente a sí mismos es un pecado de orgullo, el amor propio, el deseo de figurar, que se traduce en el deseo de ver consagrada en una resolución del Tribunal Constitucional una propia posición precedente, tomada en otra sede, sea política, científica, forense o judicial. Todos los jueces tienen un pasado profesional que puede haberlos llevado a tratar ya cuestiones que ahora –bajo el perfil constitucional– competen al tribunal del que forman parte. Esto es inevitable... Esto no justifica sin embargo que se abuse de la ocasión para acicalarse y revestirse con las plumas del pavo constitucional”*. (Zagrebelsky, 2008, p. 86)

En definitiva, el Tribunal Constitucional se afianza a través del prestigio que alcanza entre los ciudadanos al dictar sentencias que demuestran el compromiso de los magistrados con la defensa de la Constitución. Solo la objetividad que demuestran los jueces garantizará que los poderes del Estado acaten las decisiones judiciales, aun cuando emanen de un órgano que no fue designado mediante elección popular, pero que su origen se sustenta en la voluntad del constituyente.

En este punto es necesario diferenciar el concepto de bloque de constitucionalidad desarrollado en Francia que, de forma posterior, se incorporó en la mayoría de las Constituciones



de Europa Occidental, incluida la Constitución española, de la concepción de bloque de constitucionalidad que recogen las Constituciones de los países de América Latina. *“La idea de ‘bloque’ evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un ‘conjunto que no puede ser escindido, dividido”*. (Favoreu & Rubio, 2006, p. 310)

La doctrina francesa define al bloque de constitucionalidad como *“aquel conjunto de normas que, constitucionales o no, sirven de parámetro de constitucionalidad a otras normas, incluso del mismo rango”* (Herrero de Miñón, 2003, p. 52). Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia desarrolló durante los primeros años de funcionamiento el concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

*“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”*. (Corte Constitucional de Colombia, 1995)

Esta definición se implementó en un sentido similar en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. De esa forma, el bloque de constitucionalidad se encuentra compuesto por normas y principios que, a pesar de no constar en la Norma Fundamental, sirven como parámetros para efectuar el control de constitucionalidad, dado que la propia Constitución, en el caso de los países de la región Andina, reconoce su integración (Tremolada & Martínez, 2014).

En un sentido amplio, ya sean normas de carácter orgánico, como es en el caso de la concepción francesa, o de tratados internacionales suscritos por los Estados, en el caso de la concepción latinoamericana, todo instrumento normativo adquiere el rango de mandato constitucional a través de su integración al bloque de constitucionalidad.

A la luz de estas consideraciones, es pertinente analizar el valor que las constituciones de los países de la región Andina confieren a los instrumentos internacionales con la finalidad de garantizar el orden democrático, los derechos fundamentales y la proscripción de actuaciones que tiendan a vulnerar derechos por parte de los poderes del Estado. La Constitución de Colombia, en el artículo 93, configura al bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno...”.

En esta misma línea, el artículo 94 CC consolida la teoría del bloque de constitucionalidad al conceder rango constitucional a ciertos derechos que no se encuentren implementados de forma literal en la Norma Fundamental.

En el caso de la Constitución de Ecuador, el artículo 424, en su segundo epígrafe, establece la aplicación preferente de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Así, el bloque de constitucionalidad se termina de consolidar en los artículos 417 y 426 que configuran el principio de cláusula abierta dentro del sistema constitucional ecuatoriano.

Por su parte, la Constitución de Bolivia en el artículo 13.4 garantiza la supremacía de los tratados internacionales

ratificados en materia de derechos humanos, configurando lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad. En este mismo orden, el artículo 256 establece: *“Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta”*. De tal forma, resulta evidente la prevalencia de los tratados internacionales frente al orden normativo interno en materia de derechos humanos.

A la luz de todo lo anterior, el bloque de constitucionalidad se concibió en los países latinoamericanos como un instrumento que permite equiparar el valor jurídico de los tratados internacionales con las normas constitucionales, a fin de garantizar su cumplimiento dentro de los sistemas jurídicos internos de cada Estado, dado que las constituciones a lo largo de la historia, al menos en la región Andina, resultaron insuficientes para controlar las actuaciones de los poderes del Estado a nivel administrativo y legislativo.

Desde este punto de vista, el Derecho comparado tiene gran relevancia, pues en los últimos años se ha considerado que puede convertirse en una herramienta muy útil en los procesos interpretativos. Häberle incluso señaló a la comparación jurídica como quinto método de interpretación, en conjunto con los cuatro métodos tradicionales señalados por Savigny: gramatical, histórico, sistemático y teleológico (Brito, 2011).

#### **4.8. Control de las actuaciones de la jurisdicción constitucional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tutela a través de sus sentencias el derecho a la vida y la dignidad humana, y aplica el control de convencionalidad sobre las leyes de los

Estados parte. A este respecto, los Estados deberán adecuar el ordenamiento jurídico nacional a través de procedimientos internos conforme a lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias que ordenan reformar los ordenamientos internos de los Estados parte. En esta línea, Colombia, Ecuador y Bolivia implementaron de forma respectiva el bloque de constitucionalidad en la Constitución. Así, la Corte, mediante sentencia, estableció la fuerza vinculante de la jurisprudencia internacional en los siguientes términos:

*“La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tiene una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados”.*  
(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999)

En este sentido, los propios Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen en sus textos constitucionales garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En los países andinos el incumplimiento de las sentencias se puede llegar a sancionar con la destitución de los funcionarios. No obstante, al ser un organismo jurisdiccional al que recurren casi todos los países latinoamericanos, las sentencias pueden demorar años en resolver los procesos que se encuentran en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otros años más en ejecutarse.

