CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DELIBERATIVO

El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador

Jorge Ernesto Roa Roa

Universidad Externado de Colombia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DELIBERATIVO
EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL JUDICIAL AL LEGISLADOR

JORGE ERNESTO
ROA ROA

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DELIBERATIVO

EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL JUDICIAL AL LEGISLADOR

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-772-xxx-x

© 2019, JORGE ERNESTO ROA ROA
© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación:
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Esta investigación recibió el accésit
del Premio Nicolás Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral en derecho
constitucional en el año 2017 conferido por el Centro de Estudios
Políticos y Constitucionales de España

CENTRO DE ESTUDIOS
POLITICOS Y CONSTITUCIONALES

A mi familia

CONTENIDO

Prólogo 19
Víctor Ferreres Comella

Agradecimientos 23

Introducción 27

Capítulo primero
Modelos de acceso al control judicial de la ley
en el derecho constitucional comparado 37

1. El déficit de atención sobre los mecanismos de acceso al control de constitucionalidad 43
2. Acceso amplio o popular 48
   2.1. El acceso de todas las personas al control de constitucionalidad mediante la *actio popularis* 48
   2.2. La ciudadanía como requisito de acceso al control de constitucionalidad: la acción pública 50
   2.3. Acceso directo condicionado al cumplimiento de algunos requisitos de procedibilidad 58
3. Acceso interesado abstracto y concreto 59
   3.1. Acceso interesado al control concentrado de constitucionalidad 60
   3.2. El control difuso de constitucionalidad como mecanismo de acceso interesado a la justicia constitucional 65
4. Acceso colectivo u organizado 67
   4.1. El acceso colectivo al control de constitucionalidad 68
   4.2. El acceso organizado al control de constitucionalidad 69
5. Acceso por intermedio de funcionarios 71
   5.1. El riesgo de politización de la justicia 75
   5.2. El traslado del debate político a la justicia constitucional y la elitización de la defensa de la Constitución 78
6. Apuntes finales sobre los modelos de acceso a la justicia constitucional 80

Capítulo segundo
El diseño institucional de la acción pública
de constitucionalidad en Colombia 83

1. La acción pública de constitucionalidad 91
2. Legitimación activa 93
3. Requisitos de la demanda 96
4. Procedimiento 98
5. Herramientas deliberativas: conceptos de la Procuraduría General de la Nación, intervenciones ciudadanas y participación de instituciones especializadas 102
6. La sentencia y la cosa juzgada 104
7. Los efectos en el tiempo de la sentencia de constitucionalidad 106
8. Sentencias inhibitorias 109
9. Salvamentos y aclaraciones de voto 111

Capítulo tercero
Objeciones funcionales al acceso directo
de los ciudadanos al control de constitucionalidad 115

1. El ideal kelseniano de acceso directo al control de constitucionalidad y las dos objeciones funcionales a la apertura del tribunal constitucional a la ciudadanía 117
2. El riesgo de las demandas temerarias 121
   1.1. La temeridad en la teoría general del proceso 122
   1.2. La temeridad en las acciones públicas de constitucionalidad 124
      1.2.1. Demandas presentadas sin fundamento jurídico 127
      1.2.2. Demandas presentadas con el fin de satisfacer un interés contrario a la Constitución del cual es titular el demandante 131
      1.2.3. Demandas presentadas con el fin de perjudicar a un tercero 134
      1.2.4. Demandas contra normas previamente revisadas por la Corte Constitucional 135
      1.2.5. Demandas contra normas que se encuentran bajo estudio de la Corte Constitucional 140
      1.2.6. Demandas presentadas por quien no tiene legitimidad para hacerlo 142
   1.3. La inadmisión como remedio frente a la temeridad 144
3. La potencial superación de la capacidad de trabajo razonable de la Corte Constitucional 145

3.1. El contenido concreto de la objeción funcional y la paradoja de la eficacia del sistema de control de constitucionalidad 147
3.2. Las consecuencias de la superación de la capacidad de respuesta de la Corte Constitucional: remedios equivocados 149
4. La duración razonable del proceso de control de constitucionalidad 150
4.1. La duración del proceso de revisión judicial de la ley en el derecho constitucional comparado 153
4.2. La duración razonable del proceso de constitucionalidad según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 159
5. La capacidad de trabajo razonable y la (im)pureza de la Corte Constitucional 165
5.1. El criterio funcional 167
5.2. El criterio cuantitativo 173
5.3. La proximidad con la aplicación del derecho ordinario 179
5.4. El grado concreto de (im)pureza de la Corte Constitucional 181
6. El aumento de la tasa de inconstitucionalidad 184
6.1. El concepto y la fórmula de la tasa de inconstitucionalidad 185
6.2. La responsabilidad del legislador en la tasa de inconstitucionalidad y el efecto disuasorio del control de constitucionalidad 189
7. Una respuesta común: el sistema de filtros mediante la cualificación de los argumentos de la demanda 193
7.1. Los argumentos de la demanda como eje central del sistema de filtros del proceso de acción pública de constitucionalidad 196
7.2. La interpretación *pro actione* del sistema de filtros 200
7.3. La privatización o elitización de la acción pública de constitucionalidad y el uso manipulativo del sistema de filtros por parte de la Corte Constitucional 201
7.4. Una defensa del sistema de filtros como racionalizador del acceso directo al control de constitucionalidad 204
8. El equilibrio entre la amplia legitimación activa, los requisitos de la demanda y la posibilidad de sentencias inhibitorias 209

Capítulo cuarto
El acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional como respuesta al problema de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad 213

1. La dimensión representativa de la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad 216
1.1. La legitimidad de origen de los jueces constitucionales 220

1.1.1. La participación ciudadana directa en la elección de los jueces constitucionales 221
1.1.2. La insuficiencia de la elección directa de los miembros del tribunal constitucional 224
1.2. La democracia procedimental, la apertura de los canales del cambio político y la protección de las minorías insulares 229
1.2.1. Los jueces como agentes externos con experticia en aspectos procedimentales 231
1.2.2. Los problemas de la defensa basada en la democracia procedimental 233
1.3. La intervención judicial para asegurar el valor epistémico de la democracia deliberativa y la eficacia de las decisiones legislativas 235
1.4. El control de constitucionalidad en la teoría dualista de la democracia 238
1.4.1. Monismo y dualismo constitucional: momentos de política ordinaria y momentos de política constitucional 239
1.4.2. El control de constitucionalidad en el monismo y en el dualismo constitucional 241
2. El proceso de control de constitucionalidad como un escenario de representación argumentativa o deliberativa 245
2.1. El control de constitucionalidad como un espacio para la representación argumentativa 245
2.1.1. Representación argumentativa y ponderación: la centralidad de la fórmula del peso 250
2.1.2. Objeciones a la ponderación y a su relación con la representación argumentativa 251
2.2. La representación argumentativa y el control de constitucionalidad como un paradigma de la conversación socrática 255
2.2.1. El control de constitucionalidad como una conversación socrática 257
2.2.2. Conversación socrática, control de constitucionalidad y acción pública de constitucionalidad 259
2.3. Los jueces constitucionales como representantes meritocráticos 261
2.3.1. El concepto de representación meritocrática como remedio a los desequilibrios en la capacidad de influencia de los ciudadanos 263
2.3.2. Control de constitucionalidad y representación meritocrática 265
2.4. Justicia constitucional y representación deliberativa: la efectividad del principio de igual dignidad política 268
2.4.1. El juez constitucional como una autoridad deliberativa 269

2.4.2. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como puerta de ingreso a la autoridad deliberativa 272
2.5. Representación deliberativa, argumentativa o meritocrática y acción pública de constitucionalidad 275
2.5.1. El riesgo de instrumentalización hegemónica del mecanismo de representación argumentativa o deliberativa 276
2.5.2. El acceso directo a la representación argumentativa frente al riesgo de la instrumentalización hegemónica del control de constitucionalidad 278
3. La acción pública de constitucionalidad como mecanismo de representación de intereses públicos y de terceros 282
3.1. La diferencia entre la apertura formal y el acceso efectivo al control de constitucionalidad 283
3.2. La acción pública de constitucionalidad y la representación de intereses de terceros 284
4. La acción pública de constitucionalidad y la ciudadanía (constitucionalmente) militante 288
4.1. El ciudadano como defensor de la Constitución frente al legislador 291
4.2. La acción pública de constitucionalidad y la movilización de la ciudadanía militante 293
5. El ciudadano como defensor de la democracia frente al constitucionalismo abusivo 296
5.1. El constitucionalismo abusivo: respuestas débiles e insatisfactorias 296
5.1.1. La instrumentalización de la rigidez constitucional 298
5.1.2. La ineficacia de la democracia militante y las cláusulas democráticas frente a la sutileza del constitucionalismo abusivo 300
5.1.3. Rigidez escalonada y control de constitucionalidad del cambio constitucional 303
5.2. La acción pública de constitucionalidad como instrumento contra el constitucionalismo abusivo 305

Capítulo quinto
El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia y la legitimidad democrática del control de constitucionalidad 309

1. El proceso judicial de constitucionalidad como un escenario de deliberación pública de calidad 311
1.1. Los tribunales constitucionales como escenarios deliberativos 315

1.2. Estándares de deliberación dentro de la justicia constitucional 319
1.3. El potencial deliberativo del sistema colombiano de control de constitucionalidad 322
1.4. La relación de la justicia constitucional con la deliberación interna y con la deliberación externa 324
1.5. La acción pública de constitucionalidad aumenta el potencial deliberativo interno de la Corte Constitucional de Colombia 326
1.6. La acción pública de constitucionalidad aumenta el potencial deliberativo externo de la Corte Constitucional de Colombia 331
2. El control ciudadano fuerte sobre la agenda de la Corte Constitucional como compensación del control ciudadano débil sobre la agenda del legislador 336
2.1. El control ciudadano fuerte sobre la agenda de la Corte Constitucional 336
2.1.1. El autocontrol de la agenda constitucional, las virtudes pasivas y el minimalismo judicial 337
2.1.2. Objeciones al autocontrol judicial de la agenda constitucional 339
2.2. La acción pública de constitucionalidad compensa la ineficacia de la iniciativa legislativa popular y el control ciudadano débil sobre la agenda del legislador 341
3. La acción pública como un instrumento de reequilibrio del poder en el contexto del hiperpresidencialismo latinoamericano 347
3.1. El rol de la justicia constitucional para contener el hiperpresidencialismo 347
3.1.1. La justicia constitucional frente a los abusos por acción del Gobierno: los límites a los estados de excepción 352
3.1.2. La justicia constitucional frente a los abusos por omisión del Gobierno: la protección de los derechos sociales 355
3.2. El acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional como mecanismo de contención del hiperpresidencialismo 358
3.2.1. El acceso directo a la justicia constitucional para garantizar un nivel adecuado de independencia de la Corte Constitucional 359
3.2.2. La acción pública de constitucionalidad frente a la reducción de la deliberación parlamentaria 363
3.2.3. La acción pública de constitucionalidad frente a la tendencia del presidente a perpetuarse en el poder 368
3.2.4. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad contra la cooptación del poder legislativo 370
3.2.5. La acción pública de constitucionalidad y la limitación de los poderes presidenciales de mantenimiento del orden público 372

3.2.6. La acción pública de constitucionalidad y la independencia de los órganos de control 374
3.2.7. La acción pública de constitucionalidad y la autonomía territorial 375
3.3. Los límites de la justicia constitucional para enfrentar el hiperpresidencialismo 377
4. La justicia frente al Gobierno y el ciudadano dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano 380
4.1. La justicia frente al Gobierno sin el ciudadano ante la justicia constitucional 380
4.2. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como una incursión significativa en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano 386

Capítulo sexto
El modelo colombiano de justicia constitucional frente a la crítica de Jeremy Waldron al control de constitucionalidad 395

1. La crítica de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes 397
1.1. El objeto limitado de la crítica: el control fuerte de constitucionalidad de las leyes de carácter posterior y la irrelevancia de los resultados 398
1.2. Las cuatro condiciones de aplicación de la crítica: el *core of the case* 402
1.3. El argumento en contra de la revisión judicial de las leyes: Waldron a favor del legislador 405
1.3.1. Argumentos basados en los procedimientos 406
1.3.2. Argumentos basados en los resultados 407
1.4. Waldron en contra de los jueces: los errores de cinco argumentos favorables al control de constitucionalidad 410
1.4.1. La mayor legitimidad democrática del texto constitucional en relación con las leyes ordinarias 411
1.4.2. La Constitución como un precompromiso 415
1.4.3. La reforma constitucional como respuesta al control de constitucionalidad de las leyes 419
1.4.4. El proceso de elección de los jueces del tribunal constitucional 420
1.4.5. Los elementos participativos del proceso de control de constitucionalidad 422
2. La acción pública de constitucionalidad y el *core of the case*: Jeremy Waldron en Bogotá 424

2.1. El dilema waldroniano: a mayor grado de exigencia del *core of the case*, menor alcance del ataque al control de constitucionalidad 427
2.2. El sistema democrático colombiano como un *non core case* 430
2.2.1. El contexto frente a la importación acrítica de la teoría estándar adversa al control de constitucionalidad 431
2.2.2. El sistema político colombiano fuera de la sociedad ideal waldroniana 434
2.3. La acción pública de constitucionalidad a salvo del *core of the case* 441
2.3.1. La sobreprotección de los derechos frente a la infraprotección de los derechos 442
2.3.2. Limitaciones epistémicas de la democracia: los puntos ciegos y las cargas de inercia del legislador y del Gobierno 444

Capítulo séptimo
La justicia constitucional y los modelos de constitucionalismo débil 449

1. El constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil 451
1.1. Las fórmulas del constitucionalismo fuerte y del constitucionalismo débil 452
1.2. Fundamentos de los modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad 455
1.2.1. Constitucionalismo débil y legitimidad democrática del control de constitucionalidad 457
1.2.2. Constitucionalismo débil y perspectiva dialógica 458
1.2.3. Constitucionalismo débil y protección cooperativa de los derechos 460
1.3. Instrumentos de los modelos débiles de control de constitucionalidad 461
1.4. Reacciones democráticas a las decisiones judiciales 463
1.4.1. Nueva Zelanda: el *Bill of Rights Act* y el control de constitucionalidad mediante la interpretación conforme y el sistema de mandatos interpretativos 465
1.4.2. Reino Unido: la *Human Rights Act* y el control de constitucionalidad mediante la interpretación conforme y las declaraciones de incompatibilidad 468
1.4.3. Canadá: la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y el modelo dialágico mediante la cláusula '*no obstante*' 476
1.5. Reacciones tecnocráticas a las decisiones judiciales 480

1.6. Modelos débiles y fuertes de constitucionalismo y el núcleo del argumento contra el *judicial review* 485
2. El modelo colombiano de control de constitucionalidad: ni tan fuerte, ni tan débil 489
2.1. Colombia y la fórmula del constitucionalismo fuerte 492
2.1.1. La prohibición expresa de respuestas legislativas ordinarias 494
2.1.2. El control de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento 499
2.1.3. El control de las reformas constitucionales mediante la doctrina de la sustitución de la Constitución 504
2.1.4. Las sentencias integradoras, las decisiones estructurales y el estado de cosas inconstitucional: tomar la palabra ante el silencio de los demás poderes del Estado 511
2.1.5. La existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad 514
2.2. Un espacio para el constitucionalismo débil en Colombia 519
2.2.1. La rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es menor que su rigidez formal 520
2.2.2. El carácter rogado y el término de caducidad del juicio de sustitución 524
2.2.3. La utilización del modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa y el sistema de exhortos al Congreso 527
2.2.4. La aplicación del principio *in dubio pro legislatore* y la presunción de constitucionalidad de las leyes 531
2.2.5. La defensa de la ley en los escenarios deliberativos y el *incidente de impacto fiscal* contra decisiones de (in)constitucionalidad: el activismo dialógico 540
3. La legitimidad democrática de la justicia constitucional y los límites al constitucionalismo débil en Colombia 545
3.1. Modelos débiles o fuertes y legitimidad democrática 546
3.2. Los límites al constitucionalismo débil en Colombia 548

Capítulo octavo
El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y la subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos 551

1. La responsabilidad de los Estados por la expedición y la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos 555

2. Los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición o la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos 562
3. La acción pública de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: hacia la subsidiariedad material de la Corte Interamericana 570
3.1. La idoneidad del acceso directo al control abstracto de constitucionalidad frente a: los demás modelos de acceso, el control difuso y los recursos de amparo 570
3.2. Las ventajas para los individuos derivadas del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad 574
3.3. Los Estados se benefician del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad 576
3.4. Subsidiariedad efectiva y menos casos para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos 579
4. La acción pública de constitucionalidad y el control de convencionalidad de alta intensidad 582
4.1. Los tres instrumentos del mecanismo institucional interamericano para la solución de antinomias: interpretación conforme, principio *pro persona* y control de convencionalidad 582
4.2. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad 587
4.3. El sistema mixto de control de constitucionalidad, el acceso directo a la justicia constitucional y el control de convencionalidad 590
5. La acción pública de constitucionalidad como un instrumento para el diálogo entre tribunales 595

Epílogo
Un argumento a favor del control de constitucionalidad: el ciudadano ante la justicia constitucional 601

Bibliografía citada 611

Tabla de casos 649

PRÓLOGO

Es para mí un verdadero honor prologar el libro que el lector tiene en sus manos. La obra nace de la tesis doctoral que Jorge Ernesto Roa Roa presentó el 29 de noviembre de 2017 en la Universidad Pompeu Fabra, y que tuve el gusto de dirigir. La comisión evaluadora de la tesis estuvo integrada por tres juristas de indudable prestigio en la disciplina del derecho constitucional: Humberto Sierra Porto, que actuó como presidente, María Ángeles Ahumada Ruiz y Enric Fossas Espadaler. La comisión doctoral otorgó al trabajo, por unanimidad, la máxima calificación posible: sobresaliente *cum laude*. Además, la investigación fue acreditada por unanimidad con la mención internacional conferida por dos evaluadores europeos anónimos. Y, como si lo anterior fuera poco, esta pesquisa recibió el accésit del Premio Nicolás Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral en derecho constitucional que confirió el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España en el año 2017. Y es que nos encontramos ante una obra de madurez sorprendente, dada la juventud de su autor.

Existen, desde luego, una gran cantidad de trabajos publicados sobre temas relacionados con la justicia constitucional, y más precisamente sobre el control de constitucionalidad de la ley. Esta explosión bibliográfica refleja la progresiva extensión del instituto del control de constitucionalidad a lo largo y ancho del mundo. Sin embargo, a pesar de la riqueza de la producción científica acumulada, subsiste una laguna significativa, que el libro de Jorge Ernesto Roa Roa contribuye a colmar.

En efecto, por un lado, abundan los libros y artículos que examinan con exhaustividad los múltiples detalles de la regulación normativa y la práctica jurisprudencial que se proyectan sobre el control de constitucionalidad. Se trata de obras de gran utilidad cuyo foco de atención es el ordenamiento de un determinado país, aunque últimamente es habitual introducir dosis de derecho comparado. Ahora bien, sus autores suelen dar por descontada la legitimidad de la institución. Apenas se plantean la existencia de una posible tensión con el principio democrático.

Por otro lado, los filósofos llevan varias décadas discutiendo a propósito de la justificación del control de la ley en un contexto democrático. Las diversas etapas por las que discurre el debate están asociadas a la publicación de alguna obra que destaca por la radicalidad de la postura defendida. La conversación filosófica resulta reveladora de las diversas tesis, argumentos y contra-argumentos que cabe formular sobre la cuestión. Por lo general, sin

embargo, los filósofos dejan de lado las cuestiones más específicas relativas al diseño institucional y a la praxis jurisprudencial.

En la cultura estadounidense, los juristas y los filósofos han logrado formar un cierto espacio común, a pesar de la separación existente entre las dos comunidades epistémicas. En ese espacio se han podido escuchar las voces de John Rawls, Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, por ejemplo, pero también las de John Ely, Bruce Ackerman, Owen Fiss y Lawrence Sager, entre otros muchos. Los filósofos han profundizado en los fundamentos normativos del control de constitucionalidad, mientras los juristas han sabido trasladar sus ideas al terreno de la práctica del derecho constitucional. Así, desde que Alexander Bickel lanzara su famoso desafío, al destacar el carácter "contra-mayoritario" de la justicia constitucional, diversos autores han propuesto una serie de teorías que han afectado, en mayor o menor medida, el modo de concebir el papel de la Constitución en el sistema democrático, y la manera de interpretar el texto constitucional.

En otras culturas, en cambio, no se ha producido ese encuentro entre el discurso filosófico y la práctica del derecho. Por ello, si el jurista se interesa excepcionalmente por el debate acerca de los fundamentos del control de constitucionalidad, se ve forzado a seguir las polémicas habidas en Estados Unidos. El trasfondo de dichas polémicas, naturalmente, es un ordenamiento particular, por lo que las conclusiones alcanzadas no se pueden aplicar mecánicamente a otros lugares.

En este libro, Jorge Ernesto Roa Roa nos muestra las posibilidades de establecer mediaciones entre la filosofía y el derecho. Él se acerca a la mejor literatura iusfilosófica contemporánea para entender la razón de ser de la justicia constitucional, así como para sopesar las objeciones que se le pueden oponer. Al mismo tiempo, nuestro autor tiene un perfecto conocimiento del origen y evolución del sistema constitucional colombiano, y de los problemas a los que se enfrenta en diversos campos. Jorge Ernesto Roa Roa combina con tino la teoría constitucional y el derecho constitucional positivo. La síntesis de lo abstracto y lo concreto es la clave de su planteamiento.

El libro se centra en una pieza esencial del sistema jurídico colombiano: la acción pública de constitucionalidad. Este instrumento permite a los ciudadanos combatir de forma directa, y sin que se requiera la afectación de intereses concretos, la constitucionalidad de las leyes. Figura fascinante en el panorama del derecho comparado, la acción pública de constitucionalidad no ha ocupado hasta ahora el lugar central que merece en las reflexiones generales sobre la legitimidad del control de la ley. Como bien explica Jorge Ernesto Roa Roa, el

estudio de los mecanismos de acceso al control de constitucionalidad tiende a verse postergado en favor de otros temas, como los procedimientos de selección de los jueces encargados del control de constitucionalidad o los efectos de sus sentencias. Pero es manifiesta la necesidad de entender dichos mecanismos para poder captar la lógica de la justicia constitucional de cada país.

El libro está estructurado con inteligencia, invitando al lector a contemplar la acción de constitucionalidad desde diversos ángulos. Siguiendo el camino trazado por nuestro autor, el lector comprende bien, desde el comienzo, la naturaleza de este instrumento, al hallarlo definido por contraste con otras modalidades de acceso a los tribunales. A continuación se exponen los detalles de la regulación procesal, para pasar entonces a responder con maestría a las objeciones que tradicionalmente se han levantado frente a la acción pública. Llegamos entonces al corazón del estudio, en el que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional se presenta como condición para legitimar democráticamente el control de la ley en Colombia. Ello permite contestar con solvencia los argumentos que Jeremy Waldron ha articulado en contra del control de constitucionalidad, contextualizándolos en una determinada realidad política y social. Para rematar el análisis, Jorge Ernesto Roa Roa explica cómo se combinan en Colombia elementos de constitucionalismo "fuerte" y "débil", y muestra que la operatividad de la acción pública contribuye a satisfacer las exigencias derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estamos, en fin, ante un libro de extraordinaria riqueza, fruto maduro de un largo proceso de investigación y reflexión, que pone de manifiesto el gran talento de Jorge Ernesto Roa Roa. La comunidad académica debe estar de enhorabuena por la publicación de este estudio, que constituye una aportación muy relevante a la moderna reflexión sobre la justicia constitucional.

Víctor Ferreres Comella

Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona
Visiting Professor, University of Texas at Austin

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a las instituciones que han apoyado la realización de las diferentes etapas de esta investigación: la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación de Cataluña.

En la Universidad Externado de Colombia debo especial gratitud a sus rectores: Fernando Hinestrosa y Juan Carlos Henao. Asimismo, a los directores del Departamento de Derecho Constitucional: Néstor Osuna y Magdalena Correa Henao.

He sido muy afortunado al pertenecer a dos unidades académicas del más alto nivel: el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (UPF). Tanto en la Universidad Externado como en la UPF hay personas que son simultáneamente mis maestras, colegas y amigas. Todas ellas han dejado una huella imborrable en esta investigación. Por esa razón, no quiero cometer la injusticia de nombrar solo a algunas personas del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado, porque todas ellas saben que son la familia con la cual decidí compartir el resto de mi vida académica.