Por otra parte, el diálogo entre los tribunales constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos permitió fortalecer la protección de los derechos fundamentales, así como el papel

de los tribunales constitucionales en su calidad de guardianes de la Constitución. Sin embargo, la permeabilización del orden internacional no es una labor que se encuentre dentro de la esfera jurisdiccional, pues es una atribución que corresponde a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Dicho esto, se evidencian una vez más los límites entre las decisiones de carácter jurisdiccional y político.

Los tribunales constitucionales de la región Andina en varias ocasiones han afianzado el control de constitucionalidad en los fallos de los organismos internacionales de Derecho. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectúa un control de convencionalidad de la ley, de modo que se garantiza que las leyes de los Estados parte no vulneren los derechos humanos.

Por otra parte, una forma de optimizar el control de constitucionalidad sería concebir en la región Andina un tribunal transnacional que garantice la protección de los derechos y la supervisión del cumplimiento de las sentencias, siempre en el marco de los tratados ratificados por los Estados.

#### **4.9. Creación de la Corte de Derechos Humanos y Garantías Jurisdiccionales de la región Andina**

A nivel de la región Andina no existe un organismo jurisdiccional de carácter transnacional que efectúe el control de la ley o de las competencias del Estado en materia de derechos humanos. Dicho esto, los países andinos cumplen lo dispuesto con los tratados internacionales bajo el principio de buena fe o *pacta sum servanda* previsto en la Convención de Viena.

La necesidad de un órgano estrictamente regional, que vele por el cumplimiento de los tratados internacionales, surge como una tercera vía que podría garantizar las sentencias de los organismos internacionales y las atribuciones de los tribunales constitucionales. No obstante, la suscripción a este

tipo de instrumento internacional requeriría, al igual que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de reformas constitucionales y de la voluntad política de las partes para suscribir un tratado que otorgue a la jurisdicción internacional la potestad de ordenar el cumplimiento de las sentencias; es decir, que ceda competencias propias de la jurisdicción nacional en favor del tribunal transnacional. Esto, dado que los tratados internacionales de integración son “constituciones parciales” que vinculan a los órganos judiciales (Häberle, 2012).

La importancia de concebir un tribunal transnacional de derechos humanos se encuentra en que las decisiones no requieren ser validadas por los organismos jurisdiccionales internos, porque son de inmediata aplicación, mientras que las sentencias de los tribunales internacionales son acogidas en la medida que determina cada ordenamiento interno dado su carácter “subsidiario”. *“Los tribunales transnacionales son aquellos que se sitúan en el nivel superior de los sistemas de integración, aplicando de manera final y definitiva las normas comunitarias o de integración”*. (Fix-Zamudio & Ferrer MacGregor, 2009b, p. 74)

En definitiva, la implementación de un tribunal transnacional andino de derechos humanos afianzaría los procesos de integración en la región y aseguraría el cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por los Estados, al ser un organismo intermedio entre los tribunales nacionales e internacionales.

## Conclusiones

A inicios de la vida republicana, los países de la región Andina implementaron en las cartas constitucionales el control político de constitucionalidad; sin embargo, al igual que en los países de la Europa Occidental, ello resultó insuficiente. Desde que la Segunda Guerra Mundial llegó a su fin, los modelos jurisdiccionales de control se encuentran en un proceso de convergencia que no ha parado hasta la actualidad, situación propicia para el surgimiento de diversos sistemas de control de constitucionalidad en la región Andina.

De este modo, tanto el control difuso-americano como el control concentrado-europeo presentan cambios en lo que se refiere a su concepción original. Cada vez resulta más difícil analizar los modelos de control de forma pura al aislar un modelo del otro, en tanto que son más las similitudes que las diferencias entre los sistemas de control constitucional que se concibieron a partir de los arquetipos clásicos de control jurisdiccional.

En este nuevo escenario, a partir de la década de 1970, los países situados en la región Andina proclamaron varias constituciones que adoptaban sistemas mixtos de control de constitucionalidad, y con ello se produjo la hibridación de ciertos elementos característicos del control político con elementos del control jurisdiccional difuso y concentrado.

Es sabido que los países andinos comparten un mismo origen histórico y cultural; sin embargo, la comprensión de los sistemas constitucionales varía de un Estado a otro, al existir situaciones propias de la realidad sociojurídica de cada nación que condicionan la evolución de los sistemas normativos. Por tanto, el estudio de los sistemas de control constitucional se debe abordar desde una óptica que se ajuste a los modelos constitucionales emergentes.

A la luz de lo anterior, en la región Andina se impone como método de estudio la teoría de los sistemas de control de constitucionalidad (*fuzzy sets theory*) sobre la clásica división de los modelos de control constitucional, ya que esta facilita la identificación de los elementos que implementan los sistemas de control de constitucionalidad en las cartas fundamentales de la región. A este respecto, la teoría del caleidoscopio del Derecho constitucional se convierte en un instrumento indispensable al analizar los sistemas de jurisdicción constitucional, por cuanto permite entender su configuración desde diferentes perspectivas y encontrar elementos tendentes a optimizar el trabajo de los tribunales constitucionales.

En este orden, se debe prestar especial atención a las situaciones en las que se desarrolló la jurisdicción constitucional en los países andinos. Durante la década de 1990, debido a las precarias condiciones socioeconómicas, se suscitaron en los países de la región manifestaciones de los sectores populares que exigían al Estado la reivindicación de los derechos de las minorías, sobre todo la reivindicación de los derechos sociales.

Este fue el escenario en el que surgió la teoría del constitucionalismo garantista andino, dogma que tiene como fuente de inspiración regional a la Constitución de Colombia y que alcanzará su desarrollo formal en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, proclamadas a inicios del siglo XXI. Lo cierto es que las desigualdades sociales referentes al ejercicio pleno de los derechos y a las condiciones de vida han variado muy poco. Se podría afirmar que la polarización social es un problema que subsiste hasta el día de hoy en los países de la región.

Por consiguiente, el constitucionalismo andino se concibe como un sistema constitucional garantista de derechos y surge a partir de la hibridación de los principios sobre los que descansa la democracia constitucional y los valores-principios que se



derivan de la cosmovisión andina. Dicho de otro modo, la teoría constitucional Andina busca la optimización de las instituciones jurídicas del Derecho a través de la inclusión de fundamentos jurídicos propios, con base en las experiencias de los pueblos andinos. En este contexto, los tribunales constitucionales cumplen un papel fundamental en la nueva etapa por la que atraviesa la democracia constitucional en la región. El control jurisdiccional de constitucionalidad, aplicado dentro de los límites del Derecho, contribuye a mejorar la democracia y la calidad institucional.

Han transcurrido 14 años desde que la última de las constituciones inspiradas en la dogmática del Derecho andino entró en vigor; sin embargo, la hibridación entre los principios del Derecho occidental y los elementos jurídicos que tienen origen en la cosmovisión andina aún se encuentran en proceso. Por tanto, la teoría constitucional Andina atraviesa las primeras fases de construcción, y su consolidación solo será posible si los poderes del Estado se autolimitan al cumplimiento estricto de las atribuciones constitucionales, al evitar la subrogación de competencias innecesarias y lesivas.

El control constitucional en los países de Colombia, Ecuador y Bolivia se implementó a partir de la forma particular de los Estados de concebir al Derecho; no obstante, en todos los casos, el papel que cumplen los tribunales constitucionales es vital para el equilibrio entre el Derecho y la democracia. Lo cierto es que en la región Andina se concibieron sistemas de control mixto, donde predominan elementos de control difuso o concentrado. A pesar de esto, los mecanismos de control constitucional implementados evidencian una brecha considerable entre su concepción y su aplicación como instrumentos eficaces en la defensa de la Constitución.

En ese sentido, afianzar la jurisdicción constitucional requiere de la convergencia de algunos factores que inciden en su desarrollo:

el fortalecimiento de las instituciones del Estado, la proclamación de los valores andinos y el nivel de cultura jurídica. Estos son elementos importantes, pero también resulta imprescindible el compromiso de los ciudadanos por fundar de manera definitiva el Estado de bienestar. Se debe tener presente que el actual modelo constitucional surgió a la luz de las protestas de los pueblos andinos contra las desigualdades sociales y por la reivindicación de los derechos del “buen vivir”. Así, el modelo garantista de Derecho andino se logrará consolidar si existe la colaboración entre los órganos que conforman la estructura del Estado, las fuerzas políticas y la sociedad civil organizada.

A partir de esta breve justificación de los instrumentos que se utilizaron para la elaboración de este libro, es necesario singularizar los retos que afronta la jurisdicción constitucional andina y que esta debe superar, dado que aún existen limitaciones y dificultades que afectan el desempeño de los tribunales constitucionales. A este respecto, las atribuciones de dichos tribunales se pueden reformar u optimizar para garantizar los derechos subjetivos y la aplicación del control jurisdiccional de constitucionalidad.

Es sabido que la democracia en los países de la región Andina se desarrolló entre dictaduras y conflictos sociales, la inestabilidad política se convirtió en una constante que afectó a la autonomía de los órganos de control y a los tribunales constitucionales. En este contexto, se suscitaron actuaciones tendentes a coartar la independencia de la jurisdicción constitucional, situación que socavó la institucionalidad de los poderes constituidos y que no ha variado mucho hasta la actualidad.

A pesar de que en el presente siglo no se han suscitado dictaduras militares que atenten contra el Estado de Derecho, son los mismos poderes del Estado, elegidos de forma democrática, los que pretenden utilizar a los órganos jurisdiccionales en función de intereses propios, hecho que deteriora la calidad de

la democracia en los países de la región y la fuerza normativa de la Constitución. Ante estos hechos, Colombia se convierte en un referente en la construcción de sistemas jurisdiccionales, pues la Corte Constitucional colombiana a través de sus actuaciones ha demostrado independencia institucional, aun cuando sus decisiones fueran controvertidas.

En el caso de Ecuador, la restructuración de la Corte Constitucional en el año 2018 afectó a la legitimidad constitucional del máximo intérprete de la Constitución, dado que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio cesó en funciones a los magistrados a través de procedimientos que no se encuentran contemplados en la Constitución. Tal situación incrementó la desconfianza hacia el ente encargado de aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley.

Con respecto a la jurisdicción constitucional de Bolivia, los resultados de los comicios celebrados en el año 2011 y 2017 reflejan el poco conocimiento de los ciudadanos en torno a la elección de los jueces del Tribunal Constitucional, por lo que no queda claro que esta vía de selección afianza la legitimidad del órgano jurisdiccional.

En Bolivia, el 21 de febrero de 2016, tuvo lugar un referéndum cuya única pregunta fue: “¿Usted está de acuerdo con la reforma del artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la presidenta o presidente y la vicepresidenta o vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos dos veces de manera continua? Por disposición transitoria de la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección el periodo 2015-2020 y la segunda reelección el 2020-2025”. El NO ganó con un total de 51,30 % de los votos, mientras que el “Sí” obtuvo el 48,70 % de votos restantes.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia al dictar la controvertida Sentencia 0084/2017 abrió las puertas a

la reelección del presidente Evo Morales, aun cuando el pueblo se había manifestado en contra a través de un referéndum.