Durante mi paso de seis años por el Área de Derecho Constitucional de la UPF tuve la maravillosa oportunidad de conocer, aprender y construir una gran amistad con Aida Torres, Gracy Pelacani, Juan Camilo Herrera, Maribel González, Marcela Priego, Marta Caredda y Joan Solanes. Joan, además, ha sido mi compañero de oficina y ese privilegio me ha permitido aprender directamente de su capacidad de trabajo, dedicación y disciplina. Guardaré con cariño los mejores recuerdos de este fabuloso equipo en el que también compartí con Andrés Cervantes, Dmitrij Lisovskij, Héctor López, Marc Carrillo, Rafael Bustos y Rafael Jiménez.

Sea esta la oportunidad para agradecer también a todo el equipo administrativo del Departamento de Derecho de la UPF. Allí me han acogido con cariño y han soportado con paciencia todas mis gestiones.

El capítulo 1 de este libro fue escrito durante una estancia de investigación en la Università degli Studi di Trento bajo la supervisión del profesor Roberto Toniatti. El capítulo 2 fue escrito durante mis visitas a la Universidad Externado de Colombia para impartir clases en los programas de especialización y maestría en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Público. El capítulo 7 fue escrito en

London durante el verano del año 2015 y las ideas centrales fueron presentadas y discutidas en mi intervención durante el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se realizó en septiembre de 2015 en la ciudad de Bogotá. El capítulo 8 fue escrito durante una estancia de investigación en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg bajo la supervisión del profesor Armin von Bogdandy y la profesora Mariela Morales Antoniazzi. En todas estas instituciones, y en las demás universidades y congresos en los cuales tuve la oportunidad de presentar los resultados parciales de mi investigación, recibí preguntas, comentarios, sugerencias y desafíos. Lo mejor de estos capítulos se debe precisamente a esos intercambios deliberativos y constructivos con investigadores, maestros, colegas, estudiantes y amigos.

La mayor parte de esta investigación ha sido escrita en bibliotecas. Por esa razón, agradezco a Sandra Berg, de la biblioteca del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, y a Teresa Massas, de la biblioteca del Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña. Ellas pusieron sobre mi escritorio piezas clave para mi investigación y, a pesar de la distancia, me mantuvieron siempre actualizado en cuanto a las más recientes novedades editoriales en derecho constitucional, derecho internacional y filosofía política.

Durante estos años ha sido un verdadero privilegio haber participado en conferencias, seminarios y conversaciones con José Juan Moreso, José Luis Martí y Roberto Gargarella. Aprecio mucho que se hayan tomado en serio todas mis ideas y generosamente hayan dedicado parte de su tiempo a contestarme, replicarme, corregirme y sacarme de la ignorancia. También han sido muy provechosas y estimulantes las conversaciones con Pablo Riberi y Víctor Bazán.

Quiero agradecer a Sabrina Ragone, quien ha sido una amiga entrañable, una crítica implacable y un referente difícil se seguir. La intensidad de su trabajo académico y su proactividad le dan todavía más brillo a su fabulosa inteligencia.

La investigación doctoral es un periodo adecuado para hacer espacio en el corazón a muchas personas maravillosas, y no hay mención que pueda reflejar el afecto y el cariño de todos estos años: Ana Martínez, Bolívar Portugal, Carlos Chinchilla, Carmen Saiz, Douglas Zaidan, Esther Angles, Felipe Rey, Gustavo Zavala, Indira Latorre, Jesús Becerra, Joan Roselló, José Saiz, Juan Covilla, Kassandra Soto, Mar Escardó, Omar Vázquez, Pablo Barreda, Pere Ripoll y Rosario Arrieta; todas ellas y mis amigas de Colombia han soportado de buena manera todos mis defectos como amigo. Dice mucho de su generosidad el hecho incuestionable de que me sigan queriendo. Desde luego, Claudia

Patricia fue una compañera maravillosa que inspiró los esfuerzos que hicieron posible esta investigación.

Desde los primeros años de la carrera de Derecho, Alexei Julio Estrada, Carlos Bernal Pulido y Juan Carlos Upegui han seguido de cerca mi proceso de formación y me han animado constantemente para continuar hasta lo más alto posible. La amistad de ellos tres me honra de manera inmerecida.

Una de las razones principales para realizar mi investigación doctoral en Barcelona fue la posibilidad de trabajar al lado de Víctor Ferreres Comella. Su disciplina ha sido un ejemplo y sus publicaciones, una inspiración. Él ha orientado esta investigación como el director de una orquesta sinfónica: ha sido una pieza imprescindible que se ha encargado de que todos los instrumentos suenen en el momento adecuado, con el tono justo, al ritmo correcto y administrando adecuadamente los silencios. Desde luego, ningún director de orquesta, por talentoso que sea, puede hacer que los músicos logren aquello que sus habilidades personales no les permiten. Si esta investigación no suena como una pieza de Mozart, tal y como Víctor habría querido, la responsabilidad es exclusiva de quien no logró seguir la batuta del director.

No tengo palabras para agradecer a Alejandro Saiz Arnaiz y Humberto Sierra Porto. Cualquier cosa que pueda dejar consignada aquí para mostrar mi cariño y gratitud será insuficiente. Nunca les podré retribuir el gran valor de su ejemplo como académicos, jueces y seres humanos, sus enseñanzas, sus consejos y su apoyo incondicional. Si es posible hallar algún mérito en este trabajo, me gustaría dedicárselo a ellos.

El esfuerzo y el sacrificio detrás de este libro también están dedicados a mi familia, sin la cual nada habría sido posible y nada tendría sentido.

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de los desacuerdos públicos relevantes que han surgido durante las tres últimas décadas en Colombia han sido resueltos por un juez constitucional. En concreto, la mayoría de nuestros desacuerdos sociales han sido discutidos, delimitados y definidos en última instancia por la Corte Constitucional. Como si esto fuera poco, es altamente probable que los jueces constitucionales sigan desatando los nudos de nuestras reflexiones como sociedad durante muchos años más.

El fenómeno descrito previamente no resulta extraño bajo el paradigma del Estado constitucional. Por el contrario, se trata de una ventaja material cuando la judicatura constitucional es independiente, se toma en serio el texto constitucional, aplica los estándares internacionales sobre derechos humanos y fomenta la deliberación pública. Por satisfacer todas estas condiciones, la justicia constitucional colombiana es objeto de estudio, referencia y admiración por parte de jueces e investigadores de todo el mundo. Asimismo, Colombia tiene uno de los tribunales constitucionales con el mayor grado de reconocimiento y respeto global, por lo que este se ha convertido en un *modelo de prestigio* dentro del derecho constitucional comparado.

Las anteriores premisas contrastan con las fuertes tensiones que genera internamente la justicia constitucional y con el déficit de deliberación en torno a los problemas relacionados con su diseño, funcionamiento y fundamentación democrática[1]. Además, en Colombia no se ha dado un debate prolijo, mantenido, constante y abierto sobre aspectos centrales del sistema constitucional y sobre los fundamentos de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad[2]. Lo anterior implica que una buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional suscita un debate profuso e intenso pero a la vez carente

---

1 Desde luego, Colombia no es el único país con una justicia constitucional fuerte, reconocida y respetada, pero con un alto déficit de deliberación interna sobre aspectos centrales, como la estructura judicial y la compatibilidad del control de constitucionalidad con el sistema democrático. Sobre la situación de Sudáfrica cfr., p. ej., KLUG, HEINZ. *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 223.

2 Para algunos trabajos sobre la materia que constituyen la excepción que confirma la regla, cfr. BERNAL PULIDO, CARLOS. "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 7, 1999, pp. 121-139 y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". *Revista Precedente*, n.º 25, 2006, pp. 37-68.

de un marco de análisis sobre la compatibilidad de la justicia constitucional con la democracia.

Para justificar el hecho de haber mirado hacia otro lado durante todo este tiempo no es suficiente con señalar que la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional conduce a un debate que se ha desarrollado esencialmente en Estados Unidos y en Europa. No es suficiente con repetir –con Bruce Ackerman– que cada año aparecen varios autores que juran tener la respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad como un pretexto para resignarnos a no debatir en clave contextual o dejar de buscar nuestra propia respuesta. Indiscutiblemente, la inercia puede ser una aliada perfecta para encontrar la comodidad que implica rehusarse a pensar en nuestras estructuras judiciales y en nuestra organización como sociedad y como democracia.

En contra de las excusas y del pesimismo epistemológico, es plausible sostener que el debate en torno a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad se mantiene constante y se renueva en la medida en que se postulan nuevos argumentos para defender u objetar la existencia de controles judiciales al legislador. Dentro de los últimos avances teóricos en esta discusión global se ha aceptado, *inter alia*, que la legitimidad democrática de la revisión judicial no es una cuestión absoluta sino de grado; que el mejor modelo de control de constitucionalidad depende del diseño institucional de cada sistema político y jurídico; que los esquemas europeo y norteamericano son insuficientes para analizar los problemas actuales de la revisión judicial de la ley; que pueden existir ordenamientos jurídicos en los que la última palabra en materia de interpretación de la Constitución sea el producto de un diálogo entre la Corte Constitucional y el legislador; que es posible encontrar un punto intermedio entre las fórmulas del constitucionalismo fuerte y débil, y, especialmente, que los sistemas de América Latina tienen características históricas, políticas y jurídicas que justifican una discusión regional sobre la compatibilidad del control de constitucionalidad con el principio democrático.

Todos estos avances nos resultan lejanos cuando anteponemos con soberbia la falsa convicción de que la legitimidad democrática del control de constitucionalidad es un tema cerrado o superado dentro del constitucionalismo colombiano. Desde luego, también perdemos la oportunidad de ser interlocutores válidos para otros contextos y de aportar a un debate sobre el cual todavía no se ha dicho la última palabra dentro de la teoría constitucional.

Iniciar la deliberación y encontrar argumentos sólidos para defender el modelo colombiano de justicia constitucional es una responsabilidad inaplazable con nosotros mismos, con los ciudadanos y con quienes admiran el sistema

constitucional de Colombia. Como señala Ferreres, plantear el problema de la compatibilidad de un sistema de justicia constitucional con la democracia "no quiere decir que no sea posible dar razones para justificar el control judicial de la ley. Lo que sí significa es que existe una tarea teórica a realizar, que es precisamente la búsqueda de razones que permitan responder a esa objeción"[3].

EL COMIENZO DE LA DELIBERACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO DE UNA FORTALEZA CON POTENCIAL GLOBAL

El primer paso, entonces, es tomar en serio la objeción democrática que se opone al control de constitucionalidad como un problema que afecta al sistema constitucional colombiano. Esta es una condición necesaria para descubrir nuestras propias deficiencias, destruir los prejuicios propios o ajenos y potenciar nuestras fortalezas. Nuestro prestigio y pundonor como sistema constitucional se fortalecerán si dejamos de omitir o aplazar esta discusión y empezamos a mostrar que tenemos aportes serios que entregarle al constitucionalismo global. De esa manera, los resultados destacables de la labor de nuestra Corte Constitucional en materia de protección de los derechos se sumarán a la legitimidad democrática de nuestra justicia constitucional. Aún más, si algún día desaparecen esos resultados favorables, todavía nos quedará una base sólida para continuar.

No es necesario exagerar las virtudes del modelo colombiano de control de constitucionalidad para aceptar que se trata de un sistema de justicia constitucional abierto al ciudadano y (altamente) compatible con el sistema democrático. Desde luego, ninguno de nuestros puntos fuertes supera todo el problema que representa la objeción democrática al control de constitucionalidad; pero, ¿quién ha dicho que la cuestión sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad es un tema de todo o nada? Avanzamos bastante cuando logramos potenciar el grado de legitimidad de nuestro sistema constitucional. Siempre hará falta algo, el vaso no puede estar siempre completamente lleno, ¿pero por qué no ver los 9/10 de contenido sin obsesionarse con el 1/10 que hace falta? Quizá descubramos que ese décimo vacío es necesario y no representa una cuestión fatal para nuestro constitucionalismo y nuestra democracia. Desde luego, también podemos concluir que el décimo que nos hace falta

---

3 Ferreres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. 2.ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 46.

es un elemento estructural y un gran problema. En ese caso, ya sabemos qué debemos cambiar y qué podemos mantener.

En ese marco, este trabajo defiende que entre las mejores cosas que tenemos para mostrar se encuentran el funcionamiento de nuestro sistema de acceso ciudadano al control de constitucionalidad y las consecuencias estructurales y deliberativas que se derivan de la existencia de una acción pública de constitucionalidad. Si la mayor garantía de una Constitución es, como señalaba Tomás y Valiente, "la existencia de un órgano jurisdiccional que sólo habla cuando se le pregunta y cuando le pregunta quien puede hacerlo"[4], nuestra fortaleza es que todos los ciudadanos colombianos podemos activar esa garantía porque todos estamos legitimados para formularle preguntas a la Corte Constitucional.

Uno de los puntos de partida de esta investigación es que existen muchas aristas inexploradas dentro del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional. Las investigaciones sobre la materia se han ocupado de diferentes aspectos, pero no han dedicado la atención suficiente a la legitimación activa para iniciar el proceso de constitucionalidad. Esto ha sido así a pesar de que el fragmento más importante del texto de Hans Kelsen sobre la justicia constitucional afirma que la "cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución"[5].

La capacidad para acceder al control de constitucionalidad se ha abordado tradicionalmente como un tecnicismo poco importante dentro de la teoría del *judicial review*. La mayor parte de la literatura sobre la justicia constitucional ha omitido la relación entre la legitimación activa y otros aspectos del diseño institucional del propio control de constitucionalidad. También se ha obviado la conexión entre la legitimación activa y la posición funcional del juez constitucional dentro del sistema democrático. El estudio de la relación entre la ciudadanía y los tribunales constitucionales y, en concreto, el grado de apertura de la justicia constitucional a los ciudadanos reclama la atención de las investigaciones sobre la justicia constitucional comparada.

---

4 Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 110.

5 Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)". Rolando Tamayo y Salmorán (trad.). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, 2011, p. 291.

En este campo de la teoría constitucional existe una gran paradoja. Por una parte, se discute constantemente sobre las razones por las cuales el tribunal constitucional puede definir los desacuerdos fundamentales que se presentan dentro de la sociedad. Por otra parte, no se cuestiona el hecho de que solo unos pocos ciudadanos puedan acceder al escenario judicial en el que se definen esos desacuerdos. Aún más, se critica que a los tribunales solo lleguen algunos desacuerdos o lleguen más desacuerdos de los que deberían llegar, pero no se conecta esa discusión con el sistema de acceso al control de constitucionalidad. ¿Por qué en algunos sistemas constitucionales el presidente y los miembros del Parlamento son los únicos legitimados para acceder al control de constitucionalidad?; o, ¿por qué solo un grupo reducido de interesados puede proponer una discusión constitucional sobre un aspecto que tiene un impacto general?; o, ¿por qué hay que sufrir un daño para estar legitimado para participar o iniciar la deliberación ante la Corte Constitucional?

LA CONVERGENCIA CONSTITUCIONAL: EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Todos los déficits deliberativos señalados previamente se han empezado a subsanar a partir del fenómeno de la convergencia constitucional. La convergencia constitucional es un proceso caracterizado por el aumento exponencial de los puntos en común del derecho constitucional en diferentes latitudes del mundo. La convergencia ocurre tanto en lo que concierne al contenido sustancial de los derechos protegidos por los sistemas constitucionales como al diseño institucional o la estructura encargada de proteger esos derechos[6]. Uno de los elementos centrales del proceso de convergencia es la ampliación de la legitimación ciudadana para acceder a los tribunales constitucionales.

En el marco de ese proceso de convergencia existe una riqueza especial cuando se afronta el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad con base en un elemento del diseño institucional de la justicia constitucional. En efecto, esta metodología implica conocer la teoría constitucional y la práctica constitucional concreta de un determinado sistema

---

6 DIXON, ROSALIND y POSNER, ERIC. "The limits of constitutional convergence". *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2011, pp. 399-423 y TUSHNET, MARK. "The inevitable globalization of Constitutional Law". *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 1, 2009, pp. 985-1006.

para avanzar en la tesis de que algunos elementos del diseño institucional fortalecen la soportabilidad democrática de la justicia constitucional.

Por esa razón, el objeto de este trabajo es demostrar que la acción pública de constitucionalidad puede aportar argumentos a favor de la justicia constitucional y, sobre todo, que el modelo de acceso al control de constitucionalidad determina el alcance de esa institución en la vida de los ciudadanos. Al terminar de leer este libro, el lector debería concluir que es necesario dejar de preguntarse por qué existen los exóticos sistemas de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y, en cambio, empezar a preguntarse por qué esa apertura no existe en otros contextos y cuál es el lugar del ciudadano ante la justicia constitucional.

LA ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO

Las preguntas que orientan esta investigación son: ¿por qué el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad ha tenido una baja aceptación fuera del contexto latinoamericano?; ¿qué objeciones se pueden formular a la posibilidad de que los ciudadanos soliciten directamente la revisión de la constitucionalidad de una ley?; ¿existen algunas particularidades de los sistemas políticos y constitucionales latinoamericanos que expliquen o justifiquen la adopción de sistemas de acceso directo al control de constitucionalidad? Si es así, ¿por qué este diseño institucional no se ha extendido a toda la región?; ¿es posible establecer alguna relación entre el diseño institucional del control de constitucionalidad de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad y la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Y, finalmente, ¿un sistema de control de constitucionalidad que tenga como eje al ciudadano aumenta o disminuye la tensión entre el principio democrático y el de supremacía constitucional? En otras palabras, ¿la fuerza de la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad aumenta o disminuye por el hecho de que este sea activado por petición de un ciudadano mediante una demanda de constitucionalidad? Presentar las posibles respuestas a estos interrogantes es el objeto de este libro.

La investigación se articula en ocho capítulos. En el primero se utiliza el método del derecho público comparado para clasificar los diferentes diseños institucionales de acceso al control abstracto de constitucionalidad. En ese

capítulo se identifican cuatro modelos: i) acceso directo, ii) acceso interesado, iii) acceso colectivo u organizado y iv) acceso por medio de funcionarios.

En el segundo capítulo se describe el funcionamiento general de la acción pública de constitucionalidad en Colombia de acuerdo con las normas que regulan su procedimiento. Además, se hace referencia a la jurisprudencia y a la práctica constitucional sobre el derecho político de los ciudadanos a cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

El tercer capítulo analiza la mejor versión de las dos objeciones funcionales que se han opuesto al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad: demandas temerarias y superación de la capacidad razonable de respuesta de la Corte Constitucional. En este capítulo se señala que estas objeciones pueden ser superadas mediante un sistema de filtros adecuado que permita, por una parte, exigir una calidad mínima a los ataques de constitucionalidad que se presentan ante la Corte Constitucional y, por otra, controlar el número de ataques que ingresan al tribunal.

Los capítulos cuarto y quinto tienen como objetivo demostrar que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional es algo mucho más trascendente que una simple modificación procesal de la legitimación activa para iniciar el juicio de contraste entre un acto normativo y la Constitución. En concreto, se sostiene que la acción pública de constitucionalidad transforma la concepción sobre el proceso de control de constitucionalidad y repercute sobre la soportabilidad democrática del propio sistema de revisión judicial de las leyes.

El capítulo cuarto se basa en una defensa teórica del control de constitucionalidad frente a la dimensión representativa de la dificultad contramayoritaria. Se afirma, específicamente, el carácter representativo (deliberativo y meritocrático) de la justicia constitucional y se mantiene que la acción pública de constitucionalidad empodera a los ciudadanos para la representación de sus intereses, la agencia de intereses de terceros, la defensa de la democracia y la contención del constitucionalismo abusivo.

Por su parte, el capítulo quinto utiliza elementos del diseño institucional colombiano de la justicia constitucional para señalar que esta ostenta un carácter deliberativo que enriquece a todo el sistema democrático. En concreto, se afirma que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional compensa el bajo nivel de control ciudadano sobre la agenda del legislador, permite contener el hiperpresidencialismo y genera cambios en la estructura de poder para ponerla al servicio de las promesas constitucionales. Con base en estas premisas, en este capítulo se concluye que la apertura de la justicia

constitucional a los ciudadanos es una incursión trascendente y relevante dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo, sin la cual no se habrían producido avances materiales en la protección de los derechos constitucionales en Colombia.

Para reforzar esa defensa de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, en el capítulo sexto se disecciona la crítica de Jeremy Waldron al *judicial review*, lo que permite afirmar que esta crítica se inscribe dentro de una teoría estándar con fuertes límites para su aplicación en contextos diferentes a los de las sociedades bien ordenadas en las que piensa Waldron. Además, se afirma que el modelo colombiano de control de constitucionalidad se encuentra a salvo del reparo waldroniano a la justicia constitucional porque la configuración y la práctica constitucional colombianas muestran aportes concretos al sistema democrático y político que son relevantes, incluso, en condiciones propias de sistemas bien ordenados.

El séptimo capítulo cierra el argumento en defensa de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, marca una pauta para continuar con la deliberación sobre esa materia. El argumento central de ese capítulo es que, dado que en el sistema fuerte de justicia constitucional de Colombia existen varias manifestaciones que dejan espacio para el constitucionalismo débil, el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en este país no puede partir de la premisa de que se trata de un modelo altamente incompatible con el sistema democrático. Por el contrario, se muestra que dentro del sistema fuerte de justicia constitucional colombiano ocurren prácticas dialógicas y deliberativas entre los poderes públicos que son más constantes y fluidas que aquellas que ocurren en muchos sistemas tradicionalmente considerados como esquemas débiles.

Por último, el capítulo octavo tiene un doble objetivo. Por una parte, sugiere una proyección del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad a otros Estados latinoamericanos. El argumento se basa en la subsidiariedad efectiva del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en los casos de responsabilidad de los Estados por la aprobación o la aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, ese argumento inserta el debate sobre el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad dentro de fenómenos propios del constitucionalismo transnacional.

Este libro puede ser leído en su integridad como una defensa del modelo colombiano de control de constitucionalidad. Sin embargo, ninguna de las tesis que aquí se defienden implica una renuncia a la crítica razonable a la labor

judicial de la Corte Constitucional de Colombia. De nuevo, con Tomás y Valiente, es posible afirmar que el tribunal constitucional "necesita de la crítica de todos los juristas y, muy en especial, de los constitucionalistas"[7], siendo muy importante que los integrantes de la Corte y los constitucionalistas se lean y discutan mutuamente.

UNA NOTA FINAL

Es importante señalar que este libro no tiene la pretensión de resolver todos los problemas que afectan la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Esta investigación no defiende la tesis de que la acción pública de constitucionalidad es un mecanismo que pone al control de constitucionalidad a salvo de todas sus dificultades democráticas. En ese sentido, los argumentos a favor de la acción pública han sido formulados con el objetivo de abrir un nuevo espacio dentro de una discusión relevante de la teoría constitucional: el de la posible contribución del ciudadano como primer eslabón del control de constitucionalidad y su impacto en la legitimidad democrática del *judicial review*.

Lo anterior quiere decir que este libro incursiona en un tema clásico y potente de la teoría constitucional con un objetivo modesto; con humildad, pero con la certeza de que este esfuerzo puede realizar un aporte significativo. Como indica Bogdandy, para lograr un avance en la investigación jurídica no es necesario ubicarse en una posición elevada, pero es preciso tener una ubicación diferente a la de otros avances sobre la misma materia[8]. Bajo esa premisa, este trabajo ofrece la perspectiva más próxima a quienes sufren las consecuencias de un acto normativo inconstitucional.

Para finalizar, me parece importante reconocer que empecé a escribir esta investigación pensando en aprender y contribuir al que considero el debate central de la teoría y del Estado constitucional. Sin embargo, he terminado de escribirlo pensando en los demás: en todos aquellos que me han formulado preguntas, inquietudes, reparos, objeciones, sugerencias, correcciones, enseñanzas y dudas sobre el objeto de esta investigación. Estoy seguro de que

---

7 Tomás y Valiente. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 15 y 16.

8 Bogdandy, Armin von. "*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual". En Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 137.

no he logrado atender todos sus comentarios, no he captado la dimensión de todas sus objeciones y, desde luego, no he logrado contestar a todas sus dudas. Sin embargo, espero sinceramente que esta investigación no deje la discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional exactamente en el mismo lugar en el que esta se encontraba antes de introducir la perspectiva de los ciudadanos ante la justicia constitucional.