A la luz de estas consideraciones, el principal problema que afrontan los tribunales constitucionales es la injerencia de los poderes del Estado, situación que se repite a modo de “bucle” a lo largo de la historia democrática en los países de la región Andina. Por consiguiente, socavar la institucionalidad del Tribunal Constitucional se convierte en un atentado contra la seguridad jurídica, dado que ello afecta la eficacia de la jurisdicción constitucional como instrumento que coadyuva a la consolidación del Estado de Derecho.

Las Constituciones de la región otorgaron a los tribunales constitucionales atribuciones para tutelar los derechos subjetivos, situación que en la mayoría de los casos genera fricciones entre los órganos jurisdiccionales y los poderes del Estado. A la vista de estos hechos, se debe tener presente que los tribunales constitucionales son, ante todo, órganos jurisdiccionales que garantizan la supremacía de la Constitución a través de sus sentencias. Si bien es cierto que resolver procesos de orden constitucional es una labor compleja, no es menos cierto que los fallos de los organismos jurisdiccionales en asuntos inherentes a los poderes del Estado traen consigo fricciones y controversias.

Debido a lo señalado, el Tribunal Constitucional debe separar de las decisiones jurisdiccionales los asuntos que corresponden al orden de las decisiones políticas. Así, las sentencias de los tribunales constitucionales se convierten en el sextante que permite conservar la debida distancia entre las esferas de las decisiones políticas y jurisdiccionales. Sin embargo, declarar la inconstitucionalidad de la ley y las actuaciones de los poderes del Estado continúa siendo una atribución exclusiva del Tribunal Constitucional, al igual que la función de interpretar la Constitución.

Ahora bien, en los países donde impera como modelo de Estado la democracia constitucional, todas las personas son capaces de interpretar la Constitución; sin embargo, en caso de duda o controversia respecto a la aplicación de las normas jurídicas, corresponde al Tribunal Constitucional actuar en calidad de máximo intérprete. Por lo tanto, es el Tribunal Constitucional quien debería resolver la cuestión de inconstitucionalidad en todos los casos, ya sea para admitir o inadmitir causas al considerar que no son relevantes en materia constitucional. A este respecto, los tribunales constitucionales andinos implementaron el *certiorari* norteamericano a través de la vía jurisdiccional.

El *certiorari* se convirtió en un instrumento que los tribunales constitucionales utilizan para declarar la admisión o inadmisión de los procesos judiciales de modo discrecional. Al igual que en el sistema de justicia norteamericano, en ciertas ocasiones los tribunales de la región seleccionan procesos judiciales dada la relevancia de la causa o la oportunidad para sentar precedentes. Ante esta situación, los jueces del Tribunal Constitucional deben tener en cuenta que, al resolver las causas, existen límites al activismo judicial.

Dicho de otro modo, a pesar de que es un deber del Estado garantizar el ejercicio pleno de los derechos, como la salud, la educación, el acceso a la vivienda y los servicios básicos en general, el principio de aplicación progresiva de los derechos se convierte en una garantía de la institucionalidad del Estado, dado que constituye una labor permanente de los gobiernos de turno propiciar condiciones de vida digna para los ciudadanos. Por tanto, los derechos que no se encuentran vulnerados por acción u omisión estatal no son objeto de tutela directa a nivel jurisdiccional. A tal efecto, es necesario diferenciar las decisiones jurisdiccionales de las políticas.

Si bien es cierto que las constituciones andinas se encuentran revestidas de fuerza normativa, y que la acción o la omisión

de hacer por parte del Estado son hechos exigibles a nivel jurisdiccional, es evidente que la construcción del Estado de bienestar no se encuentra entre las atribuciones atinentes al orden de lo jurisdiccional.

Por lo anotado en líneas anteriores, corresponde a los poderes del Estado, con énfasis en el Poder Ejecutivo y Legislativo, materializar las aspiraciones sociales de los ciudadanos a través de la ejecución efectiva de las políticas públicas, punto que no debe pasar inadvertido. Asimismo, el contenido integral de la Constitución vincula las actuaciones de los poderes del Estado con el desarrollo pleno de los derechos.

A pesar de que todos los preceptos constitucionales constituyen auténticas normas jurídicas, resulta imprescindible identificar en la misma Constitución qué derechos son objeto de tutela de forma directa ante el Tribunal Constitucional, tal como lo establecen las constituciones de España y Colombia. En las constituciones de Ecuador y Bolivia no existe tal especificación.

Por otro lado, si bien es cierto que la Constitución es una norma jurídica, no se puede dejar de reconocer su origen político. En la Norma Fundamental existen preceptos dirigidos hacia la labor normativa del legislador; y, en caso de su inobservancia, estos pueden ser recurridos ante el Tribunal Constitucional. Este último, debería centrar su actividad de forma exclusiva en el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, ya que la protección de los derechos fundamentales es una obligación compartida por todos los jueces.

En suma, se requiere dotar de un mayor nivel de concreción a los sistemas de jurisdicción constitucional de los países andinos para robustecer la seguridad jurídica en favor de todos los miembros del Estado. La jurisdicción constitucional debe ser el punto de equilibrio entre el Estado de Derecho y los derechos, capaz de mantener la justa distancia entre las instituciones sobre las que se erige la democracia constitucional.

Dicho esto, todos los poderes del Estado, así como los ciudadanos, deben regir sus actos con base en la Norma Fundamental. Para ello, es necesario determinar qué derechos son sujetos de tutela ante la jurisdicción constitucional, lo que podría contribuir a su materialización, sin que ello implique que los tribunales constitucionales no puedan expandir la tutela hacia otros derechos en función de las circunstancias específicas.

Así las cosas, los tribunales constitucionales son fundamentales para la transformación de la realidad sociojurídica de la región Andina a nivel jurisdiccional. No obstante, la implementación de políticas públicas corresponde en todo momento a los poderes del Estado; lo contrario representa un atentado contra la voluntad del soberano. Lo dicho en líneas anteriores de ninguna manera significa que la Constitución no se deba cumplir de forma íntegra por parte de los jueces y miembros del Estado, porque la Constitución es la piedra angular de la democracia, el vínculo jurídico entre el Estado y los ciudadanos.

Otro factor que incide en la eficiencia de los tribunales constitucionales se encuentra en la sobrecarga de causas que deben resolver. Cuando las constituciones confieren a los tribunales constitucionales un amplio catálogo de atribuciones se ocasionan retrasos en la aplicación del control constitucional. En consecuencia, implementar procesos jurisdiccionales que no necesariamente requieren determinar la constitucionalidad del acto en cuestión inciden en la eficiencia de los tribunales constitucionales.

Así, pese a las consideraciones expuestas en líneas anteriores, los constituyentes andinos, conscientes de la debilidad institucional que predomina en los países de la región, confirieron a los tribunales constitucionales la potestad de dictar sentencia en procesos que podrían resolver los tribunales de justicia ordinaria. Este hecho demuestra la preocupación por fortalecer la independencia de las instituciones del Estado al trasladar a

la jurisdicción constitucional ciertas competencias de la justicia ordinaria.

Conferir a los tribunales constitucionales competencias que no son propias de la jurisdicción constitucional trae consigo falencias en la gestión de procesos constitucionales. La jurisdicción constitucional de forma exclusiva debería resolver causas atinentes al orden constitucional; dicho de otro modo, procesos judiciales cuya decisión represente un riesgo para el orden constituido.

A este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, junto a otros órganos a los que la Constitución atribuye competencias jurisdiccionales, podría asumir algunas de las atribuciones que la Constitución confirió al Tribunal Constitucional, pero que no son propias de la jurisdicción constitucional. A la vista de estas consideraciones, la implementación de una reforma constitucional permitiría a los tribunales constitucionales andinos cumplir de manera eficaz sus labores esenciales: el control de constitucionalidad de la ley, los tratados internacionales y las actuaciones de los poderes del Estado.

Cuando los tribunales constitucionales avocan conocimiento de causas que no son propias de su naturaleza jurisdiccional, se produce una sobrecarga de trabajo innecesaria. Así, las acciones de amparo, los conflictos de competencias, y resolver la constitucionalidad de actos administrativos son atribuciones que deberían ser resueltas por la jurisdicción ordinaria.

Resulta evidente la relación que existe entre la calidad de la democracia y el significado que otorgan los Estados a la Constitución. Sin el respeto al orden constituido el ejercicio pleno de los derechos se encuentra en entredicho. En los países de la región Andina, luego de 200 años de historia republicana, subsisten los resquebrajamiento al orden institucional; en este sentido, la enseñanza de los principios constitucionales en torno al valor de la institucionalidad y el respeto por la democracia



se vuelve indispensable. Por tanto, promover regionalmente un cambio de paradigma constitucional requiere una perspectiva distinta sobre el significado de la Constitución y la jurisdicción constitucional.

Por otro lado, la inestabilidad política en la que se desarrolla la democracia de los países andinos denota la falta de compromiso con el fortalecimiento de la institucionalidad estatal. Sin la formación jurídica básica, sin la profundización en todos los niveles sociales de lo que representa la Constitución, resulta imposible alcanzar la consolidación de la teoría constitucional andina y la construcción de sociedades incluyentes donde predominen la justicia y los valores en torno al Estado de bienestar.

En esta misma línea, durante sus primeros años de funcionamiento, los tribunales constitucionales deben, por una necesidad funcional-orgánica, cumplir una labor educativa: guiar a través de sus sentencias a los poderes del Estado por la senda del garantismo constitucional. Dicho de otro modo, la subordinación de las decisiones jurisdiccionales de los más altos tribunales del Estado.

Para terminar, cabe recalcar que el éxito de la teoría constitucional Andina dependerá de los niveles de madurez democrática que demuestren los países de la región; por tanto, desde la propia Constitución, se deberían introducir como política de Estado la educación constitucional en todos los niveles de formación académica, no vista desde una posición nacionalista, sino como una forma de interiorizar el respeto por los derechos humanos, la democracia y el valor de la institucionalidad como el pilar sobre el que se afianzan las democracias exitosas del siglo XXI.

A partir de lo anterior, queda claro que la jurisdicción constitucional no es la solución a los problemas de gobernabilidad que existen en la región, mucho menos para las condiciones de desigualdad. Sin embargo, una vez que el Tribunal Constitucional logra

demostrar probidad en el ejercicio de sus atribuciones, le será posible fijar límites a las actuaciones de los poderes del Estado y garantizar la aplicación de la ley a la luz de la Constitución.

Dada la fragilidad de las democracias andinas, se debe evitar que se produzcan conflictos de intereses al nominar a los magistrados del Tribunal Constitucional. Cuando un exministro de Estado o cualquier funcionario de alto cargo opta por participar de forma inmediata en los procesos válidos para la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional aumenta la desconfianza institucional. Asimismo, cuando los magistrados concluyen sus funciones en el Tribunal Constitucional y aceptan de inmediato designaciones en altos cargos del Estado, ponen en entredicho las decisiones previas de la Corte Constitucional, ya que se existe la posibilidad de que se hubiesen generado conflicto de intereses.

En democracias que aún no se encuentran consolidadas, como es el caso de los países andinos, se debe prestar especial atención al aparente conflicto de intereses que se puede suscitar al aplicar el control de constitucionalidad; ello, no necesariamente por el hecho de que los magistrados fallen en contra de la Constitución y en función de sus intereses personales, sino que, dada la frágil institucionalidad andina, un órgano como el Tribunal Constitucional no debe dejar ni un atisbo de duda ante los gobernantes y la ciudadanía en cuanto a que sus motivaciones son expresamente fundadas en la Constitución. De ahí la necesidad de implementar un régimen de inhabilidades temporales para el ejercicio de altos cargos a nivel de todos los poderes del Estado.