CAPÍTULO PRIMERO

Modelos de acceso al control judicial de la ley en el derecho constitucional comparado

La forma como los individuos acceden al control de constitucionalidad es un aspecto central de la teoría de la justicia constitucional. No obstante, las tipologías más difundidas de los modelos de control de constitucionalidad dejan de lado este aspecto y se basan en parámetros históricos, geográficos y de diseño institucional[1]. De acuerdo con estos criterios, el control de constitucionalidad puede ser, *inter alia*: difuso o concentrado, concreto o abstracto, con efectos *erga omnes* o *inter partes*, previo o posterior, sancionador o reparador, fuerte o débil[2].

La división más general y clásica del control de constitucionalidad asume la existencia de dos grandes modelos: el europeo y el norteamericano. Este último es el tipo de revisión judicial de la ley al que dieron origen los textos publicados en *El Federalista*[3] y la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison* de 1803[4]. También es conocido como el modelo difuso de control de constitucionalidad[5].

El modelo norteamericano se caracteriza por facultar a todos los jueces para inaplicar normas con jerarquía de ley en el marco de los procesos que son de su competencia. Se trata de un control de carácter concreto porque depende de los extremos fácticos del litigio en el que se realiza, su ejercicio está condicionado a la existencia de un proceso principal y la decisión del juez sobre la

---

1 FAVOREU, LOUIS. *Los tribunales constitucionales*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 15-131, y BREWER-CARÍAS, ALAN. *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 127-202.

2 Sobre las diferencias entre el control abstracto y el control difuso, cfr. STONE SWEET, ALEC. "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy". *West European Politics*, vol. 25, n.º 1, 2002, pp. 86 y 87. Acerca de los modelos fuertes y débiles de justicia constitucional, cfr. TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, New Jersey, 2008, pp. 3-76 y *Constitucionalismo y Judicial Review*. Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 87-116. Una versión inicial en TUSHNET, MARK. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press, Princeton, 1999, pp. 6-194.

3 HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN. *The Federalist Papers*. Dover Publications, New York, 2014, pp. 378-385.

4 Corte Suprema de Estados Unidos. *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803). Sobre el caso *Marbury vs. Madison* se pueden consultar los siguientes comentarios históricos y analíticos: CHEMERINSKY, ERWIN. *Constitutional Law. Principles and Policies*. Wolters Kluwer Law, New York, 2011, pp. 39-55; FALLON, RICHARD. *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 1-27; NOWAK, JOHN y ROTUNDA, RONALD. *Principles of Constitutional Law*. Thomson Reuters, Estados Unidos, 2010, pp. 1-12.

5 Una reconstrucción histórica del surgimiento y evolución del modelo norteamericano de control de constitucionalidad en KRAMER, LARRY. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 53-164.

aplicabilidad o no de la ley tiene efectos *inter partes*[6]. Es un control que recae sobre la aplicación de la ley y no tiene el potencial de expulsar la norma del ordenamiento jurídico[7].

El segundo modelo surgió un siglo después en Austria y Checoslovaquia[8]. El autor que influenció directamente la existencia de esta forma de revisión judicial de la ley fue Hans Kelsen, para quien el control de constitucionalidad era un elemento esencial del constitucionalismo o, en sus propios términos, una garantía de la regularidad del ordenamiento jurídico[9]. En el marco de su teoría sobre el escalonamiento normativo, para Kelsen resultaba imprescindible la existencia de un órgano que determinara la coherencia de una ley con la norma fundamental[10]. Esta idea fue contestada de manera vehemente por Carl Schmitt, quien sostenía que las tesis kelsenianas conducirían finalmente a una judicialización de la política y a una politización de la justicia[11].

---

6 Sobre las características del modelo difuso de control de constitucionalidad, cfr. PEGORARO, LUCIO. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi.* Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 47-52 y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 192-197.

7 Un concepto del modelo difuso de control de constitucionalidad es el siguiente: "Es el que tiene lugar cuando en el curso de un proceso ante la jurisdicción ordinaria alguna de las partes opone la posible inconstitucionalidad de una norma en principio aplicable al caso. La cuestión se resuelve como un incidente en el desarrollo del proceso y la eventual apreciación de inconstitucionalidad encuentra reflejo en el fallo, dictado como si la norma en cuestión no existiera". CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 31.

8 "Checoslovaquia no es sólo el primer Estado que introduce en su ordenamiento el que será el sistema europeo de control de constitucionalidad, *adelantándose* unos meses a Austria, sino que además lo hace con el más *puro* de los modelos: un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes". CRUZ VILLALÓN. *La formación del sistema*, cit., pp. 286 y 287.

9 Actualmente, la tesis de la implicación necesaria entre democracia, constitucionalismo y control judicial es discutida por Dieter Grimm. Este autor afirma que no se puede formular un postulado general que imponga la necesidad de un sistema de control judicial de la ley en todos los Estados. Grimm también considera que pueden existir distintos tipos de democracia con diferentes métodos para asegurar la eficacia de la Constitución y que esta última requiere un alto nivel de cultura política que puede darse con diferentes grados dentro de las democracias contemporáneas. Cfr. GRIMM, DIETER. "Constitutional adjudication and democracy". *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, pp. 194-201.

10 KELSEN, HANS. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Roberto Brie (trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 3-82.

11 SCHMITT, CARL. *La defensa de la Constitución*. Manuel Sánchez Sarto (trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 43-251.

El desarrollo institucional de las democracias europeas confirió la razón a Kelsen y, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el sistema que él había diseñado se extendió progresivamente a toda Europa[12]. Actualmente es conocido como modelo concentrado o kelseniano de control de constitucionalidad.

El modelo kelseniano de control de constitucionalidad se basa en la existencia de un órgano especializado al que se le asigna la función de realizar el juicio de constitucionalidad de las leyes. El control recae sobre la validez de la ley y tiene un carácter autónomo como proceso judicial porque su realización no depende de la existencia previa de otro procedimiento[13].

Así como el modelo kelseniano se extendió por toda Europa, el modelo norteamericano también ha sido implementado en otras latitudes[14], incluso en el continente europeo[15]. Sin embargo, un análisis comparado de la justicia constitucional permite concluir que en el mundo prevalece el modelo concentrado de control de constitucionalidad. En efecto, los datos más recientes muestran que, de un total de 138 ordenamientos jurídicos susceptibles de ser clasificados

---

12 Después de la Segunda Guerra Mundial, del fin de los regímenes dictatoriales y de la caída del comunismo, empezaron a *funcionar* tribunales constitucionales en la mayoría de los Estados europeos, en el siguiente orden: Alemania (1951), Italia (1956), España (1980), Portugal (1983), Hungría (1990), Bulgaria (1991), Rusia (1991), Eslovenia (1991), República Checa (1993), Eslovaquia (1993), Lituania (1993), Moldavia (1995), Ucrania (1997). Sobre la historia del modelo europeo de control de constitucionalidad, cfr. Ahumada Ruiz, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Universidad de Navarra y Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 261-294; Cruz Villalón. *La formación del sistema*, cit., pp. 49-419 y Ferreres Comella, Víctor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 25-29.

13 "El examen de la constitucionalidad de una norma no es un incidente suscitado en el curso de un proceso ordinario ante los tribunales, sino que es el objeto de un proceso específico, cuyo contenido se agota en la obtención de un pronunciamiento acerca de la validez o constitucionalidad de la norma sometida a control". Cruz Villalón. *La formación del sistema*, cit., p. 33 y Sorrentino, Federico. *Lezioni sulla giustizia costituzionale*. Giappichelli Editore, Torino, 1993, pp. 40-47.

14 El modelo norteamericano ha prevalecido en Estados como Argentina, Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, India, Japón, Noruega y Suecia. Sobre la capacidad de consolidación espontánea del modelo difuso, cfr. Zagrebelsky, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 281.

15 Frente a la incursión del modelo difuso en el ámbito europeo, algunos autores consideran que esta penetración solamente ha tenido un carácter 'marginal' y 'representativo'. Cfr. Cruz Villalón. *La formación del sistema*, cit., p. 32.

como sistemas difusos o concentrados de control de constitucionalidad, el 62% (85) adoptó el modelo kelseniano o concentrado de justicia constitucional[16].

A pesar del auge aparente del sistema europeo, cada vez resulta más difícil encontrar sistemas de control de constitucionalidad que asuman totalmente uno de los dos esquemas clásicos. En consecuencia, se ha empezado a difundir la idea de la potencial convergencia de los dos modelos y han aumentado los ordenamientos con sistemas mixtos de control de constitucionalidad[17]. Estos diseños combinan la existencia de un órgano especializado en realizar el juicio de contraste entre la Constitución y la ley con las facultades de inaplicación de algunos actos normativos del legislador por parte de todos los jueces[18].

Esta misma tendencia se aprecia en América Latina. La influencia conjunta de los modelos norteamericano[19] y europeo[20] en el constitucionalismo latinoamericano ha conducido a la introducción de competencias generales de inaplicación de la ley en los Estados donde ya existía un tribunal constitucional

---

16 Stone Sweet, Alec. "Constitutional Courts". En Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 819 y 820.

17 "En los últimos tiempos, no obstante, es casi un lugar común entre la doctrina europea referirse a la convergencia de los modelos. Por un lado, la creciente difuminación de algunos de los rasgos que se tenían por típicos del modelo europeo apuntaría a una americanización del mismo; por otro, se descubre que en los Estados Unidos, en la práctica, hay una tendencia a la centralización del control –al menos en el sentido de que la última palabra es del Tribunal Supremo y las vías de acceso a la jurisdicción de este Tribunal están dispuestas de modo que las cuestiones de constitucionalidad desemboquen en él– y no son desconocidos ni el control abstracto ni los pronunciamientos de inconstitucionalidad con eficacia *erga omnes*". Ahumada Ruiz. *La jurisdicción constitucional*, cit., p. 240.

18 Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. UNAM, México, 2004, pp. 91-130.

19 Sobre la influencia del modelo norteamericano de control de constitucionalidad en América Latina ha dicho Fernández Segado, Francisco. "Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina". *Pensamiento Constitucional*, n.º 12, 2012, p. 126: "también en el Sur –ya mucho antes de la Constitución argentina de 1853, que consagraría el control jurisdiccional de constitucionalidad, siguiendo, quizá más fielmente que en ningún otro lugar, el modelo norteamericano– el influjo de los textos constitucionales estadounidenses fue muy fuerte".

20 "El modelo centralizado, que predomina claramente dentro de la Unión Europea, ha ejercido cierta influencia en otras regiones. En América Latina, por ejemplo, algunos países se han desviado del modelo difuso que se estableció inicialmente en el siglo XIX, y se han movido en la dirección de un modelo mixto que incluye algunos ingredientes del modelo centralizado". Ferreres Comella. *Una defensa del modelo*, cit., p. 28.

o supremo con funciones constitucionales. Al mismo tiempo, se han asignado funciones de control concentrado o se han establecido tribunales especializados donde solo existía el control difuso[21]. De manera que, actualmente, en la región predominan los sistemas mixtos de control de constitucionalidad[22].

I. EL DÉFICIT DE ATENCIÓN SOBRE LOS MECANISMOS DE ACCESO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Debido a su propia configuración, cada uno de los modelos de control de constitucionalidad implica una forma especial de establecer la relación entre el ciudadano y el mecanismo de control judicial de la ley. Además, en el modelo concentrado existe una amplia posibilidad de configuración de la legitimación activa. Como se verá más adelante, se puede optar por abrir las puertas de los tribunales a todas las personas o restringir el acceso a determinados grupos, funcionarios públicos o titulares de intereses especialmente comprometidos.

A pesar de la prolija literatura sobre el control de constitucionalidad, no existe una clasificación de los modelos de revisión judicial de la ley que establezca –como *tertium comparationis*[23]– el grado o nivel de acceso de los individuos a los tribunales supremos o constitucionales con el fin de suscitar el juicio de

---

21 Incluso en sistemas que tienen exclusivamente un modelo difuso de control de constitucionalidad han surgido propuestas para que se establezca un tribunal constitucional que asuma el control concentrado. El objetivo es instaurar sistemas mixtos o que el nuevo órgano ejerza las funciones de las salas o secciones de los actuales tribunales supremos. Cfr. LUQUE, CARLOS. "Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 109-124.

22 "Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, aun cuando en su inicio respondían a principios diferentes, en muchos países coexisten en paralelo, como sucede en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos". BREWER-CARÍAS, ALLAN. "El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)". *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 1, 2011, p. 305.

23 Sobre el método del derecho público comparado con base en modelos de referencia o *tertium comparationis* cfr. VERGOTTINI, GIUSEPPE DE. *Diritto costituzionale comparato*. 8.ª ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 38-41. Para una referencia a elementos del derecho procesal constitucional como *tertium comparationis* de análisis comparados sobre la justicia constitucional, cfr. BAGNI, SILVIA. *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. Il sistema italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*. Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Bologna, 2007, pp. 209-240.

contraste entre la Constitución y un acto del legislador[24]. Tradicionalmente, este aspecto ha sido abordado en la sección formal de la legitimación activa, sin analizar las consecuencias para el propio sistema jurídico y político de los distintos grados de acceso de los individuos a los tribunales[25]. Aún más, algunos textos se refieren a la posibilidad de que las personas acudan directamente al tribunal constitucional, pero limitan ese análisis a los casos de protección de los derechos constitucionales mediante los recursos de tutela o amparo[26].

Este vacío dentro de la teoría sobre la justicia constitucional contrasta con la importancia que tiene el *ius standi* de los individuos en el derecho internacional y, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos. En estos ámbitos se ha producido un interesante debate teórico que gravita en torno a las ventajas y problemas que surgen cuando las personas pueden presentar directamente sus demandas ante tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[27], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[28] o los comités de la Organización de las Naciones

---

24 El común denominador de los estudios sobre la justicia constitucional comparada es el tratamiento del acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad en la sección correspondiente a la legitimación activa. Con esta perspectiva clásica cfr., entre muchos otros, Brague Camazano, Joaquim. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. unam, México, 2005; Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado.* unam, México, 1987; Groppi, Tania. "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. T. iii, Marcial Pons y unam, iij, México, 2008, pp. 227-255; Nogueira Alcalá, Humberto. "La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur". *Ius et Praxis*, vol. 10, n.º 2, 2004, pp. 197-223.

25 En muchos estudios aparece reconocida la dimensión política y sustancial del diseño de los mecanismos de acceso al control de constitucionalidad. Sin embargo, el análisis posterior se limita a la perspectiva procesal y no resulta coherente con la amplia relevancia de este elemento en los sistemas jurídicos y políticos. Así por ejemplo, se ha dicho que "[e]l derecho a activar o impulsar el control del Tribunal Constitucional tiene implicancias políticas y constitucionales que superan el mero cauce procesal de inaplicación o depuración del ordenamiento jurídico de normas o actos inconstitucionales". Nogueira Alcalá. "La legitimación activa", cit., p. 198. A pesar de esta afirmación, el autor no desarrolla esa tesis, ni ofrece una clasificación coherente con la trascendencia que confiere a este aspecto de la justicia constitucional.

26 Cfr. Pegoraro. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 154-158.

27 Schermers, Henry. "The 11th Protocol to the European Convention on Human Rights". *European Law Review*, n.º 19, 1994, pp. 367-382.

28 Cançado Trindade, Antonio Augusto. "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 37, 2003, pp. 53-83.

Unidas[29]. Por el contrario, el desarrollo del derecho constitucional comparado se ha centrado en el estudio de otros aspectos del control de constitucionalidad y ha restado importancia a la perspectiva de las condiciones de acceso a los tribunales supremos o constitucionales[30].

Esta omisión en el análisis teórico también contrasta con la importancia que Kelsen confirió dentro de su teoría sobre la justicia constitucional a las distintas formas de iniciar el proceso de control judicial de la ley. Incluso, una de las preguntas principales que Kelsen formuló y resolvió en su ensayo de 1928 sobre la justicia constitucional tenía relación con los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad y, en concreto, con los sujetos legitimados para suscitarlo[31].

También Carl Schmitt asignó a la cuestión del acceso al control de constitucionalidad una posición principal en el debate sobre la defensa de la Constitución. El autor consideraba como un *problema decisivo* la definición de los legitimados para establecer la agenda del órgano de protección de la Constitución. Sobre este aspecto, Schmitt afirmó una posición restrictiva a la ampliación del acceso al órgano de defensa de la Constitución, con independencia de que este fuera judicial o político:

> Era muy extraño que partidos políticos, fracciones parlamentarias y simples grupos de diputados, congregaciones religiosas, municipalidades y hasta asociaciones nobiliarias pudieran citar, en cuestiones manifiestamente políticas, ante el *Staatsgerichtshof*, a un *Länder* o a su Gobierno, e imposible prever, además, qué entidades y grupos sociales (representaciones profesionales, uniones de intereses,

---

29 Cançado Trindade, Antonio Augusto. *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 29-59.

30 Cfr. con énfasis en las modalidades y ámbito del control de constitucionalidad, Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 53-78. Y cfr., con énfasis en la composición, estructura, funcionamiento y en el parámetro de control, Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 39-69.

31 Me refiero al texto sin título que Hans Kelsen presentó en la reunión de profesores alemanes de derecho público (Viena, 1928) y que fue publicado en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* bajo el título "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)". De todas las traducciones al castellano, en este trabajo se cita la correspondiente a Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., pp. 249-300.

> corporaciones de derecho público) llegarán un día a ser admitidos como parte si se sigue este criterio"[32].

Actualmente, otros autores han reafirmado la centralidad de los mecanismos para establecer una relación entre el control de constitucionalidad y la ciudadanía como determinantes del rol de la justicia constitucional, de su posición dentro de un modelo determinado de Estado y como elementos definitorios del sistema democrático. Por ejemplo, Groppi manifiesta:

> El modo en que se activa el control de constitucionalidad, es decir, la titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional, determina, primariamente, el papel que la justicia constitucional desarrolla en el orden jurídico: no solamente acerca de su posición de jurisdicción 'de los derechos' o 'de los poderes', sino, además, de su relación con los demás poderes del Estado y con los ciudadanos[33].

Desde otro punto de vista se ha destacado la importancia del parámetro de acceso a la justicia constitucional como un factor determinante de: i) la capacidad del propio sistema jurídico para proteger la Constitución, ii) la eficacia del *judicial review* y iii) el grado de poder de los tribunales constitucionales. En ese sentido, Tom Ginsburg afirma que el *standing* es:

> … el ingrediente más importante del poder judicial porque un partido que pretende utilizar al control de constitucionalidad como seguro político solo podrá hacerlo si puede interponer una demanda ante el tribunal. El establecimiento de un tribunal constitucional designado, accesible solamente para un conjunto determinado de órganos, tiene la función de limitar esa función de seguro del tribunal constitucional[34].

---

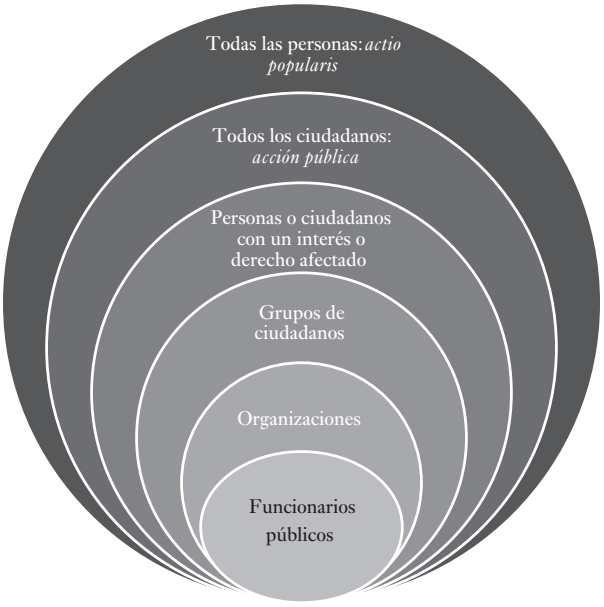
32 Schmitt, Carl. *El defensor de la Constitución*. Manuel Sánchez Sarto (trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 2009, pp. 14 y 15.

33 Groppi, Tania. "Titularidad y legitimación", cit., p. 229. También Lucio Pegoraro ha señalado: "Più un sistema diversifica e apre le sue porte di acceso, tanto più il ruolo del controllo di costituzionalità risulterà pieno e strategico nell'ordinamento complessivo, concorrendo alla definizione della forma di governo (se non della stessa forma di Stato), all'equilibrio tra i poteri e allo sviluppo delle relazioni tra istituzioni e società, tra autorità e libertà". Pegoraro. *Giustizia costituzionale*, cit., p. 217.

34 Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 37.

En ese contexto, el propósito de este capítulo es identificar la existencia de cuatro modelos de revisión judicial de la ley con base en los distintos niveles de acceso de los individuos al control de constitucionalidad. De mayor a menor grado de intervención inicial de las personas, los actuales diseños institucionales de ingreso a los tribunales supremos o constitucionales se pueden describir bajo las categorías de: acceso amplio o popular; acceso intermedio o interesado; acceso colectivo u organizado, y acceso a través de funcionarios. A continuación se señalan las características generales de cada uno de estos modelos y algunos elementos propios del diseño institucional de los Estados que los han adoptado (gráfico 1).

GRÁFICO 1. SISTEMAS DE ACCESO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD



Fuente: elaboración propia.

El análisis de la justicia constitucional comparada se hará del mayor al menor grado de aproximación o de acceso de los individuos al control de constitucionalidad. Ese mismo parámetro será utilizado para determinar la inclusión de un sistema en una categoría u otra, en aquellos casos en los que el régimen constitucional incluye tanto disposiciones que permiten el acceso de cualquier persona como habilitaciones dirigidas a los ciudadanos organizados colectivamente o por medio de algunos funcionarios públicos. Por esta razón,

a pesar de que en Colombia, Perú y Venezuela hay funcionarios legitimados para interponer acciones de constitucionalidad, los modelos de esos Estados serán ubicados en las categorías de acceso amplio o de acceso colectivo y no en la de acceso por intermedio de funcionarios. De la misma forma se procederá en otros casos similares.

2. ACCESO AMPLIO O POPULAR

En el nivel de mayor apertura del control de constitucionalidad se encuentran los modelos que establecen un acceso amplio o popular. La principal característica de estos sistemas es que facultan a cualquier persona natural o jurídica y a los ciudadanos de manera individual para solicitar la realización del juicio de contraste entre la Constitución y la ley. Lo anterior, con independencia de que se exijan requisitos adicionales, como la asesoría de un abogado, una especial cualificación de los argumentos válidos dentro del debate constitucional o el agotamiento de un requisito de procedibilidad.

2.1. EL ACCESO DE TODAS LAS PERSONAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MEDIANTE LA *ACTIO POPULARIS*

El máximo grado de acceso al control de constitucionalidad se presenta en los modelos que incluyen la denominada *actio popularis*. Se trata de una acción mediante la cual todas las personas naturales o jurídicas pueden acudir ante el tribunal supremo o constitucional para que este ratifique o desvirtúe la presunción de constitucionalidad de una ley.

Históricamente esta opción institucional fue planteada por Kelsen. No obstante, como se verá en el capítulo tercero, el propio autor consideró que una *actio popularis* podría tener problemas en razón de las demandas temerarias y la fuerte carga de trabajo sobre el tribunal constitucional[35]. Por esta razón, la apertura del control de constitucionalidad a los ciudadanos no tuvo acogida en Europa. Actualmente, solo en los sistemas de Ecuador, Israel, Panamá y Venezuela existe la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica pueda iniciar el proceso de control de constitucionalidad sin necesidad de satisfacer requisitos adicionales.

---

35 KELSEN. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 291.

En efecto, la Constitución de Ecuador del año 2008 estableció que a la Corte Constitucional le corresponde, entre otras funciones: "Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado"[36]. A esos efectos, la propia Constitución ecuatoriana y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 establecieron que la denominada acción pública de constitucionalidad puede ser presentada por cualquier persona[37].

Por su parte, en el ordenamiento jurídico de Panamá, la Constitución establece la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad en contra de las leyes. De acuerdo con el propio texto constitucional, toda persona está legitimada para interponer estos recursos y para acceder al proceso de control de constitucionalidad[38].

Del mismo modo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Venezuela establece que el control concentrado de constitucionalidad será realizado por la sala constitucional "mediante demanda popular de constitucionalidad"[39]. Como señala Brewer-Carías, esta disposición debe ser interpretada en el sentido de que "la legitimación activa para intentar las acciones que originan el proceso constitucional de nulidad de las leyes corresponde a cualquier persona"[40].

A pesar de la apertura del modelo venezolano, este no ha estado exento de intentos de limitar el acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Por ejemplo, antes de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (2010) se exigían requisitos de los que más adelante se calificarán como intrínsecos al modelo de acceso interesado: la residencia en una determinada parte del territorio para impugnar normas locales, la pertenencia a grupos discriminados para impugnar leyes discriminatorias y la prueba de la calidad de contribuyente como condición para demandar leyes tributarias. Las condiciones políticas también han amenazado el sistema venezolano de acceso directo al control de constitucionalidad, a tal punto que el Tribunal Supremo

---

36 Cfr. Constitución Política de Ecuador de 2008, art. 436-2.

37 Cfr. Constitución Política de Ecuador de 2008, art. 439) y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, arts. 77 y 98.

38 Cfr. Constitución Política de Panamá, art. 206.

39 Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Venezuela, art. 32.

40 Brewer-Carías, Allan. "La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional". *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2, 2011, p. 627.

ha rechazado recursos concretos presentados por organizaciones que tienen diferencias políticas con el Gobierno.

No obstante, el primer grupo de restricciones fue eliminado definitivamente por la Ley Orgánica de 2010. Por otra parte, las decisiones de inadmisión de recursos por parte del Tribunal Supremo con base en las posiciones políticas de los peticionarios fueron distorsiones del sistema que deben ser corregidas para recuperar el pleno acceso directo al control de constitucionalidad. En consecuencia, el diseño venezolano se ubica, a pesar de estas circunstancias, en el nivel de máxima apertura[41].

Finalmente, en Israel se ha establecido que todas las personas pueden acceder al control de constitucionalidad cuando el ataque de constitucionalidad se basa en una violación grave del Estado de derecho. Puesto que se ha realizado una interpretación en sentido amplio de este requisito, las puertas de la justicia constitucional quedan abiertas para las demandas presentadas por cualquier persona que invoca esa causal[42].

2.2. La ciudadanía como requisito de acceso al control de constitucionalidad: la acción pública

En segundo lugar, también se puede incluir en este nivel de acceso a los sistemas que confieren legitimación activa para iniciar el control de constitucionalidad a quienes tienen la condición de ciudadanos. Este tipo de esquema institucional representa una variación del modelo de la *actio popularis* porque niega la legitimación activa a las personas jurídicas y a todas aquellas personas naturales que no tengan la calidad de ciudadanos. En la mayoría de los Estados, esto implica la exclusión de los extranjeros, de los niños y de las personas a quienes se han limitado sus derechos en virtud de sentencias judiciales en materia penal o de interdicción de derechos.

En estos sistemas, la amplia legitimación aparece asociada a la ciudadanía y al ejercicio de un derecho político cuyo contenido protegido incluye las prerrogativas necesarias para defender la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la expresión *actio popularis*

---

41 Brewer-Carías. "La acción popular", cit., pp. 631-638.

42 Barak, Aharon. "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy". *Harvard Law Review*, vol. 116, 2002-2003, p. 108.

debería reservarse para los sistemas que permiten el acceso al control de constitucionalidad de cualquier persona y la expresión *acción pública* para los sistemas en los que se exige el requisito de la ciudadanía.

Una referencia europea previa a un diseño institucional del control de constitucionalidad con acceso reservado a los ciudadanos se encuentra en los proyectos de constitución elaborados por Antonio Rosmini Serbati. En esos documentos se preveía la creación de un tribunal político supremo que podía examinar las leyes, por solicitud de cualquier ciudadano, siempre que la queja se interpusiera antes de que las leyes fueran promulgadas por el papa[43].

Otro antecedente europeo muy interesante del modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad se presentó en el constitucionalismo español de principios del siglo XX. Durante el proceso de elaboración de la Constitución de la República Española de 1931, la Comisión constitucional de las Cortes presentó un Anteproyecto de Constitución que establecía un órgano –denominado Tribunal de Garantías Constitucionales– encargado de realizar el control de validez de las leyes, a petición, *inter alia*, de los particulares agraviados[44]. Hasta ese momento, parecía que el proyecto optaba por una forma de acceso interesado.

Sin embargo, durante la discusión del proyecto en las Cortes, el texto fue modificado en varias oportunidades. En el documento definitivo se amplió la legitimación activa para presentar los recursos de inconstitucionalidad de las leyes y se introdujo una acción popular de constitucionalidad. Como lo señala Cruz Villalón:

> En efecto, donde el art. 120 PCRE se refería, entre los legitimados, a las "personas agraviadas", una enmienda de la extrema izquierda, representada por el diputado

---

43 "Entonces, cuando las Cámaras aprobaran un proyecto de ley que se creyera que contenía alguna injusticia, sería arbitrio del soberano, antes de dar o negar su promulgación, remitirla a la decisión del Tribunal político supremo. Si este tribunal juzgara injusta la ley, esta no podría presentarse a la promulgación del príncipe, sino que caería de por sí, sin que el papa se enfrentase a las Cámaras; estas no podrían proponerla sin modificaciones. La misma minoría, incluso cualquier ciudadano […] podría apelar frente a la decisión de las cámaras al Tribunal supremo hasta que la ley no fuera promulgada por el papa". ROSMINI SERBATI, ANTONIO. *Progetti di Costituzione. Saggi editi e inediti sullo Stato.* Fratelli Bocca, Milano, 1952, pp. 41 y 227.

44 Cfr. Anteproyecto de Constitución de la República Española. Presentado al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora. Citado por CRUZ VILLALÓN. *La formación del sistema*, cit., pp. 310 ss.

> Balbontín, va a proponer la fórmula "Toda persona individual o colectiva, *aunque no hubiera sido directamente agraviada*"[45] (resaltado en el original).

Dos años más tarde (1933), durante los debates para la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, se volvería a discutir sobre el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. En esas deliberaciones se retomó la idea inicial de conferir legitimación activa solamente a los particulares que tuvieran algún interés en la inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, a pesar de que en el debate constituyente se había planteado la adopción de un modelo de acceso directo, en la ley orgánica se restringió la legitimación activa para volver al modelo inicialmente planteado que era favorable a un acceso interesado.

No obstante, este hecho no impide destacar que el constitucionalismo español de la época dedicó un amplio debate a la idea de establecer el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Así lo evidencian los recuentos de los debates legislativos, en los que sobresalen las posiciones individuales (p. ej., del diputado Felipe Sánchez Román) y colectivas (de minorías radicales, agrarias y federales) a favor de ampliar la posibilidad de acceder al Tribunal de Garantías Constitucionales[46].

Adicionalmente, se destaca que en el debate constitucional de la época existían pocas razones para que prevaleciera el modelo de acceso interesado sobre la acción popular de constitucionalidad. La decisión de optar por el primero se fundamentó en la deficiencia técnica de las normas que establecieron la legitimación activa para los procedimientos ante el Tribunal de Garantías Constitucionales[47].

Otro antecedente histórico de este nivel de acceso se puede encontrar en el constitucionalismo latinoamericano inmediatamente posterior a la independencia de las colonias españolas. En disposiciones de constituciones provinciales o en normas ubicadas en un nivel jerárquico inferior al constitucional existían

---

45 Ibíd., p. 317. El autor comenta que el propio Balbontín reconoció su sorpresa por la aprobación de la enmienda de su autoría con las siguientes palabras: "me quedé atónito".

46 Ibíd., pp. 323-336.

47 "El precepto más desafortunado técnicamente era el tercero de los que integraban el Título, en el que se regulan los legitimados para acudir ante el Tribunal sin precisar en qué tipo de procesos, en cada caso […] este fallo técnico será utilizado dos años más tarde para restringir la legitimación para impugnar la validez de una ley ante el TGC". Cruz Villalón. *La formación del sistema*, cit., p. 312.

referencias previas a la posibilidad de que los ciudadanos accedieran al control judicial de la ley[48]. Además, los dos principales referentes del modelo de acción pública son la Constitución Venezolana de 1858 y la reforma a la Constitución de Colombia de 1886 mediante el Acto Legislativo 3 de 1910.

En primer lugar, el artículo 113-8 de la Constitución de Venezuela de 1858 establecía la competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar "la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, *a pedido de cualquier ciudadano*, cuando sean contrarios a la Constitución"[49]. De otro lado, en Colombia, el artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 facultaba a la Corte Suprema para que ejerciera como institución garante de la integridad de la Constitución. Entre otras competencias, para ese fin establecía que la Corte podía: "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, *o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales*, previa audiencia del Procurador General de la Nación"[50].

Algunos autores señalan que el antecedente colombiano constituye "el más decidido y novedoso paso dado hasta entonces en el mundo en materia de control judicial de constitucionalidad"[51] porque superó el esquema de acceso interesado que se había impuesto en el modelo norteamericano y amplió el objeto de control a todos los actos normativos proferidos por el Congreso frente a la limitación venezolana que reducía el objeto de control a los actos proferidos por las legislaturas provinciales[52]. En ese sentido, concluyen:

---

48 La Constitución de la Provincia de Cundinamarca de 1811 estableció una acción pública de constitucionalidad que permitía a los ciudadanos solicitar la intervención del Senado de Censura y Protección para la vigilancia del cumplimiento de la Constitución. La misma disposición aparece en la Constitución de Cartagena de Indias de 1812 y una semejante en la Constitución de Bolivia de 1826. Durante el siglo XIX, en normas no constitucionales se establecieron distintos mecanismos de control de constitucionalidad que incluían la legitimación activa de los ciudadanos; por ejemplo, en Colombia la Ley Orgánica de la Administración Municipal de 1850. Cfr. RESTREPO PIEDRAHÍTA, CARLOS. *Control de constitucionalidad*, t. I, *Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 23-186.

49 Cfr. Constitución Política de Venezuela de 1858, art. 113-8.

50 Cfr. Constitución Política de Colombia de 1886. Acto Legislativo 3 de 1910, art. 41.

51 ESGUERRA, JUAN CARLOS. *La protección constitucional del ciudadano*. Legis, Bogotá, 2004, p. 327.

52 La comparación de estos dos antecedentes señala que el primero en surgir fue el venezolano, pero el antecedente colombiano es mucho más amplio porque el primero restringió el objeto del control a los actos normativos proferidos por las legislaturas provinciales, mientras que el segundo hizo referencia a todas las leyes o decretos. Cfr. ibíd., p. 325.

> … así como es indiscutible que el control judicial de constitucionalidad de las leyes nació en los Estados Unidos, al igual que su primer desarrollo a través de la *judicial review*, también lo es que la idea de hacer de ese control una verdadera garantía ciudadana al alcance de todos, en beneficio de todos y para realización completa del principio cardinal de supremacía constitucional, nació en primera instancia en Venezuela y luego se consagró definitivamente en Colombia[53].

Respecto de estos dos antecedentes se puede afirmar que el actual sistema constitucional venezolano aumentó el grado de apertura al control de constitucionalidad, mientras que la Constitución Política de Colombia de 1991 mantuvo la facultad exclusiva de los ciudadanos para presentar acciones públicas de constitucionalidad y le confirió el estatus jurídico de un derecho político[54]. A diferencia del régimen establecido en 1910, en la actual Constitución colombiana, la competencia para conocer de esas acciones se trasladó a la Corte Constitucional[55].

También en El Salvador se prevé la legitimación activa de los ciudadanos para iniciar el proceso de control abstracto de las leyes ante la Corte Suprema de Justicia. No obstante, en ese Estado la defensa de la Constitución no es concebida como un derecho sino como un deber político de todos los ciudadanos. El sistema constitucional establece la posibilidad de que los ciudadanos actúen representados por un abogado, pero no como un requisito para la presentación del recurso. Además, se niega el acceso a las personas jurídicas porque, como tales, carecen de la ciudadanía, que es la condición habilitante central del sistema[56].

---

53 Ibíd., pp. 327 y 328.

54 Cfr. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 40. El estatus de derecho político refuerza la diferencia entre el modelo de máxima apertura y el modelo que se presenta a continuación y que se ha denominado como interesado. A los efectos de esta clasificación, un elemento central del modelo colombiano de acción pública es el siguiente: "El punto es que cuando alguien acude a la Corte demandando la constitucionalidad de una norma no lo hace en busca de un interés particular o de un beneficio propio, sino que debe acudir en defensa del orden jurídico, que es un asunto que nos concierne a todos". Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La acción de inconstitucionalidad*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, p. 73.

55 Cfr. Constitución Política de Colombia de 1991, art. 241.

56 Anaya Barraza, Salvador Enrique. "La jurisdicción constitucional en El Salvador". En García Belaunde, Domingo. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dikynson, Madrid, 1997, pp. 591-624.

En este mismo nivel se puede incluir al sistema chileno, respecto de la acción pública que pueden presentar los ciudadanos contra las leyes que previamente han sido declaradas inaplicables por el Tribunal Constitucional. Se trata de un supuesto interesante porque se establece una acción pública que solo se puede intentar una vez que el propio Tribunal Constitucional –en ejercicio del control concentrado y concreto de constitucionalidad– ha declarado la inaplicabilidad de la ley por ser contraria a la Constitución y, al mismo tiempo, se ha abstenido de invalidarla con efectos generales. En esos supuestos, tanto las personas naturales como las personas jurídicas que presentan la acción deben estar representadas por un abogado autorizado para el ejercicio de la profesión[57].

En todo caso, llama la atención que en el sistema de acción pública chileno se imponga a los ciudadanos el requisito de que los argumentos de su demanda sean los mismos fundamentos que el Tribunal Constitucional consideró para declarar inaplicable la ley y, aún más, que se establezca que el Tribunal Constitucional podrá fundar su decisión exclusivamente en esos mismos argumentos[58]. Estos dos elementos resultan extraños porque sugieren que la mejor opción institucional es que el tribunal no se limite a declarar la inaplicabilidad de la ley, sino que la invalide directamente, porque la futura acción pública solamente reiterará los mismos argumentos esbozados por el tribunal en la decisión de inaplicación y este se limitará a repetirlos en la sentencia de invalidez[59].

El sistema de acceso al control de constitucionalidad de Indonesia también puede ser clasificado como una forma de acceso directo al control de constitucionalidad. En efecto, en Indonesia se ha establecido jurisprudencialmente que el interés sobre la constitucionalidad de la ley puede derivar de la mera condición de contribuyente, de la intención de actuar como un defensor del interés público que se encuentra detrás de la constitucionalidad de las leyes o de los derechos derivados de la condición de ciudadano. Por esa razón, en Indonesia existe formalmente un sistema de acceso interesado, pero en la

---

57 Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Chile Ley 17.997 de 2010, art. 42.

58 Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Chile Ley 17.997 de 2010, arts. 95 y 101.

59 Sobre la misma incoherencia del sistema chileno de control de constitucionalidad, pero con una propuesta diferente de solución mediante la separación de los procesos de control concreto y control abstracto de constitucionalidad, cfr. Ríos Álvarez, Lautaro. "Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 349-365.

práctica funciona un modelo cuasi-público de legitimación ante la justicia constitucional[60].

El modelo de control de constitucionalidad en el que los ciudadanos pueden acceder directamente también existió hasta hace muy poco en Europa. En efecto, la Constitución de Hungría de 1949 fue reformada en el año 1989 después de la caída del comunismo. Antes de ese año, en Hungría no existía ninguna institución encargada de garantizar la eficacia normativa de la Constitución. Aunque en el año 1983 se estableció un Consejo Constitucional, este no puede ser considerado como un órgano de la justicia constitucional porque sus funciones de control no eran estrictamente jurídicas y carecía de la competencia para anular las leyes contrarias a la Constitución. Los dictámenes de este tribunal eran muy similares a las opiniones consultivas y sus integrantes dependían directamente del Parlamento[61].

Sin embargo, tras la caída del comunismo en 1989 se realizaron una serie de reformas constitucionales que entraron en vigencia el 23 de octubre de ese mismo año. Dentro de estas destacan tres relacionadas directamente con la justicia constitucional. Por una parte, se decidió crear un tribunal constitucional con la competencia para revisar todas las leyes proferidas por el Parlamento. En segundo lugar, se atribuyó a ese tribunal el poder de invalidar las leyes contrarias a la Constitución. Finalmente, se estableció el derecho de todos los ciudadanos a iniciar los procedimientos ante la justicia constitucional con el fin de que el tribunal revisara la compatibilidad de una ley con la Constitución o declarara la existencia de una omisión legislativa[62].

Ese sistema de acceso al control de constitucionalidad establecido en el artículo 32/A de la Constitución solo estuvo vigente entre 1989 y 2011. Bajo el argumento de la necesidad de proteger la sostenibilidad fiscal y la estabilidad financiera del país, en este año se realizaron varias reformas para limitar las competencias del Tribunal Constitucional en relación con el control de

---

60 Hendrianto, Stefanus. "Convergence or borrowing: standing in the Indonesian Constitutional Court". *Constitutional Review*, Constitutional Court of The Republic of Indonesia, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 28-49.

61 Csink, Lóránt y Schanda, Balázs. "The Constitutional Court". En Zs Varga, András; Patyi, András y Schanda, Balázs (eds.). *The Basic (Fundamental) Law of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*. Clarus Press, Dublin, 2015, p. 185.

62 Ibíd., p. 186 y Brague Camazano. *La acción abstracta*, cit., pp. 171-174.

constitucionalidad de las leyes tributarias[63]. Del mismo modo, se aprobó una nueva ley fundamental que entró en vigencia en el año 2012 y que cambió el sistema de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad por un sistema de acceso por medio de funcionarios[64].

Algunos autores han sostenido que el *standing* para acceder al control de constitucionalidad establecido en Hungría entre 1989 y 2011 ha sido el más amplio de todos los diseños institucionales que han existido en el mundo[65]. La apertura de la justicia constitucional en ese país durante esas dos décadas permitió que los ciudadanos atacaran eficazmente la validez constitucional de normas discriminatorias, de las leyes que establecían la pena de muerte o una protección reforzada del honor de los funcionarios públicos[66].

En virtud del ejercicio ciudadano del control de constitucionalidad durante esas dos décadas, en Hungría se estableció una jurisprudencia muy sólida sobre aspectos institucionales del país, como las relaciones entre el presidente y el primer ministro, la autonomía de los gobiernos locales, la independencia judicial y todo tipo de aspectos propios de un contexto de transición de un régimen comunista a un sistema democrático (p. ej., responsabilidad del

---

63 En 2010 se habían realizado algunas reformas que disminuyeron el grado de independencia de la Corte Constitucional de Hungría. Por ejemplo, se redujo el número de votos necesarios para elegir a los miembros del tribunal para que las mayorías afines al Gobierno pudieran designar a los jueces sin necesidad de negociar con los partidos de la oposición. También se aumentó el número de jueces de 11 a 15. Finalmente, se estableció que el presidente del tribunal sería elegido por el propio Parlamento. Cfr. CSINK y SCHANDA. "The Constitutional Court", cit., p. 190.

64 Para una visión contemporánea del sistema constitucional de Hungría, cfr. DE VISSER, MAARTJE. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 73, 148, 249, 342 y 364.

65 GINSBURG. *Judicial Review*, cit., p. 36.

66 "*The ex post review of the unconstitutionality of legislation is restricted. Previously every person was entitled to take an action for constitutional review against a normative act after its enactment. This mechanism made it possible to eliminate from the legal order unconstitutional laws, such as the death penalty sanction, the criminal offence of defaming the honor of an authority or an official person, and the arbitrary regulation of partners in a domestic partnership which excluded those of the same sex from among persons living in a common household and in an emotional and economic union. The Basic Law abolishes the actio popularis. Only the government, the ombudsperson and one quarter of the members of parliament can turn to the Constitutional Court, which means that according to the existing seats in parliament all the opposition parties (from left to far right) would have to agree on a petition*". KOVÁCS, KRISZTA y TÓTH, GÁBOR ATTILA. "Hungary's Constitutional transformation". *European Constitutional Law Review*, n.º 7, 2011, p. 201.

Estado por expropiaciones sin indemnización y responsabilidad penal de los miembros del Gobierno por actos cometidos bajo el régimen comunista)[67].

Del mismo modo, el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional en Hungría permitió que la justicia constitucional contuviera –al menos parcialmente– las primeras manifestaciones de hiperpresidencialismo, que se desarrollara una rica jurisprudencia sobre la protección de los derechos humanos y que se incrementara progresivamente la fuerza normativa de la Constitución[68]. Sin embargo, a pesar de lo anterior, o quizás precisamente por esas razones, el sistema de acceso al control de constitucionalidad fue modificado en ese país como parte de una estrategia del Gobierno para limitar las facultades de la justicia constitucional y cooptar al tribunal.

2.3. Acceso directo condicionado al cumplimiento de algunos requisitos de procedibilidad

En tercer lugar, se puede incluir en este nivel de mayor apertura del control de constitucionalidad a los sistemas que, con prescindencia o no de la exigencia de ciudadanía, establecen que la persona que suscita el control de constitucionalidad debe hacerlo con la representación técnica de un abogado.

En Guatemala, por ejemplo, la Constitución establece la competencia de la Corte de Constitucionalidad para conocer de la impugnación parcial o total de leyes[69]. La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad faculta a cualquier persona para interponer acciones de constitucionalidad bajo la condición de que lo haga "con el auxilio de tres abogados colegiados activos"[70].

Finalmente, también pertenecen a este modelo los sistemas que establecen un baremo argumentativo para el escrito en el que se solicita la realización del juicio de contraste. Por supuesto, siempre que uno de esos requisitos no consista en la prueba de la afectación de un interés o derecho del demandante. Como se verá en el capítulo siguiente, este es el caso de Colombia, en el que la demanda ciudadana debe contener argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes.

---

67 Csink y Schanda. "The Constitutional Court", cit., pp. 187 y 188.

68 Ibíd., pp. 188 y 190.

69 Cfr. Constitución Política de Guatemala, art. 272.

70 Cfr. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 134.

Aunque estos dos últimos requisitos (asesoría técnica y especial carga de argumentación) pueden constituir barreras para el acceso efectivo de los individuos al control de constitucionalidad, especialmente por razones económicas y educativas, no se convierten en una limitación excesiva que cambie el hecho de que el sistema permite una amplia legitimación activa. Por el contrario, la presentación de un escrito formal en el que el accionante exponga los argumentos que respaldan su interpretación de la ley como contraria a la interpretación de la Constitución o que un experto abogado le asesore en la presentación del recurso son requisitos razonables que pretenden evitar el abuso en el ejercicio del derecho, las demandas temerarias o el traslado de debates teóricos al escenario del juez constitucional.

En conclusión, los modelos de acceso amplio son los que permiten que las personas o los ciudadanos presenten directamente recursos, acciones o demandas con el fin de que el juez constitucional juzgue sobre la compatibilidad del acto demandado con la Constitución. El siguiente modelo requerirá una especial condición de las personas o ciudadanos, enfatizando en su posición individual y en la potencial afectación o lesión de un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico.

3. ACCESO INTERESADO ABSTRACTO Y CONCRETO

Debido a una fuerte influencia del derecho administrativo, en especial de los mecanismos de control judicial de los actos de Gobierno y del ejercicio de las competencias normativas del poder ejecutivo, algunos modelos de control de constitucionalidad de las leyes que permiten el acceso directo de los ciudadanos introdujeron el requisito –ya existente en las mencionadas acciones administrativas– que exige a los ciudadanos demostrar algún interés en la decisión de la Corte o la potencial lesión a uno de sus derechos como consecuencia de la expedición o aplicación de la ley[71].

Aunque en el control de constitucionalidad siempre se puede inferir un interés del ciudadano en la protección de la Constitución y de la coherencia

---

71 Para un estudio comparado a nivel europeo del acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad sobre los actos de Gobierno, las normas proferidas por el ejecutivo, los estatutos de seguridad nacional y otros actos normativos con jerarquía inferior a la ley –con referencia especial a España, Francia, Hungría, Suecia, Reino Unido, República Checa y Rumania–, cfr. GALERA, SUSANA (ed.). *Judicial Review. A Comparative Analysis inside the European Legal System*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010.

del ordenamiento jurídico, hay sistemas que establecen como presupuesto de acceso que los ciudadanos indiquen o demuestren que la decisión sobre la constitucionalidad de una ley puede evitar un perjuicio o lesión a uno de sus derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico[72].