La aplicación adecuada del control de constitucionalidad no solo depende de nombrar jueces de alto nivel en materia constitucional, ni de la inclusión de los poderes del Estado y la sociedad civil en el proceso de selección de los magistrados. Tampoco depende de otorgar legitimidad popular a los

magistrados como se hizo en la Constitución de Bolivia. En cambio, resulta más importante que los órganos jurisdiccionales de constitucionalidad se legitimen a través de las sentencias que dictan en defensa de la Constitución.

De igual forma, la introducción de un órgano jurisdiccional que ostente la calidad de máximo intérprete de la Constitución no es suficiente para optimizar el control de constitucionalidad, y tampoco lo es conferir un amplio catálogo de competencias, o la implementación de métodos rigurosos para su designación. Si bien es cierto que todos estos elementos resultan importantes para conducir al Tribunal Constitucional hacia su consolidación, la clave se encuentra en la sujeción de las actuaciones públicas o privadas al orden constituido.

Lo cierto es que no existen métodos perfectos ni soluciones atemporales o universales para los problemas que afectan a la institucionalidad de los países andinos; en este escenario, la clave se encuentra en la comprensión del valor de la Constitución, sobre todo del significado de la institucionalidad y, fundamentalmente, de su preservación.

En resumen, cada vez que la institucionalidad del Estado colapsa, cada resquebrajamiento constitucional y cada golpe que recibe la democracia lacera la credibilidad de los ciudadanos en los poderes del Estado y sus representantes, lo que a su vez afecta a la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. En consecuencia, si en los países de la región no se logra internalizar el significado de la Constitución y el valor de la institucionalidad, todos los esfuerzos que se puedan realizar en el desarrollo de la teoría constitucional Andina se convertirán en un brindis al sol.



## Referencias Bibliográficas

- Aragón Reyes, M. (2019). El futuro de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (23), 11-41.
- Arias López, B. W. (2013). Rigidez e interpretación constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 251-264.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías ensayos críticos* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ayala Mora, E., Ortiz, G., & Ayala, E. (1996). *Nueva historia del Ecuador; volumen 7, época republicana I el Ecuador 1830-1895* / (Segunda reimpresión. ed.). Corporación Editora Nacional.
- Baldivieso Guzmán, R. (2010). Apuntes sobre la reforma constitucional en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, 9, 6-31.
- Baldivieso Jinés, M. A. (2017). La interpretación constitucional en Bolivia, (¿suicidio del TCP?, estudio de caso). *Revista Boliviana de Derecho*, 23, 16-51.
- Bárcena, A. (2022). *La igualdad en el centro del pensamiento de la CEPAL: Ideas, políticas y acciones en el periodo 2008-2022*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e2c2fcac-2c17-47b7-abf3-88a4022f3047/content>
- Bejarano, A. M., & Segura, R. (2013). Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región Andina. *Colombia Internacional*, 79, 19-48.
- Bolivia. Asamblea Legislativa Plurinacional. (2010). Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley N° 027. <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>
- Bolivia. Asamblea Legislativa Plurinacional. (2012). Código Procesal Constitucional, Ley N° 254. <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley254/ley254.pdf>
- Bolivia. Asamblea Nacional Constituyente. (2009). Constitución Política del Estado, BO-CPE-20090207. <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20090207.html>

- Bouzar, G. (1998). La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista española de Derecho constitucional*, (54), 273-285.
- Brito Melgarejo, R. (2011). *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*. Porrúa.
- Cajas Sierra, M. A. (2016). La justicia constitucional del General Gustavo Rojas Pinilla: entre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la sala de negocios constitucionales. Colombia, 1953-1957. *Revista de Historia Constitucional*, 17, 273-307.
- Cappelletti, M. (1980). *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cappelletti, M. (1986). *¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cappelletti, M., & Fix-Zamudio, H. (2010). *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Palestra ediciones.
- Chile. Comisión Ortúzar, Consejo de Estado y Junta Militar de Gobierno (1980). Constitución Política de la República de Chile, Decreto Supremo N° 100. [https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf)
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius Et Praxis*, 8(1), 283-317.
- Clavero Salvador, B. (2012). Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente De Bolivia. *Revista española de Derecho constitucional*, 32(94), 29-60.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional N° 114. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>

- Colombia. Congreso Nacional. (1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Diario Oficial N° 42.745. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- Colombia. Congreso Nacional. (2015). Reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, Diario Oficial N° 49.560. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto legislativo\\_02\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html)
- Colombo Campbell, J. (2013). La justicia constitucional. *Revista de Derecho*, 14, 259-284.
- Comanducci, P., Ahumada Ruiz, M. A., & González Lagier, D. (2009). *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2004). *Foro del hambre de los países de la región Andina "Reduciendo el hambre y la desigualdad: Alcanzado los objetivos de desarrollo del milenio"*. CEPAL. [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/2004-foro\\_hambre\\_presentacion\\_rmartinez.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/2004-foro_hambre_presentacion_rmartinez.pdf)
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-113/93. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia T-251/93. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-251-93.htm#:~:text=T%2D251%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Tiene%20l%C3%B3gica%20que%20la%20ley.restantes%20miembros%20de%20la%20comunidad.>
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225/95. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-970/14. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia N° 001-13-SCN-CC. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-13-SCN-CC>

- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Registro oficial N° 613. [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBldGE6ICJub3RhaXAYMDIzliwgdXVpZ-DoiOTIzYWUwZTAZmE3ZC00NGlyLTliZjQtZTkwNzMwNTM3ZTE1L-nBkZiJ9](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6ICJub3RhaXAYMDIzliwgdXVpZ-DoiOTIzYWUwZTAZmE3ZC00NGlyLTliZjQtZTkwNzMwNTM3ZTE1L-nBkZiJ9)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia, Serie C No. 54. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_54\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf)
- Cruz Villalón, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Cruz Villalón, P. (2014). Legitimidad «activa» y legitimidad «pasiva» de los Tribunales Constitucionales en el espacio constitucional europeo. *Teoría Y Realidad Constitucional*, 1(33), 141-149.
- Cubides Cárdenas, J., Rangel Salazar, S., & Beltrán Galvis, L. M. (2021). Independencia y legitimidad de la jurisdicción constitucional: en perspectiva Colombia - Bolivia. *Análisis Jurídico - Político*, 3(5), 95-110.
- DeTocqueville, A. (1854) *De la democracia en América*. Imprenta de D. José Trujillo e hijo.
- Díaz Revorio, F. J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas* (1ª ed. ed.). Lex Nova.
- Díaz-Bravo, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 25-46.
- Echeverri, A. (2016). Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia. *Revista IUSTA*, 2(21), 35-43.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1998). Constitución Política de la República de Ecuador, Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1. [https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1998.pdf](https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf)



- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial N° 52. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org2.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf)
- Ecuador. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio. (2018). Resolución PLE-CPCCS-T-O-089-23-08-2018. <https://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2018/03/89.pdf>
- Ecuador. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio. (2019). Resolución PLE-CPCCS-T-O-244-28-01-2019. <https://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2019/01/o244.pdf>
- Eguiguren Praeli, F. J. (2000). Los tribunales constitucionales en la región Andina: una visión comparativa. *Derecho PUCP*, (53), 7-64.
- Enríquez Fuentes, G. J. (2006). El control político como requisito del Estado constitucional. *Criterio jurídico*, (6), 37-60.
- Escobar, C. (2011). *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- España. Congreso de Diputados. (1812). Constitución de Cádiz. Aprobada el 19 de marzo de 1812. <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>
- España. Cortes Generales. (2015). Ley reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado. «BOE» núm. 77, de 31/03/2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3444-consolidado.pdf>
- Favoreu, L. (1988). Consideraciones comparadas sobre la “revolución” jurídica francesa. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales (España)*, (1), 229-238.
- Fernández Segado, F. (1997). Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (49), 79-118.

- Fernández Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano: (extracto del libro: La Constitución Española en el contexto constitucional europeo. *Pensamiento Constitucional*, (11), 19-75.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009a). Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (13), 267-306.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009b). *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Marcial Pons.
- Fix-Zamudio, H. (1999). Aproximación al Derecho procesal constitucional. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (3), 89-120.
- Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Porrúa.
- Francia. Asamblea Nacional. (1958). Constitución de la República Francesa. Decreto N° 58-1067 del 7 de noviembre de 1958. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>
- Francia. Conseil Constitutionnel. (1971). Decisión no. 71-44 DC de 16 de julio de 1971. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1971/7144DC.htm>
- Gaviria, C., Sierra, H., Uprimny, R., Sagüés, N., Eguiguren, F., & Montaña, J. (2012). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gómez Villavicencio, R. (2022). El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica. *Foro, Revista de Derecho*, (38), 121-144.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Häberle, P. (2001). La Jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, (5), 169-182.

- Häberle, P. (2012). Funciones y significado de los Tribunales Constitucionales en perspectiva comparada – y comentario a los 60 años del Tribunal Constitucional. *Direito Público (Porto Alegre)*, 48, 197-217.
- Hauriou, M., & Ruiz del Castillo, C. (1927). *Principios de Derecho público y constitucional: (Con un prólogo para la edición española)*. Reus.
- Herrero de Miñón, M. (2003). *El valor de la Constitución*. Crítica.
- Highton, E. (2013). *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- Huerta Ochoa, C. (2003). *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- Hurtado Martínez, J. A. (2012). La evolución del sistema francés como modelo de Control de Constitucionalidad de las leyes. *Revista de Derecho UNED*, (10), 711.
- Iannaccone, R. (2022). El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano» y la forma de Estado: Algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia. *ReDCE*, I (37), 1-28.
- Jaramillo, J. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico*, (20), 61-90.
- Machado Martins, P. (2017). El control constitucional de las leyes en Atenas. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1(39), 37-57.
- Maldonado, F. L., & Yáñez Yáñez, K. A. (2021). Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *FORO: Revista De Derecho*, (35), 146-168.
- Medina Peña, R., Valarezo Román, J., & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213-225.
- Molina Betancur, C. M. (2007). El rol institucional de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho*, (28), 213-242.

- Montaña, J., & Porras Velasco, A. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Montaña, J., Guerrero Del Pozo, J., Estrella, C., Romero, J., & Soto, F. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional: Parte especial: Control constitucional y otras competencias de la corte constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Montaña, J., Pazmiño, P., Núñez, D., Benavides, J., Alarcón, P., Andrade, K., & Villacrés, J. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (1st ed.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Moreno González, G. (2011). El control jurisdiccional de constitucionalidad. La experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial. *Anuario De La Facultad De Derecho*, (29), 353-373.
- Nieto Deaza, J. M. (2008). Naturaleza de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Via Iuris*, (5), 23-38.
- Nogueira Alcalá, H. (2002). Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius Et Praxis*, 8(2), 71-92.
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José). [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- OrtizMayagoitia, G.,I.(2007). *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. [https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po\\_2010/67845/67845\\_1.pdf](https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/67845/67845_1.pdf)
- Pardo Falcón, J. (1991). *Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Parise, A. (2019). *John H. Wigmore (1863-1943): Un mosaico que ilustra sobre el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho*. Universidad de Maastricht.