En algunos casos, esa barrera para el acceso al control de constitucionalidad tiene como propósito la racionalización en el ejercicio del derecho a impugnar los actos normativos del legislador. Bajo esta perspectiva, se parte de un conjunto de objeciones a la posibilidad ilimitada de acción que existe en los modelos de apertura amplia o popular pero, al mismo tiempo, se mantiene la tesis central de que el ciudadano afectado directamente por la ley debe tener la posibilidad de someterla a examen respecto de su compatibilidad con los valores públicos de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, la primera forma de acceso interesado incluye a los sistemas de control concentrado que establecen acciones de constitucionalidad cuya legitimación activa no establece más requisitos que la indicación, por parte del recurrente, de un posible interés o derecho amenazado o lesionado[73]. En segundo lugar, se pueden considerar modelos de acceso interesado a los sistemas de control difuso, en los que las partes del proceso pueden solicitar al juez la inaplicación de la ley por incompatibilidad con las normas constitucionales.

3.1. Acceso interesado al control concentrado de constitucionalidad

Un antecedente de la primera forma de acceso interesado al control de constitucionalidad fue el mecanismo establecido en la Constitución Federal de Suiza (1874) para la revisión de las leyes cantonales. A finales del siglo XIX, cualquier

---

72 Una crítica a los sistemas de acceso interesado y a la forma como estos determinan el rol del juez constitucional dentro de la sociedad, minimizan sus poderes y crean áreas inmunes al control de constitucionalidad en Barak. "A Judge on Judging", cit., p. 109.

73 En el ámbito internacional, este modelo de acceso ha sido establecido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Protocolo 14 (2010) al Convenio Europeo de Derechos Humanos modificó el artículo 35 del Convenio. El nuevo texto establece que el Tribunal podrá inadmitir una demanda cuando el demandante no haya sufrido un *perjuicio importante*. El análisis de la aplicación de este nuevo filtro de admisibilidad en relación con el acceso a la justicia y la carga de trabajo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede consultar en Shelton, Dinah. "Significantly disadvantaged? Shrinking access to the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*, vol. 16, 2016, pp. 303-322.

ciudadano que se considerara afectado en uno de sus derechos por una ley de los cantones podía acudir al Tribunal Federal, mediante la presentación de un *recurso de derecho público*, con el fin de solicitar la nulidad de la norma cantonal por su contradicción con los derechos establecidos en la Constitución. La decisión del Tribunal tenía efectos *erga omnes.* Adicionalmente, de acuerdo con el propio Tribunal Federal, esta no era una acción popular porque siempre se requería la comprobación de la potencial afectación a los derechos del impugnante[74].

También en el constitucionalismo español de principios del siglo XX se presentaron algunos antecedentes del acceso interesado de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Por ejemplo, la primera regulación sistemática del *recurso por inconstitucionalidad* de las leyes apareció en el Anteproyecto de Constitución de la República Española, presentado a la Asamblea Nacional el 6 de julio de 1929. En ese texto se establecía que todos los ciudadanos tenían derecho a impugnar la validez de una ley ante un órgano judicial, denominado Consejo del Reino, siempre que demostraran un interés directo en el asunto[75].

Posteriormente, en julio de 1931, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno provisional de la República presentó el Proyecto de Constitución de la República Española que establecía un Tribunal de Justicia Constitucional al que podían presentar recursos de inconstitucionalidad los particulares agraviados[76]. Por último, el artículo 27 de la anteriormente comentada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933 (14 de junio) mantuvo el requisito del agravio como condición para que los ciudadanos solicitaran la revisión de la constitucionalidad de las leyes, a pesar de que en la Constitución de la República Española de 1931 se había aprobado un sistema de acción popular de constitucionalidad.

Actualmente, el primer modelo de acceso interesado existe en varios Estados con fórmulas más o menos elaboradas. Por ejemplo, la Constitución Política de República Dominicana establece la competencia del Tribunal Constitucional para conocer las acciones directas de constitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas. Las acciones las puede interponer "cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido"[77].

---

74 CRUZ VILLALÓN. *La formación del sistema*, cit., pp. 57-61.

75 Ibíd., pp. 305-307.

76 Ibíd., p. 312.

77 Cfr. Constitución Política de la República Dominicana de 2010, art. 185.1.

La anterior norma constitucional fue desarrollada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. Esta ley establece la legitimación activa de la acción de constitucionalidad por parte de aquellas "personas titulares del interés legítimo protegido jurídicamente"[78].

La Constitución de Uruguay también se refiere a la posibilidad de que cualquier persona interponga acciones directas de constitucionalidad ante la Corte Suprema, siempre y cuando "se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo"[79]. Exactamente la misma fórmula es la que utiliza la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras para fijar el acceso de los individuos al control de constitucionalidad mediante la acción de inconstitucionalidad[80].

En Nicaragua se establece la posibilidad de que cualquier *ciudadano* presente un recurso por inconstitucionalidad en contra de una ley, siempre y cuando demuestre que tal acto normativo puede perjudicar de manera directa o indirecta sus derechos fundamentales[81]. En Paraguay se utiliza el mismo criterio de la potencial afectación a un derecho fundamental, pero las acciones de inconstitucionalidad pueden ser interpuestas por cualquier *persona*[82].

Mención aparte merece el sistema de Costa Rica, en el que la interposición de acciones de constitucionalidad se permite en dos supuestos, los cuales pueden ser incluidos conjuntamente en el modelo interesado. En primer lugar, la acción de constitucionalidad procede cuando existe un asunto pendiente de resolver, en el que la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada permita la protección de un derecho o interés que podría resultar lesionado. El segundo caso de acción pública procede cuando no existe un asunto pendiente de decisión pero se demuestra que la acción se incoa con el fin de proteger un interés difuso o un interés de la colectividad en su conjunto[83].

Por otra parte, a pesar de que en Australia existe un sistema mixto de control de constitucionalidad hay un elemento especial que permite ubicarlo en el

---

78 Brewer-Carías. "El sistema de justicia", cit., p. 324.

79 Cfr. Constitución Política de Uruguay, art. 258.

80 Cfr. Ley Sobre Justicia Constitucional, art. 77.

81 Pérez Tremps, Pablo. "La justicia constitucional en Nicaragua". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 106, 1999, pp. 9-27 y Cuarezma Terán, Sergio. "Introducción al control constitucional en Nicaragua". En Bazán, Víctor (coord.). *Derecho procesal americano y europeo,* t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 605-626.

82 Lösing, Norbert. "La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 109-133.

83 Cfr. Ley de la Jurisdicción Constitucional, art. 75.

modelo de acceso interesado. El control concentrado australiano es de carácter débil y se realiza mediante declaraciones de incompatibilidad similares a las que establece la *Human Rights Act* del Reino Unido[84]. La declaración de incompatibilidad puede ser solicitada por el fiscal general de la *Commonwealth* y por los individuos. Estos últimos deben demostrar la existencia de un especial interés en el objeto de la acción y, para acreditar la legitimación, los recurrentes deben superar un estricto test de interés[85].

En Bélgica, el sistema confiere legitimación activa a los ciudadanos para que presenten recursos cuando exista una potencial afectación de sus intereses. En efecto, allí se estableció un sistema de acceso que incluye la participación de los ciudadanos con algún interés en la nulidad de la ley. Desde el año 1989, además de algunos funcionarios, pueden solicitar la invalidación de una ley aquellos ciudadanos que prueben un perjuicio o lesión a sus derechos como consecuencia de una ley contraria a la Constitución. En concreto, los demandantes deben lograr diferenciar su interés particular del interés general en proteger la coherencia del ordenamiento jurídico[86].

También constituyen modelos de acceso interesado aquellos sistemas que tienen un control de constitucionalidad concentrado de carácter concreto. Por ejemplo, en el sistema austriaco y en todos los Estados que han implementado la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional puede revisar las leyes que vayan a ser aplicadas para resolver un caso concreto. La petición de revisión puede ser presentada por las autoridades judiciales que deben resolver el caso o a petición de la parte que alegue que la aplicación de la ley constituye una violación personal, directa y actual de uno de sus derechos sustantivos[87]. En Rusia existe el denominado derecho de apelación de la legislación inconstitucional en un caso concreto. De acuerdo con esa facultad, el Tribunal puede

---

84 Sobre el sistema establecido desde 1998 en el Reino Unido, cfr. EWING, KEITH. "The Human Rights Act and parliamentary democracy". *The Modern Law Review*, vol. 62, n.º 1, 1999, pp. 79-99 y KAVANAGH, AILEEN. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 271-309.

85 SAUNDERS, CHERYL. *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 75-82.

86 GROPPI. "Titularidad y legitimación", cit., p. 244.

87 STELZER, MANFRED. *The Constitution of the Republic of Austria. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 200 y GENTILI, GIANLUCA. "A comparative perspective on direct access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: assessing advantages for the Italian Constitutional Court". *Penn State International Law Review*, vol. 29, n.º 4, 2011, p. 718.

realizar el control concreto de la constitucionalidad de una ley que esté siendo aplicada a un individuo y que viole sus derechos fundamentales[88].

La existencia de un control de constitucionalidad que, además de garantizar la supremacía de la Constitución, persiga la protección de intereses personales o concretos no es del todo ajena a la teoría de la justicia constitucional[89]. Sin embargo, este tipo de diseños institucionales se enfrentan a dos discusiones estrechamente relacionadas. En primer lugar, se debate en torno a la forma idónea para acreditar la titularidad de un interés legítimo o la potencial vulneración de un derecho con el fin de cumplir con el requisito necesario para la impugnación de un determinado acto normativo. En segundo lugar, se plantea la posibilidad de establecer una presunción general de interés legítimo de cualquier persona en los procesos de control de constitucionalidad, con base en el principio de supremacía constitucional y en la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico[90].

En el primer caso, la mayoría de los problemas derivan de la ambigüedad del interés o derecho que debe acreditar el demandante para acceder al control de constitucionalidad y de la indeterminación del grado de esa afectación. En los ordenamientos en los que se ha optado por dotar de contenido a la fórmula del interés legítimo o potencial afectación, las propuestas no son afortunadas. Por ejemplo, se establece que la impugnación de leyes consideradas discriminatorias debe hacerse por uno de los miembros del grupo discriminado, la de leyes tributarias por un contribuyente o las de exenciones tributarias por uno de los potenciales beneficiarios de la exención. Las preguntas que surgen en esos casos son: ¿por qué una persona heterosexual carecería de legitimidad para impugnar una ley que discrimine a las parejas del mismo sexo?, o ¿por qué se excluye el interés de un no contribuyente en la inconstitucionalidad de una norma tributaria?, y, finalmente, ¿no son los no exentos de un tributo los más interesados en la invalidez de la ley que establece la exención?

---

88 Henderson, Jane. *The Constitution of the Russian Federation. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 207-209.

89 "En el caso en que es llamado a decidir también de la regularidad de actos individuales y en particular de actos de autoridades administrativas, el Tribunal Constitucional debe, naturalmente, ser instado por la acción de las personas cuyos intereses jurídicamente protegidos han sido lesionados por el acto irregular". Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 292.

90 Sobre la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico, cfr. Fuller, Lon. *The Morality of Law*. Yale University Press, New Haven y London, 1964, pp. 65-70.

Por el contrario, los sistemas que han optado por considerar que todos los ciudadanos tienen un mínimo nivel de interés legítimo en la protección de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico transforman el requisito de interés legítimo del recurrente en una fórmula vacía de contenido. En la práctica, estos modelos se aproximan a los de acción popular o pública de constitucionalidad cuando el acceso interesado es permitido a cualquier persona o ciudadano, respectivamente.

3.2. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO DE ACCESO INTERESADO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La segunda forma de acceso interesado es el modelo difuso. En términos generales, este sistema permite que los individuos soliciten la inaplicación de una ley que consideran contraria a los valores públicos de la Constitución y a sus intereses en un litigio. Así describió Kelsen el modelo de control de constitucionalidad de Estados Unidos:

> Según la Constitución de los Estados Unidos, la revisión judicial de la legislación solo es posible en el curso de un proceso cuyo objetivo principal no es el establecimiento de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de un estatuto. Esta cuestión sólo puede plantearse incidentalmente cuando una parte sostiene que la aplicación de una ley en un caso concreto es una violación ilegal de sus intereses porque la ley es inconstitucional. Por lo tanto, es en principio solo la violación de un interés particular lo que pone en marcha el procedimiento de revisión judicial de la legislación[91].

En consecuencia, el modelo difuso implica una apertura al control judicial de la ley limitada intrínsecamente por el interés en la inaplicación de la misma. Como señala Ahumada Ruiz, en este esquema, el ciudadano no está legitimado para suscitar el control de constitucionalidad por su condición de tal, ni su participación en el proceso de *judicial review* se debe a su calidad de miembro de una determinada comunidad política. Por el contrario, la calidad que más interesa es la de parte de un proceso en el que tiene un interés subjetivo personal[92].

---

91 KELSEN, HANS. "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution". *The Journal of Politics*, vol. 4, n.º 2, mayo, 1942, p. 193.

92 AHUMADA RUIZ. *La jurisdicción constitucional*, cit., p. 290.

Como parte del proceso en el que se solicita la realización del control difuso de constitucionalidad, el interesado hace la siguiente reflexión: si el juez aplica la ley *x* a este proceso, mi contraparte debe obtener una sentencia más favorable a sus pretensiones; no obstante, como tal ley es contraria a la Constitución, el juez debe inaplicar la ley *x* y emitir una sentencia más favorable a mis pretensiones. Bajo esta perspectiva, Figueiredo afirma que en el sistema difuso:

> Poco importa el tipo de proceso o de acción en que la parte va a litigar. Lo que se exige es que haya un conflicto de intereses, una pretensión resistida o un acto concreto de una autoridad que esté por amenazar o perjudicar los derechos de la parte. El objeto del pedido no es el ataque a la ley en sí misma, mas la protección de un derecho que sería por ella afectado[93].

La incorporación del sistema de control difuso a la categoría del acceso interesado se confirma cuando se analizan las reglas de acceso que se han previsto, por ejemplo, en Estados Unidos. En primer lugar, cuando los individuos solicitan la inaplicación de una ley deben hacerlo en el marco de un proceso en el que reclaman algún tipo de afectación o lesión. En segundo lugar, un tercero solo puede solicitar la inaplicación de la ley en nombre de otra persona si demuestra que la lesión que se causa a la otra persona también le puede afectar directa o indirectamente. Finalmente, cuando una asociación pretende la inaplicación de una ley para favorecer a uno de sus miembros debe demostrar, entre otros requisitos, que el interés del individuo coincide con los intereses estatutarios de la asociación[94].

Como se señaló anteriormente, el sistema difuso de origen norteamericano se ha extendido a otros países e incluso coexiste con el modelo concentrado en aquellos Estados que han adoptado el esquema mixto de control de constitucionalidad. De manera general, se podría afirmar que el modelo difuso acerca a los individuos a los jueces constitucionales –cuando estos operan como tales– al analizar la procedencia de la inaplicación de la ley por su incompatibilidad con la Constitución.

A pesar de que el modelo difuso es intrínsecamente interesado y, en ese sentido, todos los países que lo adoptaron pueden ubicarse en este nivel de

---

93 Figueiredo, Marcelo. "Una visión del control de constitucionalidad en Brasil". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 41, 2006, p. 89.

94 Groppi. "Titularidad y legitimación", cit., p. 237. Se excluyen de estas reglas los recursos directos contra las leyes que limitan los derechos incorporados por la primera enmienda.

acceso, resulta interesante comentar que, por ejemplo, el sistema de Argentina es un caso de doble modelo interesado. De una parte, el sistema prevalente de control de constitucionalidad de ese país es el difuso porque las partes pueden solicitar la inaplicación de la ley en el caso concreto[95]. Adicionalmente, se estableció una acción declarativa directa de inconstitucionalidad que se puede incoar cuando existe una duda fundada sobre la constitucionalidad de una ley y el accionante logra demostrar interés jurídico en el proceso. De esta manera, en Argentina coexisten los dos modelos de control de constitucionalidad y en ambos se pone énfasis en el carácter interesado de la realización del juicio de inaplicación o de validez de la ley[96].

En conclusión, los sistemas de control de constitucionalidad difuso y los sistemas concentrados de carácter abstracto o concreto que exigen una especial posición de riesgo o interés del demandante se ubican en el nivel de acceso interesado. El siguiente modelo prescinde del requisito del interés y se inclina a favor de pretensiones grupales o radicadas por determinadas organizaciones.

4. ACCESO COLECTIVO U ORGANIZADO

El tercer nivel de acceso abandona la perspectiva individual y pone el énfasis en la necesidad de que la duda sobre la constitucionalidad de una ley sea compartida por un alto número de personas que pueden estar agrupadas o no. En cualquier caso, el acceso es independiente de que los argumentos de la demanda tengan como base la potencial lesión a un derecho o interés de los miembros del grupo. De acuerdo con este postulado, los modelos de acceso

---

95 "En el sistema difuso argentino –tributario del estadounidense– el control de constitucionalidad puede ser ejercido por todo Juez o Tribunal que integre los poderes judiciales tanto nacional como provinciales, cualquiera sea su jerarquía y ámbito competencial". HARO, RICARDO. "La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 16, 2012, p. 193.

96 "Valga por todos el ejemplo de Argentina, donde el control de constitucionalidad vino ejercido por los tribunales federales sobre la base de criterios absolutamente derivados de la experiencia de Estados Unidos: especialmente en lo referido, de un lado, al rechazo de cuestiones abstractas y controles preventivos, y, de otra parte, a la necesidad de que dicho control tenga lugar durante un juicio y *sobre la base de un daño sufrido por el titular de un derecho*". ROLLA, GIANCARLO. "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 16, 2012, pp. 337 y 338.

colectivo son aquellos que establecen, como requisito para impugnar una ley, que el recurso sea presentado por un número mínimo de ciudadanos o por una determinada organización.

4.1. EL ACCESO COLECTIVO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Uno de los primeros antecedentes del acceso colectivo se encontraba en la Constitución de Cuba de 1940. Ese texto constitucional establecía que el recurso de inconstitucionalidad podía ser interpuesto ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales por un grupo no inferior a 25 ciudadanos[97]. El cambio de régimen constitucional que se sucedió en Cuba a partir de 1959 y, en concreto, la Constitución Política de 1976 eliminó este esquema de acceso al control de constitucionalidad.

En Ecuador y Perú han existido diseños institucionales de acceso al control de constitucionalidad de carácter colectivo. La Constitución de Ecuador de 1998 establecía que las demandas de constitucionalidad podían ser presentadas por mil ciudadanos en ejercicio del derecho político y con previo dictamen favorable del defensor del pueblo[98]. Por su parte, la Constitución Política de Perú actualmente dispone que la acción de constitucionalidad contra las leyes puede ser presentada por cinco mil ciudadanos[99].

---

97 La Ley Constitucional de Cuba (1934) establecía un sistema dual que permitía el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad por un mínimo de 25 ciudadanos o por uno solo cuando la ley podía afectar sus derechos fundamentales. En este sentido, la Ley Constitucional podría ser un antecedente del sistema de acceso interesado y del sistema de acceso colectivo. Cfr. García Belaunde, Domingo. "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVII, n.º 109, enero-abril, 2004, pp. 283-312.

98 Cfr. Constitución Política de Ecuador de 1998, art. 277. Cfr., sobre el actual sistema constitucional de Ecuador, Ávila Santamaría, Ramiro (ed.). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008 y "El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008". En Carbonell, Miguel; Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (eds.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. UNAM, México, 2009, pp. 953-980.

99 Cfr. Constitución Política de Perú, art. 203-5. "Personas facultadas para interponer Acción de Inconstitucionalidad. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: […] 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del

El requisito de un número mínimo de demandantes puede ser visto desde dos perspectivas. Positivamente, como una exigencia de que exista una interpretación compartida de la ley que es contradictoria con una interpretación compartida de la Constitución. Por el contrario, negativamente, este requisito puede ser considerado como una forma de impedir el acceso al tribunal de demandantes asiduos que pueden intentar mover el sistema de control por razones estrictamente personales.

4.2. EL ACCESO ORGANIZADO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En segundo lugar, también pertenecen a este nivel de apertura los diseños institucionales en los que la facultad para someter una ley al control de constitucionalidad corresponde a una asociación o grupo que representa a un colectivo determinado de personas. Aunque también hay un contenido de pluralidad en este requisito, se privilegia el carácter orgánico y la especial condición de algunas instituciones dentro de la sociedad. El tipo de colectivo que representan estas entidades amerita conferirles una posición de preeminencia porque su voz merece una atención preferente por parte de los jueces constitucionales.

Un sistema que incorpora el acceso organizado es el brasilero. La Constitución de Brasil de 1988 estableció un sistema de control concentrado de revisión judicial de la ley mediante la acción directa de inconstitucionalidad. Esta acción puede ser presentada, entre otros, por el Consejo Federal de la Orden de Abogados (OAB), uno de los partidos políticos con representación en el Congreso y una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional[100].

También, la Constitución Política de México establece la legitimidad de los partidos políticos registrados ante el Instituto Nacional Electoral para incoar acciones de constitucionalidad contra leyes electorales federales o locales y de los partidos con registro estatal para impugnar las leyes electorales de sus respectivos Estados[101].

Este tipo de diseños reconocen implícitamente la existencia de ciertas organizaciones o colectivos que hacen un seguimiento especial de la labor

---

número de firmas anteriormente señalado". El artículo 99 del Código Procesal Constitucional de Perú establece que el grupo de ciudadanos debe estar representado por uno solo de estos y actuar con el patrocinio de un abogado.

100 Cfr. Constitución Política de la República Federativa de Brasil, art. 103.

101 Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 105-II-f.

legislativa, tienen intereses que merecen una protección especial o constituyen un criterio autorizado para suscitar el control de constitucionalidad.

En el fondo de los modelos de acceso colectivo u organizado hay un punto de intersección con el sistema de acceso interesado. En efecto, no es plenamente descartable que el propósito de establecer un número mínimo de ciudadanos como requisito necesario para la impugnación de una ley se fundamente en la necesidad de demostrar que la inconstitucionalidad de la ley puede afectar el interés de una pluralidad de sujetos. En el caso de la habilitación a ciertas organizaciones, el punto de intersección se hace más evidente en la medida en que el objetivo del sistema es dotar a la organización de una herramienta de defensa de los intereses de sus asociados.

Precisamente, el comentado diseño de Brasil puede dar cuenta de los puntos de encuentro y de las diferencias entre los dos niveles de acceso. Como ya se mencionó, en Brasil hay un modelo de acceso organizado. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal de ese país ha establecido que, en las demandas presentadas por una confederación sindical o por una entidad profesional, se debe acreditar la pertinencia temática o un interés legítimo institucional de la organización que incoa la acción directa de inconstitucionalidad[102]. Para satisfacer este requisito, los demandantes deben probar la existencia de una relación entre su finalidad institucional y el objeto de la acción, de manera que, cuando no se satisface tal interés, el Supremo Tribunal Federal niega la procedencia de la acción[103].

No obstante estas intersecciones, la diferencia relevante que permite distinguir entre los dos niveles de acceso (interesado y colectivo-organizado) es la posibilidad de acceso individual del modelo interesado frente a la exigencia colectiva u organizada que constituye un elemento esencial del segundo modelo[104].

---

102 Este requisito ha llevado a que algunos autores afirmen que en el sistema de control de Brasil se privilegia el acceso al control de constitucionalidad de los intereses difusos o colectivos. Así por ejemplo, se ha dicho: "*Il* right to stand *assume dimensioni più o meno ampie a seconda del rito e del paese. Alla giurisprudenza restrittiva delle corti statunitensi si contrappongono atteggiamenti aperti agli interessi collettivi o diffusi e a vari attori, come in Brasile*". PEGORARO. *Giustizia costituzionale*, cit., p. 149.

103 ROSENN, KEITH. "Judicial review in Brazil: developments under the 1988 Constitution". *Southwestern Journal and Trade in the Americas*, n.º 7, 2000, pp. 301 y 302.

104 MERLIN CLÈVE, CLÈMERSON. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 142.

En conclusión, el punto esencial de diferencia es que en este nivel no hay un acceso individual, sino que se requiere una condición relacional respecto de otros individuos que comparten la sospecha de inconstitucionalidad de una ley o respecto de una organización especialmente legitimada. El siguiente nivel solo permitirá el acceso indirecto de los ciudadanos a través de otras personas o funcionarios públicos.

5. ACCESO POR INTERMEDIO DE FUNCIONARIOS

En el nivel más bajo o restringido de acceso al control de constitucionalidad se encuentran los sistemas en los cuales la legitimación para iniciar el control está reservada a determinados funcionarios públicos, como el jefe del Gobierno, el presidente del Parlamento, los grupos parlamentarios o el defensor del pueblo. Se trata de modelos que incluyen la legitimación territorial o la de minorías políticas, pero siempre a través de funcionarios públicos[105].

Este fue el diseño por el cual optó Kelsen en su concepción sobre la justicia constitucional. El jurista austriaco era partidario de conferir el acceso a los tribunales constitucionales a una minoría parlamentaria calificada[106] y de crear un funcionario encargado de realizar, en nombre de los demás ciudadanos, la defensa de la Constitución ante el Tribunal Constitucional[107]. También consideraba que, en los Estados federales, los Gobiernos de los Estados miembros

---

105 Por ejemplo: i) el presidente o jefe de Estado (Armenia, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Francia, Georgia, Kazajistán, Lituania, Polonia, Portugal, República Democrática del Congo, Rumanía, Ucrania, entre otros); ii) las minorías parlamentarias (Alemania, España, Georgia, Perú, Polonia, Rusia, Ucrania, entre otros); iii) el defensor del pueblo (Colombia, España, Polonia, entre otros). Para una lista más detallada, cfr. PEGORARO. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 150-153.

106 "*With respect to the protection of minorities a third possibility may be mentioned, namely the proposal to grant to an outvoted minority the right of contesting the constitutionality of the statute adopted by the majority through application made to the Constitutional Court*". KELSEN. "Judicial review of legislation", cit., p. 197.

107 "Una institución completamente novedosa, pero que merece la más seria consideración, sería la de un defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciaría de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares. Es evidente que el titular de semejante función deberá estar revestido de todas las garantías de independencia imaginables, tanto frente al Gobierno como frente al Parlamento". KELSEN. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 292.

debían tener la facultad de recurrir las normas de la Federación y, el Gobierno de esta, las leyes proferidas por los parlamentos locales[108].

De acuerdo con lo anterior, el sistema de acceso por intermedio de funcionarios está presente en varios Estados europeos[109]. Incluso se afirma que la limitación o restricción del número de legitimados para iniciar el proceso de revisión judicial de la ley es una de las características del sistema europeo de control de constitucionalidad y una manifestación "de la voluntad racionalizadora y, por tanto, limitadora del control"[110].

Uno de los presupuestos de este diseño institucional es que los legitimados son funcionarios que ostentan una posición institucional idónea para realizar una defensa objetiva de la Constitución o, en otras palabras, que interpongan recursos en contra de una ley sin que medie un interés particular. Como señala Nogueira:

> … se predetermina un conjunto de autoridades u órganos del Estado que por su posición institucional tienen por tarea la defensa del bien común o del interés general, legitimándolos para demandar sin que haya un caso concreto o un interés subjetivo, por vía de acción directa, sin condicionamiento alguno, al Tribunal

---

108 Sobre este aspecto del sistema de Estados Unidos, Kelsen afirmó: "*To the disadvantage that the judicial review of legislation can take place only incidentally, i.e., in the course of a procedure serving mainly other purposes, another disadvantage is added which is connected with the federal character of the United States. The federal government can bring an action against a state in the course of which the constitutionality of a state statute can be contested. But the states, although they may be sued by the federal government may not sue the latter. A state which wishes to have a federal statute declared unconstitutional, can achieve this only by a legal detour, that is by an action against the federal official; and the interest of the state as party litigant must be more than a mere political or constitutional one –for instance, the state must be a proprietor or have an interest in things which are res communes, etc*.". Kelsen. "Judicial review of legislation", cit., p. 194.

109 "*Abstract review processes result in decisions on the constitutionality of legislation that has been adopted by parliament but has not yet entered into force (France), or that has been adopted and promulgated, but not yet applied (Germany, Italy, Spain). It is initiated by specifically designated, elected politicians. Executives and legislators (France, Germany, Spain), federated member states or regional governments (Germany, Italy, Spain), or an ombudsman (the Defender of the People in Spain) may, within prescribed time limits, attack legislation as unconstitutional before the constitutional court*". Stone Sweet. "Constitutional Courts and Parliamentary", cit., p. 87.

110 Cruz Villalón. *La formación del sistema*, cit., pp. 34 y 43. Más adelante, el autor sostiene que la legitimación que algunos ordenamientos europeos confieren al defensor del pueblo puede ser vista como un ejercicio de racionalización de la acción popular.

> Constitucional, para que este último depure el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales o impida el ingreso de tales normas a dicho ordenamiento[111].

Bajo este esquema, la Constitución Política de España establece que el recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto por el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados y las asambleas de las comunidades autónomas[112].

En Francia, la legitimación recae sobre el presidente de la república, el primer ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado y sesenta diputados o senadores[113]. En Alemania, el Gobierno federal, los gobiernos estatales o una cuarta parte del *Bundestag* pueden acceder al Tribunal Constitucional Federal[114].

En el sistema austriaco, por ejemplo, el control de constitucionalidad puede ser iniciado por los gobiernos locales para demandar las leyes de la Federación y por el Gobierno de la Federación para demandar las normas de los gobiernos estatales. En el caso de las leyes federales, estas pueden ser demandadas por una tercera parte de los miembros del Consejo Nacional y las leyes de los Estados por una tercera parte de los miembros de los parlamentos estatales[115].

En Rusia, la revisión abstracta de constitucionalidad puede ser solicitada por el presidente, una quinta parte de los miembros del Consejo de la Federación, una quinta parte de los diputados de la Duma, el Gobierno, la Corte Suprema, el Supremo Tribunal Arbitral (*Arbitrazh*) y los órganos legislativos. También, los gobiernos de los sujetos miembros de la Federación tienen legitimación activa para solicitar la revisión abstracta de constitucionalidad de la legislación federal[116].

En Italia el control de constitucionalidad es prevalentemente un modelo incidental, en el que los jueces trasladan a la *Corte costituzionale*, mediante el

---

111 Nogueira Alcalá. "La legitimación activa", cit., pp. 199 y 200.

112 Sobre el sistema de control de constitucionalidad en España, cfr. Ferreres Comella, Víctor. *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 220. Sobre la legitimación en el recurso de constitucionalidad en España, cfr. Torres Muro, Ignacio. *La legitimación en los procesos constitucionales*. Editorial Reus, Zaragoza, 2007, pp. 27-98.

113 Rousseau, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 8.ª ed., Montchrestien, Paris, 2008, pp. 137-212.

114 Heun, Werner. *The Constitution of Germany. A Contextual Analysis.* Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 159 y ss. y Pegoraro. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 89-92.

115 Stelzer. *The Constitution of the Republic of Austria*, cit., p. 200.

116 Henderson. *The Constitution of the Russian Federation*, cit., pp. 207-209.

sistema de cuestiones, las dudas que surgen en el marco de un procedimiento judicial sobre la potencial incompatibilidad de una norma con la Constitución[117]. A pesar de lo anterior, en el régimen constitucional italiano existen cuatro casos en los que el control de la ley funciona mediante el recurso de constitucionalidad: i) el Gobierno central puede impugnar leyes de las regiones o de las provincias autónomas de Trento y Bolzano; ii) las regiones pueden impugnar las leyes del Estado o las de otras regiones; iii) las provincias autónomas de Trento y Bolzano pueden impugnar leyes del Estado, de las regiones o de la otra provincia, y iv) la mayoría de un grupo lingüístico en el consejo regional del Trentino Alto Adige puede cuestionar una ley cuando esta pone en peligro los derechos colectivos lingüísticos de las minorías de esta provincia[118].

Por otra parte, la Corte Constitucional de Turquía puede conocer de las acciones de anulación que presentan el presidente de la república, los grupos parlamentarios, el principal grupo de la oposición y una quinta parte de los miembros de la Asamblea Nacional. Cuando el Gobierno responde a una coalición de partidos, el derecho a presentar acciones de constitucionalidad corresponde al partido con mayor número de representantes en la Asamblea[119].

En América Latina, el sistema constitucional de Bolivia sigue el esquema de acceso por intermedio de funcionarios. La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) y el actual Código Procesal Constitucional establecieron la acción de inconstitucionalidad abstracta. A través de esta figura, el TCP conoce de las acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto presentadas por el presidente de la república, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa o de los órganos legislativos de las entidades territoriales, las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales y el defensor del pueblo[120].

Este fue el modelo que asumió la Constitución de México después de la reforma del año 2011. Dentro de los legitimados para interponer la acción de

---

117 Para un análisis comparado del sistema de cuestión incidental en España e Italia, cfr. BAGNI. *La questione incidentale*, cit., pp. 27-133.

118 SORRENTINO. *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, cit., pp. 40- 41.

119 Cfr. Constitución Política de Turquía, art. 150) y Ley de Procedimiento de la Corte Constitucional de Turquía n.º 6216 de 20 de marzo de 2011, art. 35. La acción de anulación tiene un término de caducidad de 60 días que se cuentan a partir de la publicación en la gaceta oficial del acto que se pretende impugnar como inconstitucional.

120 La Ley 27 de 2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional fue parcialmente derogada por la Ley 254 de 2012 Código Procesal Constitucional. El artículo 74 del Código Procesal Constitucional establece los legitimados para iniciar la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto.

constitucionalidad es destacable la facultad asignada a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y a los organismos equivalentes a nivel estatal. Además de los tradicionales legitimados en el modelo de acceso por intermedio de funcionarios, lo interesante de la reforma mexicana es que incorpora a organismos que pueden reflejar la posición de los individuos ante la Corte o que pueden iniciar las acciones de constitucionalidad a petición de estos[121].

Se puede afirmar que la mayoría de los Estados que han implementado el modelo de acceso por medio de funcionarios tienen en común la facultad del jefe del Gobierno para impugnar las leyes de manera previa o posterior a su promulgación. Incluso en Colombia, donde el eje central del acceso radica en los ciudadanos, el presidente ocupa una posición preferente en la determinación de la agenda de la Corte Constitucional[122]. En efecto, el presidente puede presentar objeciones de inconstitucionalidad frente a proyectos de ley aprobados por el Congreso y ejercer su derecho a interponer acciones públicas de constitucionalidad contra las leyes vigentes[123].

5.1. EL RIESGO DE POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Como se sostuvo previamente, para algunos autores, el modelo de acceso por intermedio de funcionarios es el que mejor responde a la idea del control abstracto de constitucionalidad porque constituye una defensa objetiva de la Constitución y permite encontrar una definición para debates políticos polarizados. Para esta visión, el control por medio de acciones de constitucionalidad

---

121 Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos de México, art. 105-II-g. Sobre el acceso a los mecanismos de control de constitucionalidad en México, cfr. RIVERA LEÓN, MAURO ARTURO. *Las puertas de la Corte: la legitimación en la controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad en México.* Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2016.

122 "Es inherente así a la naturaleza del tipo de Gobierno presidencialista que el presidente de la república sea el primero de los órganos constitucionales legitimados para la defensa de la Constitución y el bien común o el interés general. De esta manera, el presidente de la república tiene legitimación activa en los seis países considerados para requerir el pronunciamiento del Tribunal o Corte Constitucional respecto de preceptos legales o normas administrativas de carácter general considerados inconstitucionales (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela)". NOGUEIRA ALCALÁ. "La legitimación activa", cit., p. 200.

123 Para un estudio comparado del acceso del presidente o primer ministro al control de constitucionalidad, cfr. PEGORARO. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 150-152.

de legitimación amplia, popular y, sobre todo, interesada constituye una desviación de la idea clásica de la defensa de la Constitución como un proceso no litigioso en el que no hay partes, ni intereses concretos involucrados. Además de estos argumentos, en defensa del sistema de acceso por medio de minorías parlamentarias se suele afirmar que este:

> … tiene un efecto pacificador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional. A su vez, la minoría parlamentaria sólo recurre al Tribunal Constitucional, cuando tiene fundamentos razonables para sostener su criterio jurídico constitucional, no lo hará cuando ellos no existan o sean temerarios, ya que el hecho de ser derrotado en vía jurisdiccional le significa una pérdida de credibilidad ante la ciudadanía. A su vez, la sola existencia de esta legitimación activa de la minoría parlamentaria genera en la mayoría gubernamental una contención y una actuación responsable en la generación de los preceptos legales y reglamentarios, ante la posible sanción del Tribunal Constitucional en su contra favoreciendo la formación de compromisos[124].

Sin embargo, hay críticas que permiten inferir que la asociación entre el acceso por intermedio de funcionarios y la defensa objetiva de la Constitución es cada vez más débil. Además, la atribución específica de legitimación a los miembros del Congreso crea una tendencia inevitable a judicializar cuestiones políticas y a prolongar discusiones superadas en sede parlamentaria. Como señala Stone Sweet:

> Estos ataques se hacen por escrito, en documentos llamados *referrals*. En la práctica, casi todos los *referrals* son hechos por miembros de partidos de oposición contra la legislación propuesta por la mayoría o por el partido o partidos en el Gobierno. Los *referrals* suelen suspender la fuerza legal de la referida ley (Francia, Alemania, Italia) en espera de una sentencia, pero en España la ley puede aplicarse a pesar de un *referral*[125].

En el caso de España este fenómeno también es descrito por Ferreres, quien sostiene que, en la práctica, quienes presentan un recurso de inconstitucionalidad coinciden con los miembros de la oposición. Estos aprovechan un potencial vicio de inconstitucionalidad de la ley aprobada por la mayoría para demandar

---

124 Nogueira Alcalá. "La legitimación activa", cit., p. 204.

125 Stone Sweet. "Constitutional Courts and Parliamentary", cit., p. 87.

ese acto normativo ante el Tribunal Constitucional[126]. En Alemania también se presenta esta situación y se utilizan expresiones como la *tercera cámara*, la *cuarta lectura* de la ley o la amenaza entre parlamentarios 'nos veremos en *Karlsruhe*' para ilustrar la posibilidad de que el debate legislativo continúe en el Tribunal Constitucional[127].

Esta primera crítica resulta especialmente grave porque se dirige contra uno de los fundamentos del acceso al control de constitucionalidad de los grupos parlamentarios. En efecto, se afirma que, en una democracia constitucional, las minorías deben contar con la posibilidad de defender sus derechos frente a los abusos de las mayorías que han votado a favor de una determinada ley. Sin embargo, la práctica demostraría que los grupos parlamentarios cuestionan la constitucionalidad de las leyes ante el tribunal constitucional en razón de motivos políticos y no en defensa de un derecho que consideran vulnerado por parte de la mayoría parlamentaria.

Adicionalmente, el acceso por medio de las minorías parlamentarias omite el hecho incuestionable de que en la sociedad existen minorías sin representación política dentro del Parlamento. Estos grupos son más vulnerables que las minorías que cuentan con alguna representación política. Si el fundamento del acceso de los grupos parlamentarios es sólido, entonces la protección de las minorías exige algo más que abrir las puertas del control de constitucionalidad

---

126 "*In practice, the 50 deputies or 50 senators belong to the parliamentary opposition: they disagree with the majority and, since they take the statute to be problematic from a constitutional point of view, they decide to bring an action to the Court*". Ferreres Comella. *The Constitution of Spain*, cit., p. 220.

127 "Como fácilmente se comprende, la naturaleza política de los órganos legitimados para el recurso y su abstracción, desligada de todo supuesto real de aplicación de la norma, dotan de una fuerte carga política a esta vía procesal, mediante la que frecuentemente se prolonga en sede jurisdiccional una polémica ya abierta, y a veces enconada, en las Cámaras legislativas entre mayoría y minoría. Es evidente que muchas decisiones de los Tribunales Constitucionales implican la convalidación o invalidación de la postura mantenida por una u otra fuerza política, uno u otro partido y, en consecuencia, son interpretadas como victoria de unos y derrota de otros, pero sólo en el recurso directo es la victoria política el objetivo inmediato del litigio. Que de este modo se arroja sobre los Tribunales Constitucionales una carga que difícilmente puede asumir sin grave quebranto de un órgano jurisdiccional, es también cosa obvia. Es esta evidencia la que determina la hostilidad de un sector doctrinal frente a este género de recursos, que para otros es, en cierto sentido, la pieza básica e indispensable, la clave de arco de cualquier sistema de jurisdicción constitucional". Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Vol. III, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 1333.

a los miembros del Parlamento. Una buena alternativa es permitir que accedan las minorías más vulnerables, es decir, aquellas que carecen de capacidad de agencia política o de representación parlamentaria.

Por esa razón, una defensa del modelo de acceso por intermedio de minorías parlamentarias también debe justificar por qué se exige un determinado número o porcentaje de miembros del Congreso para acceder al control de constitucionalidad, y qué sucede con las minorías que no tienen el número suficiente de representantes o con aquellas que solo tienen un representante.

En síntesis, una defensa de este modelo de acceso debe ofrecer un criterio sustancial para definir el número de congresistas o representantes necesarios para que la minoría pueda interponer un recurso ante el tribunal constitucional, así como justificar por qué en algunos sistemas se exige una proporción de un cuarto, en otros de un tercio y en otros, como Bolivia, es suficiente con que uno solo de los miembros de la Asamblea Legislativa interponga la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto.

5.2. El traslado del debate político a la justicia constitucional y la elitización de la defensa de la Constitución

En contra de este modelo también se puede objetar que promueve un fenómeno de elitización política de la defensa de la Constitución. Además, el proceso de control de constitucionalidad bajo estos esquemas aleja a los ciudadanos de los tribunales y no permite que la revisión judicial de la ley sea una fuente de una verdadera deliberación pública de calidad. Por eso, con razón, Ferreres sugiere que las deficiencias del acceso elitizado permiten criticar aquellos sistemas de justicia constitucional en los cuales "no se reconoce legitimación activa a los individuos para impugnar una ley (ni directa ni indirectamente), sino que la legitimación se reserva en exclusiva a determinados órganos estatales (o fragmentos de órganos, como una minoría parlamentaria)"[128].

A pesar de lo anterior, se podría sostener que la apertura de los ciudadanos al control de constitucionalidad no es la solución a los anteriores problemas porque puede tener el mismo efecto del sistema de acceso por medio de funcionarios.

---

128 Ferreres Comella, Víctor. "El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática". En Carbonell, Miguel y García, Leonardo (coords.). *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid, 2010, p. 366.

De acuerdo con esta objeción, cualquier forma de control de constitucionalidad permite que tanto las minorías parlamentarias como aquellas que no tienen representación trasladen el debate político al tribunal constitucional.

No obstante, esta crítica comete un error porque confunde la legitimación para acceder al control de constitucionalidad con el tipo de debate, argumentos y características del juicio de contraste que realiza el tribunal. Para que se cumplan todas las condiciones de la crítica, los demandantes de un sistema de acceso directo deben ser las minorías que votaron o se opusieron a la ley; los argumentos de la demanda deben remitirse a razones políticas o de inconveniencia, y tanto el debate como la respuesta del tribunal deben responder a esa misma justificación. Como se verá en los capítulos segundo y tercero, no solo la demanda de constitucionalidad no acepta la amplitud de argumentos del debate parlamentario, sino que la deliberación dentro del tribunal excluye las posiciones políticas o de conveniencia.

El riesgo de que se pretenda trasladar un debate político a la sede de la Corte Constitucional es menor en los modelos de acceso directo de los ciudadanos, en relación con modelos que predeterminan la legitimación exclusiva de las minorías parlamentarias. En este sentido, un modelo de acceso directo incurre en una posibilidad menor de traslado del debate político al Parlamento porque su diseño institucional no fuerza a los parlamentarios a llevar los actos aprobados con su desacuerdo ante el tribunal constitucional.

Por supuesto que en un determinado caso se puede identificar que el tribunal razonó como el legislador, se apartó de los argumentos de constitucionalidad y asumió las razones de conveniencia o ideológicas que propusieron las minorías demandantes o las mayorías que defienden el acto normativo demandado. En este caso no hay una incidencia negativa del acceso directo de los ciudadanos en el razonamiento del tribunal. En otras palabras, la amplia legitimación para acceder al control de constitucionalidad no es la causa de que el tribunal haya razonado de esa forma. En un caso como este, el error es del propio tribunal y del método de interpretación de la Constitución que el juez utilizó para decidir sobre el acto demandado.

Finalmente, desde la perspectiva de la posición de los individuos frente al control de constitucionalidad, el modelo de acceso por medio de funcionarios también tiene aspectos interesantes. En primer lugar, la posibilidad de que los ciudadanos formulen solicitudes a algunos de los funcionarios legitimados para que trasladen sus quejas de constitucionalidad ante el tribunal.

El Tribunal Constitucional de Portugal, donde existe esta opción, ha asumido dos puntos de vista diferentes sobre este aspecto. En una primera etapa

objetó la idea de que los funcionarios públicos iniciaran el control de constitucionalidad de una ley como producto de una petición ciudadana y rechazó los recursos que obedecían a este esquema. Posteriormente, el Tribunal aceptó estudiar estos recursos, siempre que los funcionarios legitimados asumieran el proceso como un control objetivo y no como una representación exclusiva de los intereses de los ciudadanos solicitantes[129].

Adicionalmente, la legitimación que recae sobre los parlamentarios implica un alto contenido representativo y la potencial incidencia de los ciudadanos electores sobre los representantes para que estos insistan, ante el tribunal constitucional, respecto de las dudas de constitucionalidad de una ley que fue aprobada con o sin su apoyo en el Parlamento[130]. Por último, dentro de este modelo también se incluye la legitimación de funcionarios, como el defensor del pueblo o las comisiones de derechos humanos, los cuales tienen por finalidad la representación cualificada de los intereses de los ciudadanos.

En conclusión, si bien es cierto que se trata de un nivel en el que no hay ninguna forma de acceso directo de los individuos, presenta hipótesis de un acceso mediado en el que la puerta de los tribunales está abierta de manera indirecta para los ciudadanos.

6. Apuntes finales sobre los modelos de acceso a la justicia constitucional

En este capítulo se han clasificado distintos sistemas de control de constitucionalidad con base en el grado de apertura de los tribunales. Aunque este análisis de derecho constitucional comparado no ha sido exhaustivo, en el sentido de incluir todos los sistemas de control de constitucionalidad que existen en el mundo, el panorama descrito permite extraer algunas conclusiones sobre las cuales se volverá más adelante.

La primera es la existencia de una tendencia dentro del constitucionalismo de América Latina que privilegia el acceso directo de los individuos a los tribunales constitucionales. Con excepciones notables, como las de Argentina,

---

129 Brague Camazano. *La acción abstracta*, cit., p. 109.

130 "En lo que concierne particularmente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante otorgar a una minoría calificada del Parlamento el derecho a interponerlo. Y tanto más importante, cuanto que la justicia constitucional, como lo habremos de mostrar más adelante, debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías". Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 292.

Bolivia o México, los demás Estados de la región se ubican en los niveles de mayor acceso (amplio, popular o interesado). Incluso en aquellos países que carecen de un alto nivel de apertura al control concentrado, la existencia de modelos mixtos de revisión judicial de la ley ubica a la mayoría de los Estados en el segundo modelo de acceso (interesado-difuso).

La segunda conclusión es que las dificultades para precisar los legitimados para acceder al control de constitucionalidad dentro del modelo interesado aconsejan que en esos contextos se avance hacia un modelo de acceso directo. Este paso se puede dar mediante el reconocimiento de que siempre existe un interés general en la protección de la Constitución y, en tal sentido, todos los ciudadanos están legitimados para solicitar la realización del juicio de constitucionalidad, con independencia de que el resultado proteja o no un interés o derecho individual.

En tercer lugar, es necesario destacar que los modelos del más amplio acceso pueden ser objeto de limitaciones razonables con el fin de desincentivar el ejercicio de la facultad de demandar actos normativos ante el juez constitucional, sin que esto implique una transformación del elemento central de la apertura del sistema.

Adicionalmente, también es destacable que en los modelos de acceso más restringido se empiece a reconocer la necesidad de que el ciudadano tenga una mayor cercanía con el tribunal constitucional. Esto ha llevado al aumento de los diseños institucionales en los que las personas solicitan a funcionarios públicos trasladar a los tribunales una queja de inconstitucionalidad de una ley.