- Pásara, L. (2018). *Elecciones judiciales en Bolivia: ¿Aprendimos la lección?* ULTRAdesigns,
- Pegoraro, L. (2019). Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último). *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 23(1), 43-86.
- Piñeiro Aguiar, E., & Polo Blanco, J. (2021). El sumak kawsay Andino como resistencia sociopolítica y como desafío epistémico. *Athenea Digital*, 21(3).
- Polo, E. (2018). Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. *Ius Humani. Law Journal*, 7, 243-247.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Pulido Ortiz, F. E. (2018a). Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional en Colombia. *Opinión Jurídica*, 17(34), 129-149.
- Pulido Ortiz, F. E. (2018b). Poderes normativos de la Corte Constitucional Colombiana. *Ius Et Praxis*, 24(3), 309-334.
- Quadra-Salcedo Janini, T. (2022). *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons.
- Rey Cantor, E. (2006). El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. *Centro de Estudios Constitucionales (Chile)*, 4 (2), 299-334.
- Rivera S, J. A. (1999). El control de constitucionalidad en Bolivia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 205-240.
- Rivera S, J. A. (2005). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (9), 343-356.
- Rivera S, J. A. (2008). La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 173-210.

- Rojas Tudela, F. (2018). La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la Constitución boliviana. *Revista Jurídica de Derecho*, 7, 93-113.
- Rubio Llorente, F. (1992). Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho constitucional*, 12(35).
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (3ª ed. rev. y amp. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz, C. (2009). *Constitutionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional* (1st ed.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Sagüés, Nestor (2008). *Derecho procesal constitucional. logros y obstáculos* (1st ed.). Centro de Estudios Constitucionales (Perú).
- Sagüés, Sofía (2007). *Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. Universidad Católica de Argentina.
- Salgado, H. (1997). La justicia constitucional en Ecuador. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (1), 157-172.
- Sánchez Agesta, L. (1955). *Curso de Derecho constitucional: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U.R.S.S., Portugal* (2a ed. rev. ed.). El Sagrado Corazón.
- Sánchez, A., & Landavazo, M. A. (2014). La influencia de Cádiz en la América española: política, gobierno y constitucionalismo. *Revista de Historiografía*, 20, 75-96.
- Scarciglia, R. (2013). *La justicia constitucional además de los modelos históricos: Metodología comparada y perspectivas de análisis*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sotomayor Valarezo, M. P. (2019). El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región. *Revista Opera*, (24), 5-26.

- Tremolada Alvarez, E., & Martinez Dalmau, R. (2014). Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración. *Revista Universitas*, 128(128), 383-409.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2017). Sentencia N°0084/2017. [https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/\(S\(inhfn1mdodlzi4byd535kmxa\)\)/WfrMostrarResolucion.aspx?b=150754](https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(inhfn1mdodlzi4byd535kmxa))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=150754)
- Vargas Lima, A. E. (2011). Reflexiones críticas sobre la nueva ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. *Estudios Constitucionales (Universidad De Talca. Centro De Estudios Constitucionales)*, 9(2), 639-686.
- Vargas Lima, A. E. (2015). Código procesal constitucional de Bolivia: Doctrina, jurisprudencia constitucional y legislación comparada. *Estudios Constitucionales*, 13(1), 441-443.
- Vargas Lima, A. E. (2016). La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (20), 369-404.
- Weber, A. (2002). Tipos de jurisdicción constitucional. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (6), 583-600.
- Wigmore, J. (1941). *A kaleidoscope of justice containing authentic accounts of trial scenes from all times and climes*. Washington Law Book Co.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*, traducción de M. Martínez Neira. Trotta.
- Zúñiga Urbina, F. (2010). Tribunal constitucional: problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, (14), 397-426.



**Gonzalo Miguel Gaibor Gallardo.** Investigador en el proyecto científico “fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador”, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Guayaquil. Profesor de la Carrera de Derecho en la Universidad Metropolitana, sede Machala, con experiencia en programas de investigación y vinculación con la comunidad, en tutorías de tesis de postgrado y pregrado. Autor de varios artículos científicos publicados en revistas científicas indexadas en bases de datos regionales y de alto impacto. Ha participado en calidad de ponente en varios eventos académicos en Ecuador y España.





Una vez que los países andinos logran la independencia de la Corona española, la redacción de cartas constitucionales fue crucial para organizar la administración política y jurisdiccional en los nuevos Estados soberanos. El presente libro analiza la evolución del control constitucional en la Región andina a la luz de los modelos de control difuso norteamericano y de control concentrado europeo. La evolución de los tipos de control constitucional se abordó a partir de los métodos clásicos y modernos. La categorización clásica se realizó con base en los modelos norteamericano y europeo. Por otra parte, en la clasificación moderna se observan los diversos tipos de sistemas de control constitucional que surgen a raíz de los dos arquetipos clásicos de control. A esta última clasificación se la conoce como *fuzzy sets theory*. Asimismo, se utilizó la teoría del caleidoscopio de la justicia constitucional, a fin de identificar los elementos de control constitucional que se replican de forma constante en los ordenamientos jurídicos de los países de la región Andina. La proclamación de nuevas cartas constitucionales en Colombia, Ecuador y Bolivia despertó un gran interés entre los países andinos por ampliar los estudios acerca de los procedimientos de control de constitucionalidad que se aplican la región. En los capítulos finales del libro se plasman una serie de propuestas tendentes a optimizar el control constitucional en la región. Sin duda, este es un tema aún en desarrollo y que merece especial atención en el contexto suramericano actual, dada su relevancia y potencial impacto.



ISBN: 978-9942-7189-4-5



9 789942 718945