Por último, resulta importante destacar que las razones por las cuales un Estado adopta un modelo determinado de acceso al control de constitucionalidad tienen relación con aspectos concretos de su historia y práctica constitucional. Resulta difícil aceptar una explicación totalizante, como la que formula Ginsburg, según la cual el grado de apertura al control de constitucionalidad depende del grado de incertidumbre de las fuerzas políticas en relación con su futura posición en el escenario político[131].

---

131 "*The design choice on access has much to do with the prospective position of political forces in the constitutional system*". GINSBURG. *Judicial Review*, cit., pp. 37. Esta explicación de Ginsburg sobre el grado de apertura al control de constitucionalidad coincide con su reincidente explicación de otros factores del sistema constitucional. En efecto, se puede encontrar la misma idea (teoría del aseguramiento) como determinante del grado de rigidez constitucional, del grado de independencia judicial o del sistema de elección de los miembros del tribunal constitucional. Cfr. ibíd., pp. 22-26.

De acuerdo con este autor, en contextos en los cuales hay un partido dominante que tiene una alta probabilidad de mantener su hegemonía se optará por un modelo elitista de acceso al control de constitucionalidad porque a ese partido no le interesa aumentar la probabilidad de que las decisiones legislativas sean cuestionadas ante los tribunales por parte de las minorías o por parte de los ciudadanos. Por el contrario, en escenarios de alta competencia y pluralismo políticos el *standing* tenderá hacia la apertura debido al interés compartido por todas las fuerzas políticas en tener un foro adicional a la legislatura para discutir las decisiones de la mayoría[132]. Como el propio autor señala, esa explicación solo tiene validez si todo un conjunto de condiciones adicionales se mantiene constante, lo cual resulta poco satisfactorio desde el punto de vista del potencial explicativo de esa teoría[133].

Con este marco comparado es posible aproximarse en detalle al funcionamiento de uno de los sistemas que se inscribe dentro del nivel de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad: el diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad de Colombia.

---

132 "*[A] dominant party will seek to limit access to judicial review, perhaps by restricting it to major political institutions. Political forces in rough balance will seek to maximize access to legislative minorities and ordinary citizens to provide insurance in the event of an electoral loss. Because they expect to lose in the legislatures, the availability of constitutional review provides the prospective minority with another forum in which to contest policies of the majority. This may be achieved by extending access to the court to minority groups in the legislature or to ordinary citizens. Open access also allows watchdog groups that might share the policy preferences of the politicians to make claims and assist in monitoring the government. We should thus expect a correlation between political uncertainty and open access*". Ibíd., p. 38.

133 Ibíd., pp. 37 y 38.

CAPÍTULO SEGUNDO

El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia

En el capítulo precedente se hizo una clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad de acuerdo con el mayor o menor grado de acceso o de cercanía de los ciudadanos a los tribunales constitucionales. Las cuatro categorías propuestas (acceso directo, interesado, colectivo u organizado y por medio de funcionarios) reflejan diferentes niveles de apertura de la judicatura constitucional. El propósito de esa tipología es crear un marco para la perspectiva de la relación entre el individuo, la revisión judicial de la ley y la legitimidad del control de constitucionalidad. Dentro de esa división, el modelo colombiano de control de constitucionalidad fue ubicado en el nivel de acceso directo para los ciudadanos.

En este capítulo se resumirá el actual funcionamiento del sistema colombiano de acción pública de constitucionalidad. La descripción se construirá a partir del diseño establecido por la Constitución Política de 1991, las normas que regulan el procedimiento ante la Corte Constitucional y las subreglas fijadas por el propio tribunal para el desarrollo del proceso de control de validez de las leyes. Esta perspectiva tiene, por lo menos, una ventaja y un costo de oportunidad. En primer lugar, asegura una visión contemporánea del sistema colombiano, tal como ha funcionado desde que se creó y empezó a funcionar la Corte Constitucional en el año 1992. Por otra parte, deja de lado la interesante historia del surgimiento y ejercicio por parte de los ciudadanos de la acción pública y del control de constitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia durante todo el siglo XX[1].

Sobre este último punto basta decir que se comparten las conclusiones de trabajos de historia constitucional que destacan el ascenso del constitucionalismo colombiano a partir del establecimiento de la acción pública de

---

1 Un interesante resumen de los casos de acción pública de constitucionalidad desde 1910 hasta 1990 se puede consultar en Cepeda, Manuel José. "La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana". En Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Soul*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 581-627. También se sugiere la consulta de los siguientes trabajos sobre el surgimiento y la historia de la acción pública de constitucionalidad: Botero Bernal, Andrés. "Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución". *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 20, septiembre-diciembre, 2007, pp. 91-102; Cajas Sarria, Mario Alberto. "La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991". *Precedente*, vol. 7, julio-diciembre, 2015, pp. 109-152 y Gómez-Pinto, Luis Ricardo. "El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública". *Vniversitas*, n.º 122, 2011, pp. 169-211.

constitucionalidad en 1910[2]. Del mismo modo, el papel trascendente de este mecanismo como instrumento de legitimación del poder y su potencialidad como una herramienta para la pacificación[3]. En el marco de esos antecedentes históricos es que se procederá a describir las transformaciones que sucedieron a partir del año 1991.

La Constitución Política de Colombia de 1991 reafirmó el principio de supremacía constitucional y estableció un modelo de control de constitucionalidad de la ley basado en tres pilares[4]. En primer lugar, la creación de una corte

---

2 "*Going back to at least 1910, the Supreme Court of Justice was granted binding authority to rule on a law's constitutionality. In consequence, when the Constitutional Court began operating in 1992 the Colombian legal and political culture was already very familiar with judicial review, to the point that few in the Colombian judicial community thought it strange that the court had the power to annul governmental decrees or laws approved by Congress*". Uprimny, Rodrigo. "The Constitutional Court and the control of presidential extraordinary powers in Colombia". En Gloppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin (eds.). *Democratization and the Judiciary*. Frank Cass Publishers, London, 2004, p. 43.

3 "[L]o esencial es que durante un siglo el órgano judicial de control constitucional ha ejercido con independencia, mayor o menor según la época, el poder de declarar inconstitucionales leyes y decretos con fuerza de ley, lo cual ha significado que el poder público ha sido sometido al respeto de la Constitución, pacto político fundamental para la paz. A lo largo del siglo xx se constató un proceso de ascendencia del constitucionalismo paralelo a las reformas constitucionales mediante las cuales se buscó crear condiciones de convivencia pacífica en Colombia. […] En el mismo sentido, el control de constitucionalidad que originalmente estaba orientado a superar el conflicto entre órganos ha llegado a convertirse en una garantía de la efectividad de los derechos constitucionales, lo cual es otra forma de contribuir al mantenimiento de la democracia y a la resolución pacífica de los conflictos". Cepeda. "La defensa judicial de la Constitución", cit., p. 627.

4 La posición de la Constitución dentro de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico ha sido objeto de múltiples discusiones y de diferentes soluciones normativas en la historia del constitucionalismo colombiano. En una primera etapa (siglo xix), la preeminencia del legislador y de la ley impidió la definición constitucional de la norma de cierre del ordenamiento y favoreció una interpretación del texto constitucional que fuera compatible con la ley; como una especie de interpretación conforme en sentido inverso. El segundo periodo se inició con la Constitución de 1886 que estableció la supremacía de la Constitución. No obstante, menos de un año después fue expedida la Ley 153 de 1887, que en su artículo 6.º ordenaba la aplicación preferente de las leyes posteriores a la Constitución en todos aquellos casos de incompatibilidad entre un acto del legislador y el texto constitucional. Se puede afirmar que la historia del constitucionalismo local del siglo xx es, entre otros aspectos, la de la consolidación de la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico. La tercera fase ocurrió con la Constitución de 1991 cuando la supremacía constitucional encontró asidero en la preclara fórmula del artículo 4.º: "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". Cfr. Restrepo

constitucional como tribunal especializado en el control de constitucionalidad (control de validez). En segundo lugar, la facultad de todos los jueces del país para inaplicar las disposiciones que fundadamente consideren contrarias a la Constitución, mediante la excepción de inconstitucionalidad. En tercer lugar, el derecho político de los ciudadanos a impugnar leyes y otros actos normativos ante la Corte Constitucional.

De los tres pilares, el primero fue la única novedad en el sistema constitucional colombiano. Antes de 1991, las funciones de control abstracto de constitucionalidad las asumía la sala constitucional o la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el periodo histórico del que se trate[5]. El segundo pilar, la excepción de inconstitucionalidad, tiene antecedentes que se remontan al periodo de la independencia y a la influencia del constitucionalismo de Estados Unidos en el pensamiento constitucional del siglo XIX[6]. Por su parte, como se analizó en el primer capítulo, la existencia de la acción pública de constitucionalidad tiene origen en la tercera reforma constitucional del año 1910 a la Constitución de 1886[7].

Piedrahíta, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, pp. 9-73.

5 Para una historia del control de constitucionalidad en Colombia, cfr. Restrepo Piedrahíta, Carlos. *Control de constitucionalidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. Un breve resumen de la historia del control de constitucionalidad realizado por la Corte Suprema de Justicia en Cajas Sarria. "La construcción", cit., pp. 109-152.

6 Santamaría, Alejandro. "El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886". En Barbosa Delgado, Francisco (ed.). *Historia del derecho público en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 265-320.

7 El artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 (31 de octubre) establecía: "Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación". El recuento de los debates que condujeron a la aprobación del artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 en el que se estableció la acción pública de constitucionalidad, así como la reconstrucción de la influencia del movimiento republicano en esas discusiones, se puede consultar en Dueñas, Óscar. *Control constitucional*. Librería del Profesional, Bogotá, 1997, pp. 39 ss.; Esguerra. *La protección constitucional*, cit., pp. 331-343; Rodríguez, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 220-269 y Rojas, Danilo. "El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias". *Pensamiento Jurídico*, n.º 28, mayo-agosto, 2010, pp. 108-111.

El gran cambio que se produjo en el año 1991 consistió en que el primer y el tercer pilar se integraron[8]. La Constitución asignó a la Corte Constitucional la función de resolver, con efectos de cosa juzgada constitucional, las demandas que los ciudadanos presentan contra las leyes que consideran inconstitucionales[9]. Tal como fue configurada, la Corte es un tribunal dentro del poder judicial, integrado por nueve jueces elegidos por el Senado, a partir de las ternas enviadas por el presidente, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia[10]. Para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere la ciudadanía colombiana, obtener el título de abogado, tener una experiencia mínima de quince años en la carrera judicial, el ministerio público, el ejercicio de la profesión o en la docencia universitaria en áreas jurídicas[11].

El control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional está regulado por el artículo 241 de la Constitución y por el Decreto 2067 de 1991. El primero establece un catálogo de funciones asignadas al tribunal, dentro de las cuales se atribuye la revisión de diferentes actos normativos con el fin de garantizar –en cada caso– la supremacía de la Constitución. El segundo regula el procedimiento de la acción pública de constitucionalidad.

Una lectura sistemática del artículo 241 de la Constitución permite afirmar que el control abstracto de constitucionalidad se rige por un conjunto de reglas que combina tres parámetros: el acto controlado, el objeto de control y el origen del control. De acuerdo con el criterio del *acto controlado*, la Corte es competente respecto de: actos legislativos; todas las leyes ordinarias; las leyes que convocan asambleas constituyentes, referendos reformatorios de la

---

8 "[E]sa trascendental garantía pública que acuñó el constituyente de 1910, que le permite a todo ciudadano acudir a un tribunal para pedirle que deje sin efecto una ley que estima contraria a un precepto constitucional, se ratificó una vez más, con igual rotundidad, en la Constitución de 1991. Solo que, a partir de esta, se estableció que quien funge de cancerbero de la Carta Política, aparte del ciudadano que demanda, es la Corte Constitucional y no la Corte Suprema de Justicia. Y se precisó que, en esta materia, la misión de la Corte cobija la guarda tanto de la integridad como de la supremacía de la Constitución". ESGUERRA. *La protección constitucional*, cit., pp. 367 y 368.

9 "[E]s posible rastrear los orígenes de la acción de inconstitucionalidad en el siglo XIX, para asistir luego a un tenue desarrollo a lo largo del siglo XX. Sin embargo, es con la Constitución de 1991 y el establecimiento de la Corte Constitucional, que esta acción toma su cabal dimensión, hasta convertirse en el instrumento fundamental de ejercicio del control abstracto de constitucionalidad". QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho procesal constitucional colombiano. Acciones y procesos*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, p. 41.

10 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 239.

11 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 232.

Constitución o referendos legales; los decretos con fuerza de ley que expide el presidente de la república cuando el Congreso le asigna facultades extraordinarias o los que expide cuando declara un estado de excepción; los proyectos de ley estatutaria[12] o de cualquier ley objetada por razones de inconstitucionalidad por el presidente; y las leyes que aprueban los tratados internacionales.

En atención al segundo criterio, *objeto del control*, la Corte puede realizar un control que recaiga sobre los vicios de procedimiento y sobre los vicios materiales o de contenido[13]. Finalmente, de acuerdo con el *origen del control*, este puede ser de tres formas: con base en una demanda ciudadana, automático o semiautomático. El siguiente cuadro resume la interacción de los tres criterios mencionados, los cuales conforman el ámbito de competencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional[14].

---

12 El artículo 152 de la Constitución Política de 1991 establece el rango de *estatutarias* para las leyes que regulan ciertas materias específicas: los derechos y deberes fundamentales y sus garantías; la administración de justicia; el régimen de los partidos y movimientos políticos; los mecanismos de participación ciudadana; y los estados de excepción. Esta categoría corresponde a la de leyes *orgánicas* de la Constitución de España de 1978. Sobre el sistema de fuentes en la Constitución Política de 1991, cfr. Sierra Porto, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 239-314. Sobre el mismo tema en España, con una referencia especial a las leyes orgánicas, cfr. Garrorena Morales, Ángel. "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13, enero-febrero, 1980, pp. 169-207.

13 De acuerdo con el artículo 242.3 de la Constitución Política de Colombia, el control sobre los vicios de procedimiento de las leyes y los actos legislativos caduca después de un año. El término se computa a partir del momento en el que el acto fue publicado. Para algunos autores, el control de los vicios de procedimiento es una manifestación de la dimensión de la supremacía constitucional porque la Constitución es la norma que regula el modo de producción de las demás normas del ordenamiento jurídico. En ese sentido, "[e]ste contenido de la supremacía es determinante y es el fundamento de la competencia de la Corte para examinar los vicios de forma o de procedimiento. De esta manera, si durante el trámite de expedición de un acto legislativo, de una ley o de un decreto con fuerza de ley, fueron violadas las reglas fijadas por la Constitución para la producción de esos actos, entonces deberá procederse a la declaratoria de inexequibilidad". Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 13.

14 A los elementos del siguiente cuadro deben adicionarse otros actos normativos cuyo control de constitucionalidad es competencia de la Corte Constitucional de Colombia por mandato de otras disposiciones constitucionales o de interpretaciones del propio tribunal. Se trata de normas que pueden ser controladas por medio de la acción pública de constitucionalidad: tratados internaciones aprobados y ratificados con anterioridad a la Constitución de 1991 (Sentencia C-400 de 1998), decreto que pone en vigor el plan de inversiones públicas (art. 341-3 CP), decreto que pone en vigor el presupuesto anual cuando el Gobierno presentó correctamente el proyecto pero el legislador se abstuvo de tramitarlo (art. 348 CP), decretos que compilan normas con fuerza de

TABLA 1. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

Acto controlado	Origen del control	Objeto de control
Actos reformatorios de la Constitución	Acción pública (posterior)	Vicios de procedimiento y juicio de sustitución
Leyes que convocan asambleas constituyentes o referendos reformatorios de la Constitución	Automático	Vicios de procedimiento
Referendos sobre leyes (aprobación o derogación) y consultas populares nacionales	Automático	Vicios de procedimiento o contenido material
Plebiscitos nacionales	Automático	Vicios de procedimiento
Leyes (ordinarias)	Acción pública (posterior)	Vicios de procedimiento o contenido material
Decretos con fuerza de ley bajo facultades extraordinarias (poderes legislativos delegados)	Acción pública (posterior)	Vicios de procedimiento o contenido material
Decretos legislativos que declaran un estado de excepción y decretos expedidos bajo estados de excepción	Automático (posterior)	Vicios de procedimiento o contenido material
Proyectos de ley con rango de estatutaria	Automático (previo)	Vicios de procedimiento o contenido material
Proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad (objeciones gubernamentales)	Semiautomático (previo)	Vicios de procedimiento o contenido material
Tratados internacionales y leyes aprobatorias de tratados internacionales	Automático (previo)	Vicios de procedimiento o contenido material
Leyes aprobatorias de tratados internacionales previas a 1991	Acción pública (posterior)	Contenido material
Decreto con fuerza de ley que pone en vigencia el plan de inversiones públicas	Acción pública (posterior)	Vicios de procedimiento o contenido material

Fuente: elaboración propia, con base en el artículo 241 de la Constitución Política de 1991.

En este capítulo solo se hará referencia a una parte del anterior mapa de la competencia de la Corte Constitucional: la acción pública de constitucionalidad como forma de control judicial de la ley. Bajo ese presupuesto, el propósito es

---

ley (Sentencia C-506 de 1996) y decretos expedidos por el presidente con fundamento en una autorización establecida en un acto legislativo (sentencias C-1154 de 2008 y C-461 de 2011).

explicar el concepto de acción pública de constitucionalidad, su procedimiento y la especial concepción de esta como un derecho político cuyos titulares son los ciudadanos colombianos.

1. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución de 1991 establece que todos los ciudadanos colombianos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una forma de hacer efectiva esa prerrogativa es "interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley"[15]. El artículo 241 constitucional dispone que la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos en contra de los actos reformatorios de la Constitución, de las leyes y de los decretos con fuerza de ley expedidos por el presidente bajo habilitación de facultades extraordinarias. Por su parte, el Decreto 2067 de 1991 establece el procedimiento de la acción pública de constitucionalidad.

A pesar de que no existe una definición constitucional o legal de la acción pública de constitucionalidad, el concepto puede ser construido a partir de sus propios elementos[16]. De acuerdo con lo anterior, la acción pública de constitucionalidad es una manifestación del derecho político a controlar al poder

---

15 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 40.

16 "La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo procesal, de carácter constitucional, en virtud del cual los ciudadanos pueden acudir ante la Corte Constitucional por medio de una demanda, para solicitarle que declare la inexequibilidad de una reforma constitucional, de una ley o de un decreto con fuerza de ley, por considerar que los mismos son contrarios a la Constitución". QUINCHE RAMÍREZ. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 5. También se ha dicho al respecto: "De manera general puede definirse la acción pública de constitucionalidad como el derecho político que la Constitución, en su numeral 6, artículo 40 concede a cualquier ciudadano para acusar ante la Corte Constitucional, como violatorios de una o varias disposiciones constitucionales, las leyes, decretos y actos contemplados en el artículo 241 (núms. 1, 4 y 5) de la Constitución, con el fin de obtener una sentencia que decida de manera definitiva y con efectos *erga omnes* sobre la permanencia o exclusión de la norma del ordenamiento jurídico". ALVIAR GARCÍA, HELENA. "Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia". En JULIO ESTRADA, ALEXEI. *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 480 y 481. Por su parte, Juan Carlos Esguerra señala que el artículo 241 de la Constitución estableció "una de las más hermosas y trascendentales garantías concebidas por el Estado de derecho: la acción que habilita al ciudadano para impugnar nada menos que la propia ley, en defensa de sus derechos y sus libertades fundamentales". ESGUERRA. *La protección constitucional*, cit., p. 320.

público, en virtud de la cual un ciudadano colombiano, mediante la elaboración y presentación de una demanda, somete a juicio de la Corte Constitucional la compatibilidad entre un determinado acto normativo y la Constitución Política.

Estos tres elementos de la definición de acción pública pueden ser explicados de la siguiente forma. En primer lugar, se trata de un derecho político establecido en el artículo 40 de la Constitución, junto a otros derechos del mismo tipo como el voto, el acceso a los cargos públicos y la revocatoria del mandato[17]. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al afirmar que el ejercicio de este derecho:

> … constituye un medio idóneo para la realización del principio de democracia participativa que anima la Constitución (art. 1 C.P.), permitiendo a todos los ciudadanos, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, ejercer un derecho político reconocido por el propio Ordenamiento Superior (art. 40 C.P.) y actuar como control real del poder que ejerce el legislador cuando expide una ley[18].

En segundo lugar, el sistema colombiano se inscribe dentro del modelo de acceso amplio al control de constitucionalidad[19]. El mecanismo para suscitar el control de validez de las leyes es una acción de carácter público. Esta puede ser presentada por cualquier ciudadano colombiano en ejercicio[20], no requiere la asistencia de un abogado, ni que se acredite una condición especial o un determinado interés en el procedimiento[21]. Sobre este último aspecto, la

---

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 de 2008, fundamento jurídico 2.1: "la acción de inconstitucionalidad constituye el ejercicio de un derecho político (arts. 40.6, 98 y 241 de la Constitución), cuyos titulares son los ciudadanos en ejercicio".

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001.

19 "Institutionally, Colombia may be said to have the most open and accessible system of constitutional judicial review in the world. Any citizen can appear before the Court to file a claim through the public unconstitutionality action". Cepeda Espinosa, Manuel José. "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court". *Washington University Global Studies Law Review*, n.º 3, 2004, p. 664.

20 "[L]a acción de inconstitucionalidad no es, como en cambio lo son las otras acciones públicas, un remedio procesal de respaldo de los derechos civiles, es decir, de aquellos de los que es titular la persona humana como tal, sino, ante todo, un instrumento para el apalancamiento de un derecho político de aquellos que solo pertenecen a los ciudadanos". Esguerra. *La protección constitucional*, cit., p. 369.

21 "*Actio popularis may be filed by citizens with few formalities, without representation by an attorney, and without having to demonstrate a specific legal interest in the subject matter of the claim*". Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 555.

Corte Constitucional ha rechazado expresamente la existencia de un modelo de acceso interesado dentro del sistema colombiano de control de constitucionalidad, por cuanto el "derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política, y tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos"[22].

Finalmente, la acción pública es de *competencia exclusiva* porque solo puede ser presentada ante la Corte Constitucional. Este tribunal es el único con la facultad para resolver sobre la admisión y procedencia y para decidir con efectos de cosa juzgada sobre el resultado de la misma.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Por su configuración como derecho político, la facultad para incoar acciones de constitucionalidad se encuentra reservada a los ciudadanos colombianos en ejercicio[23]. Es decir, solo aquellas personas que tienen la nacionalidad colombiana por nacimiento o por adopción y han cumplido la mayoría de edad –situación que en Colombia se produce a los dieciocho años– pueden impugnar una ley. Como lo ha señalado la propia Corte:

> La sola titularidad de los derechos políticos, por el hecho de ser nacional colombiano, no faculta al nacional para ejercerlos. Es necesaria la ciudadanía, que requiere de la concurrencia de los elementos de la nacionalidad y la edad. Esta última, establecida en la Carta de 1991, mientras la ley no disponga otra cosa, en 18 años, ha de acreditarse con la cédula que expida la Registraduría Nacional del Estado Civil[24].

No obstante la simplicidad de la fórmula de la legitimación activa, esta merece por lo menos tres aclaraciones respecto de la situación de las personas privadas de la libertad, los funcionarios públicos y quienes han renunciado a la nacionalidad colombiana. En primer lugar, los ciudadanos colombianos que se encuentran recluidos en centros carcelarios pueden, a pesar de esta condición,

---

22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 1998.

23 "En atención a que se trata de un derecho político, la titularidad de la acción y la legitimación por activa en la demanda se centran en la misma figura: el ciudadano". QUINCHE RAMÍREZ. *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 55.

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536 de 1998.

presentar una acción pública de constitucionalidad, siempre y cuando no hayan sido condenados a la pena accesoria de suspensión en el ejercicio de sus derechos políticos. En este último caso, la Corte Constitucional ha establecido que las acciones interpuestas por una persona condenada con pena accesoria de suspensión en el ejercicio de los derechos políticos deben ser inadmitidas por carencia de legitimación en el demandante y, en el supuesto de que hayan sido admitidas, la Corte deberá declararse inhibida para decidirlas de fondo[25].

Esta limitación del acceso al control de constitucionalidad para las personas a las que se ha suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos ha sido criticada por un sector de la doctrina que considera que la Corte Constitucional realizó una interpretación errada de la Constitución. En ese sentido, se han sustentado tres razones para considerar equivocada tal limitación: i) la inexistencia de una disposición constitucional que la establezca explícitamente; ii) la existencia de varias disposiciones constitucionales en las que expresamente se requiere la ciudadanía activa para ejercer un derecho político, dentro de las cuales no se hace referencia a las acciones públicas de constitucionalidad, y iii) el artículo 99 de la Constitución que limita el requisito de la ciudadanía activa como habilitante para ejercer el derecho al sufragio, a ser elegido y al acceso a cargos que impliquen autoridad o jurisdicción[26].

Por otra parte, los ciudadanos colombianos que ostentan la condición de funcionarios públicos, incluso los propios magistrados de la Corte Constitucional, pueden hacer ejercicio del derecho de acción pública de constitucionalidad[27]. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta condición no representa impedimento o exclusión alguna. Por el contrario,

---

25 "[E]l derecho político del que se trata no se concreta en su ejercicio actual y efectivo sino bajo la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía, luego quien sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas está excluido de esa posibilidad, y si presenta una demanda ante la Corte Constitucional, ésta no puede resolver por falta de legitimación del accionante". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 1998.

26 Rodríguez. *Minorías, acción pública*, cit., pp. 184, 185 y 202.

27 "En cuanto a lo primero, para esta Corporación no existe ninguna clase de ciudadanos que no goce de este derecho político para presentar las acciones de que trata el artículo 241 de la Constitución, ni siquiera los magistrados encargados de resolver por vía judicial de dichos procesos, esto es, ni siquiera los magistrados de la Corte Constitucional. Se cambia de esta manera la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia cuando en ejercicio entonces del control de constitucionalidad estableció que todos los ciudadanos tenían esta acción 'a excepción de los magistrados de la Corte Suprema, por su alta investidura de Jueces Únicos de esta acción'. Ello porque si un magistrado de esta Corporación estima que el orden constitucional del país se encuentra desconocido por una de las normas objeto de su control, tiene el derecho de acusarla

en muchas ocasiones, los funcionarios encargados de aplicar las normas son quienes con mayor prontitud y facilidad se percatan de la inconstitucionalidad de un acto normativo. En criterio de la Corte, "nada impide que los servidores públicos presenten demandas de inconstitucionalidad, ya que dichas acciones implican una defensa abstracta de la vigencia del ordenamiento jurídico, que no es incompatible con las responsabilidades propias de quienes ejercen funciones públicas"[28].

En respaldo del argumento de la Corte se podría agregar que el propio Decreto 2067 de 1991 establece la posibilidad de que un ciudadano solicite a la Defensoría del Pueblo elaborar una demanda en contra de una ley cuando el contenido de la norma tiene relación con los derechos fundamentales[29]. Se trata de una manifestación del acceso por intermedio de funcionarios dentro de un sistema de acceso directo al control de constitucionalidad.

En tercer lugar, el artículo 98 de la Constitución establece que la renuncia a la nacionalidad conlleva la pérdida de la ciudadanía. En consecuencia, aquellas personas que han renunciado a la nacionalidad colombiana no son titulares del derecho a presentar acciones de constitucionalidad.

Cuando una demanda es presentada por varias personas, la Corte Constitucional ha establecido que al menos una de estas debe cumplir con las condiciones de la legitimación activa. En esos casos, la demanda debe ser admitida y se tendrá por demandantes solamente a los miembros del grupo que hayan logrado acreditar su condición de ciudadanos colombianos con el pleno ejercicio de sus derechos políticos[30].

---

mediante las formalidades legales, sin perjuicio de declararse impedido en su oportunidad". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-003 de 1993.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-809 de 2002. En este caso la acción pública fue presentada por el fiscal general.

29 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 7.

30 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Auto 278 de 2001. En este caso, uno de los dos demandantes era ciudadano venezolano. El magistrado sustanciador había considerado que la posibilidad de presentar acciones de constitucionalidad estaba reservada a los ciudadanos colombianos y, en ese sentido, solo reconoció como demandante a quien tenía la nacionalidad colombiana. El ciudadano venezolano presentó recurso de reposición contra la decisión del magistrado sustanciador y solicitó ser reconocido como demandante. En el auto citado, la Corte consideró irrelevante la solicitud realizada por el ciudadano venezolano porque no influía en el procedimiento de la acción pública que fue admitida en virtud de que el otro demandante cumplía los requisitos de legitimación activa. En términos de la Corte, "no tiene sentido que, si una demanda fue presentada conjuntamente por varias personas, y fue admitida en relación con un actor, pero la Corte no lo hizo en relación con los otros, por no encontrarse acreditada

3. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Los ciudadanos legitimados que pretendan solicitar la realización del juicio de contraste entre una ley y la Constitución deben elaborar una demanda para presentarla en la secretaría de la Corte Constitucional. La demanda debe satisfacer los siguientes requisitos mínimos: i) indicar las disposiciones que son objeto de la demanda y realizar una transcripción literal de las mismas[31]; ii) señalar las disposiciones constitucionales que el demandante considera incompatibles con el acto demandado; iii) exponer las razones que fundamentan tal incompatibilidad; iv) indicar, cuando acusen un vicio de procedimiento, el hecho que constituye el incumplimiento de la norma procesal[32]; finalmente, v) señalar la causal que establece la competencia de la Corte para conocer de la demanda.

Los dos primeros requisitos resultan bastante sencillos puesto que no es posible concebir una acción de constitucionalidad si, al menos, el ciudadano no expresa cuál es la ley objeto de su reproche y cuáles son las normas constitucionales con las que esta resulta incompatible. Son los dos elementos esenciales del juicio de contraste que realiza la Corte Constitucional. Además, el objeto de la impugnación puede ser cualquier expresión de uno de los actos normativos que son controlables por medio de la acción pública de constitucionalidad. En todo caso, no se puede solicitar la invalidez de los signos de puntuación incorporados en el texto de una norma[33].

En algunas demandas ciudadanas se solicita a la Corte Constitucional declarar inexequible la interpretación consistente, reiterada y relevante que otros tribunales han hecho de una ley (teoría del derecho viviente). En estos casos, el ciudadano acusa como contraria a la Constitución una disposición, no por ser en sí misma inconstitucional, sino por el contenido normativo que le fue atribuido por un tribunal diferente a la propia Corte Constitucional. En estos supuestos, aunque se invoque el numeral 4 del artículo 241, que se

---

su calidad de ciudadanos, proceda un examen sobre si la Corte tuvo o no razón en reconocer a uno solo de los actores, por cuanto el proceso, al ser una acción pública, seguiría idéntico curso".

31 La Corte denomina a este requisito el *objeto de la demanda*. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.

32 El cumplimiento de estos tres requisitos da origen a la formación de lo que la Corte denomina el *concepto de la violación*. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.

33 QUINCHE RAMÍREZ. *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 62.

refiere a las demandas de ciudadanos contra leyes aprobadas por el Congreso, el ciudadano impugna la interpretación judicial de una ley.

Sobre el tercer requisito, aunque el Decreto 2067 solo dispone que el ciudadano debe aducir las "razones por las cuales dichos textos se estiman violados"[34], la Corte Constitucional ha cualificado esta exigencia mediante reiteradas sentencias en las que estableció cinco condiciones que deben satisfacer todos los argumentos que el ciudadano exponga en su demanda: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

De acuerdo con la Corte, una razón es *clara* cuando tiene un hilo conductor identificable que permite apreciar el sentido de la argumentación; *cierta* si recae sobre una proposición jurídica real y existente con contenido verificable; *específica* cuando aprecia una relación directa de contradicción entre la norma acusada y la Constitución; *pertinente* si se trata de una razón de orden constitucional y no de conveniencia o de carácter político; y, finalmente, *suficiente* si logra generar un nivel de duda mínimo sobre la constitucionalidad de la ley que ponga en tela de juicio la presunción de constitucionalidad que juega a favor del acto del legislador en virtud del principio democrático[35].

El establecimiento de estos requisitos para los argumentos de las acciones de constitucionalidad ha sido muy criticado. Especialmente, se aduce una pérdida del carácter público de la acción y su consecuente privatización y elitización. De acuerdo con esta objeción, resulta evidente que para redactar una demanda en los términos exigidos por la Corte se requiere una formación profesional especializada como jurista, de manera que la acción no estaría al alcance de la mayoría de los ciudadanos.

Por el contrario, para la Corte esas condiciones constituyen unos requisitos mínimos que permiten racionalizar el ejercicio de la acción pública de manera que solamente quien tenga una razón fundada para demandar una ley pueda presentar un escrito con los méritos para ser admitido y decidido. En esa misma dirección, la Corte ha señalado que este umbral argumentativo de la acción pública constituye una condición de efectividad del ejercicio del derecho, pues solo una vez que el ciudadano ha cumplido con estas exigencias puede tener una expectativa razonable de que el tribunal va a estudiar de fondo su demanda[36].

---

34 Decreto 2067 de 1991, art. 2.3.

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001.

36 La Corte ha afirmado de manera expresa que la efectividad del derecho político depende de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Adicionalmente, la Corte ha establecido que, en virtud del principio *pro actione*, el cumplimiento de los requerimientos de una demanda debe ser apreciado con flexibilidad con el fin de evitar que se obstaculice el acceso a la justicia de los ciudadanos demandantes. En conclusión, la Corte entiende que los límites para el ejercicio del derecho de acción pública tienen como objetivo la protección del interés efectivo del ciudadano a que el tribunal estudie su impugnación de una ley. En consecuencia, estos requisitos no se erigen en una barrera infranqueable para acceder al control de constitucionalidad.

El cuarto elemento de las demandas de constitucionalidad consiste en un requisito eventual que se exige solamente cuando alguno de los cargos se va a construir con base en la existencia de vicios de procedimiento en el trámite de la ley. En estos casos, el ciudadano debe manifestar el conjunto de hechos que constituyen la violación a una norma del procedimiento legislativo.

Finalmente, el requisito de señalar la causal de competencia de la Corte es una mera formalidad. El ciudadano debe precisar el numeral del artículo 241 de la Constitución que es aplicable según el acto normativo objeto de la demanda. Sin embargo, algunas acciones incluyen en esta parte un breve recuento de la jurisprudencia de la Corte para asumir la competencia sobre impugnaciones atípicas[37]. Al respecto, la Corte ha sostenido que no importa si el ciudadano invoca una causal equivocada, siempre y cuando la demanda esté bien formulada y se haya construido, al menos, un cargo de constitucionalidad sobre el cual la Corte resulte competente.

Estos presupuestos permiten explicar, a continuación, el procedimiento de la acción pública de constitucionalidad, las herramientas deliberativas que incorpora, los efectos de las sentencias, los problemas de las decisiones inhibitorias y la posibilidad de formular aclaraciones o salvamentos de voto.

4. PROCEDIMIENTO

La demanda se debe presentar personalmente en la secretaría de la Corte Constitucional en la ciudad de Bogotá, o puede ser remitida desde cualquier lugar

---

De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

37 Como en los casos de demandas contra interpretaciones de leyes realizadas por otros tribunales: cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-557 de 2001, C-569 de 2004 y C-309 de 2009.

del país por medio de correo postal. Lo ideal sería que en el futuro se permitiera el envío de la demanda y la realización de todos los trámites posibles por un medio electrónico con certificado digital. De esta manera se atenderían las válidas críticas que se han formulado a la acción pública de constitucionalidad con base en la restricción inherente a la ubicación de la Corte Constitucional en la capital de Colombia[38].

Una vez presentada la demanda ante la secretaría de la Corte Constitucional, el presidente del tribunal designa a uno de los nueve magistrados para que sirva como sustanciador. Eso significa que este magistrado tomará las decisiones procesales iniciales dentro de ese proceso, entre las cuales destaca la determinación sobre el rechazo o la (in)admisión de la demanda.

El rechazo de una demanda se produce, esencialmente, por incompetencia de la Corte, caducidad de la acción por vicios de forma (un año desde la publicación del acto demandado)[39], deficiente subsanación de una demanda inadmitida previamente, o por la existencia de cosa juzgada respecto de las normas demandadas. La decisión de rechazo se adopta mediante un auto contra el que solo procede el recurso de súplica. La súplica se tramita de la siguiente manera:

> Una vez recibido el recurso, la Secretaría General entregará el expediente al magistrado que siga en orden alfabético al que dictó la providencia, quien actuará como ponente dentro de los diez días siguientes, sin que el autor de la providencia objetada pueda participar ni en las deliberaciones ni en las votaciones[40].

Adicionalmente, cuando una demanda no satisface los requisitos comentados en la sección anterior y no se encuentra una causal de rechazo, el magistrado sustanciador inadmite la demanda mediante un auto en el que señala expresamente los errores encontrados y le concede al ciudadano un término de tres días para que los corrija. La corrección de la demanda es un acto voluntario del demandante mediante el cual modifica su escrito sobre la base de las deficiencias señaladas por el magistrado sustanciador en el auto de inadmisión.

---

38 Rodríguez. *Minorías, acción pública*, cit., p. 314.

39 "*A statute of limitations was introduced for an actio popularis challenging the procedural validity of any law or constitutional mechanism. Therefore, if one year has elapsed since their adoption, these acts cannot be struck down on the basis of procedural defects; laws can, however, be challenged and reviewed on substantive grounds*". Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 556.

40 Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 139.

Si el ciudadano no corrige la demanda, o la presenta y el magistrado considera que no se subsanaron las deficiencias, esta será rechazada.

Si la demanda cumple con todos los requisitos o el ciudadano corrigió la demanda en tiempo y de manera satisfactoria, el magistrado sustanciador procede a admitir la demanda[41]. Esta decisión se toma mediante un auto en el cual se fijan en lista las disposiciones acusadas, se decretan las pruebas que el magistrado estime necesarias y conducentes, se notifica al procurador general de la nación para que emita su concepto y se comunica la demanda al presidente de la república y al presidente del Congreso.

El proceso de constitucionalidad no prevé la medida cautelar de suspensión provisional de la ley demandada. De manera que, mientras se estudia y decide la demanda, el acto normativo mantiene plenos efectos. Sin embargo, la facultad para decretar la suspensión provisional de una ley objeto de una demanda de constitucionalidad es una discusión pendiente en Colombia. Aunque se piensa que tal facultad puede poner en peligro la presunción de constitucionalidad de las leyes, como ha mantenido Ferreres, la presunción de constitucionalidad de las leyes no es un argumento conclusivo en contra de la existencia de una medida cautelar de suspensión provisional de una ley demandada ante un tribunal constitucional[42]. Adicionalmente, existe una cierta simetría entre el riesgo y los problemas que se suscitan tanto al permitir la suspensión provisional de una ley que resulta declarada constitucional como al prohibir la suspensión provisional de una ley que resulta contraria a la Constitución.

Una vez se ha proferido el auto de admisión se surten simultáneamente tres términos. El primero, por diez días, para que las disposiciones demandadas

---

41 La acción pública de constitucionalidad no es desistible. En especial porque, como señalan algunos autores, "la demanda no se ejercita en nombre de un interés propio del que se pueda disponer, sino en ejercicio del interés de todos, del interés del sistema, que no le pertenece al demandante y que, por lo mismo, no puede disponer de él. El accionante es algo así como una ocasión para restituir a integridad al sistema, eventualmente afectada por una norma inconstitucional que se encuentra vigente". Ibíd., p. 73.

42 "A mi juicio, del principio según el cual las leyes se benefician de una presunción de validez no se puede deducir la consecuencia de que sea ilegítimo que los tribunales competentes para su enjuiciamiento decreten medidas cautelares de suspensión. Ni siquiera una presunción especialmente fuerte de validez a favor de las leyes aprobadas democráticamente puede cuestionar la legitimidad de esas medidas cautelares". Ferreres Comella, Víctor. "La presunción de constitucionalidad de las leyes autonómicas". En AA.VV. *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*. Generalitat de Catalunya-Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2005, p. 53.

se incorporen en una lista pública de normas impugnadas (fijación en lista). El segundo, también por diez días, para la práctica de las pruebas que fueron decretadas. El tercero, de treinta días, para que el procurador presente su concepto ante la Corte en el que debe establecer la posición de la Procuraduría sobre la (in)constitucionalidad de la norma demandada. Una vez cumplido el término del procurador, el magistrado sustanciador cuenta con treinta días para elaborar y presentar ante la secretaría de la Corte una ponencia o proyecto de fallo[43]. A partir de ese momento, el pleno del tribunal tiene sesenta días para deliberar y decidir.

El presidente de la Corte debe convocar a la sala plena del tribunal para que delibere, en sesiones privadas, sobre el proyecto de fallo presentado por el magistrado sustanciador. Los magistrados de la Corte pueden declararse impedidos o ser recusados por el procurador general, por el ciudadano demandante o por cualquier persona que haya intervenido en defensa o impugnando la constitucionalidad de la ley demandada[44]. Los demás magistrados decidirán sobre el impedimento o recusación y, en caso de que prospere, designarán a uno de los conjueces.

En efecto, anualmente la sala plena de la Corte Constitucional elige una lista de conjueces que intervendrán en el supuesto de que prospere un impedimento o recusación de un magistrado de la Corte. El conjuez es una persona ajena a la Corte Constitucional (p. ej., profesor o investigador) que asume la posición del magistrado impedido o recusado únicamente para un caso concreto. El conjuez también puede ser el ponente de la decisión y salvar o aclarar su voto. Los conjueces de la Corte no reciben remuneración por esta condición.

Finalmente, para que un proyecto sea aprobado se requiere el voto favorable de la mayoría de los magistrados de la Corte. Cuando una ponencia no obtiene la mayoría necesaria para convertirse en la decisión del tribunal, el magistrado ponente puede solicitar al presidente de la Corte que encargue la elaboración de la sentencia a otro magistrado. En este caso es plausible designar a aquel disidente del proyecto de fallo cuya opinión logró el apoyo mayoritario.

---

43 El texto presentado tiene carácter reservado y solo será de acceso público cinco años después de proferida la sentencia. Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 19.

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-323 de 2006.

5. Herramientas deliberativas: conceptos de la Procuraduría General de la Nación, intervenciones ciudadanas y participación de instituciones especializadas

El proceso de acción pública de constitucionalidad incorpora diferentes herramientas deliberativas adicionales al debate propio de la sala plena del tribunal: el concepto que emite la Procuraduría General de la Nación, la eventual participación de la Defensoría del Pueblo, la participación de las instituciones oficiales que tuvieron relación con la aprobación de las disposiciones demandadas, de organizaciones, de expertos y de las intervenciones ciudadanas[45].

En primer lugar, como se refirió anteriormente, el concepto de la Procuraduría General de la Nación es obligatorio en todo proceso de control de constitucionalidad. Esta institución tiene treinta días para elaborar su dictamen y está previsto que el procurador general participe en las eventuales audiencias para que sustente oralmente los argumentos que presentó previamente por escrito[46]. Del mismo modo, cuando las normas demandadas involucran derechos fundamentales, cualquier ciudadano puede solicitar la intervención de la Defensoría del Pueblo para que se pronuncie a favor o en contra de su constitucionalidad.

Por su parte, aquellas instituciones del Estado que hayan tenido relación alguna con el proceso de formación de la ley demandada pueden presentar un escrito ante la Corte y acudir a las audiencias. Aunque el Decreto 2067 de 1991 establece que lo harán para exponer "las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sometidas a control"[47], esta disposición no es óbice para que lo hagan para reforzar los argumentos del ciudadano demandante.

También las entidades privadas, como las universidades, los centros de investigación, las organizaciones no gubernamentales y los ciudadanos no

---

45 En el proceso de constitucionalidad que se realizaba ante la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución de 1886 también se permitía la intervención de los ciudadanos, pero solamente por escrito. Cfr. Decreto 432 de 1969, art. 14.

46 "*Parties who may intervene in abstract review, apart from the plaintiff, include any citizen who wishes to support or oppose the claim, the Procurador General de la Nación, whose intervention is mandatory as part of her function as promoter of society's interests, and the authorities who took part in the production of the norm then subject to review*". Cepeda Espinosa. "*Judicial Activism*", cit., p. 555.

47 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 11.

demandantes, pueden presentar por escrito su criterio respecto de la compatibilidad de la ley demandada con la Constitución[48]. Cuando se convoque a una audiencia pública, los representantes de las organizaciones serán invitados a sustentar su concepto o resolver preguntas concretas formuladas por los magistrados[49].

Se trata de verdaderos instrumentos deliberativos porque amplían el ámbito de participación en el control de constitucionalidad de la ley y permiten que el razonamiento judicial se enriquezca con las visiones de las demás instituciones del Estado, de los representantes del Congreso que estuvieron a favor o en contra de la aprobación de la ley, de la sociedad civil y de los ciudadanos interesados en la defensa de los valores públicos de la Constitución o de un interés o derecho individual que se puede afectar con el resultado del juicio de constitucionalidad.

A pesar de que existe una amplia libertad para asumir una posición dentro del debate sobre la constitucionalidad de una ley y para formular argumentos en contra o en defensa de un acto sometido al juicio de contraste, el único límite al que se encuentran sometidos quienes participan en los escenarios deliberativos, en relación con los propios demandantes, es que aquellos no pueden formular nuevos cargos de constitucionalidad. El debate se restringe a los concretos reparos de constitucionalidad que han formulado los demandantes en su escrito inicial.

Este límite puede ser objeto de reproche por la restricción del ámbito de la deliberación dentro del tribunal. Sin embargo, puede ser defendido bajo la idea de que, en un sistema con acceso directo al control de constitucionalidad, tanto el procurador general como los ciudadanos intervinientes cuentan con una vía expedita para formular nuevos cargos de constitucionalidad en contra de una ley mediante la presentación de una acción pública de constitucionalidad.

Como se indicará en los capítulos cuarto y quinto, frente a las quejas de elitización del debate en los tribunales constitucionales, la necesidad de potenciar los mecanismos de discusión pública en torno a los procesos de control de

---

48 "*The Court has broad access to any sources of specialized information that may aid in the delivery of its judgment, including the expert opinions of individuals, universities, or organizations. This option is widely used when professional or technical information is required. The Court may also take into account the opinions of the Executive Cabinet members, who are notified of every unconstitutionality actio popularis and summon public hearings to gather information on the socio-political context of the matter at hand*". Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 556.

49 Constitución Política de Colombia, art. 242.

constitucionalidad y el objetivo de recuperar la participación ciudadana, este tipo de herramientas tienen una importancia central e influyen directamente en la determinación de la legitimidad democrática del modelo colombiano de control de constitucionalidad[50].

6. LA SENTENCIA Y LA COSA JUZGADA

El proyecto aprobado por la mayoría de la Corte Constitucional se convierte en el texto de la sentencia. Esta debe ser notificada por edicto dentro de los seis días siguientes a la adopción de la decisión. Se envían copias de la sentencia al presidente de la república, al presidente del Congreso y se publica su contenido en la *Gaceta Constitucional* y en la página web de la Corte Constitucional.

En la práctica, la Corte da a conocer su decisión mediante un comunicado de prensa que se emite el día de la votación definitiva de la sala plena. El texto definitivo de la sentencia se publica posteriormente. La Corte ha señalado que los efectos de la resolución se producen a partir del día siguiente a la emisión del comunicado de prensa[51].

La sentencia que resuelve una acción pública de constitucionalidad puede declarar la exequibilidad (constitucionalidad) o inexequibilidad (inconstitucionalidad) de la ley. En el primer caso, la ley no podrá ser demandada nuevamente por los mismos motivos. En el segundo caso, la ley deja de existir dentro del ordenamiento jurídico. Además, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley por razones de fondo, la Constitución prohíbe que las autoridades reproduzcan el mismo contenido normativo en otra disposición, a menos que las normas constitucionales que formaron parte del juicio de contraste hayan sido eliminadas o reformadas. En efecto, el artículo 243 de la Constitución establece:

> Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

---

50 GARGARELLA, ROBERTO (comp.). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 17-208.

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-973 de 2004.

Como se verá más adelante (cap. séptimo), esta última norma es muy importante para el debate sobre la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional porque constituye una prohibición expresa de respuestas legislativas a las sentencias de la Corte Constitucional y consolida al tribunal como la instancia con la última palabra en materia de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Si el órgano legislativo persiste en aprobar una norma con ese mismo contenido debe reformar la Constitución, para lo cual se establece un procedimiento agravado. Además, el cambio constitucional también puede ser objeto de control por parte de la Corte Constitucional[52].

De acuerdo con el artículo 243 de la Constitución Política, las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y son definitivas[53]. El carácter definitivo de las sentencias significa que contra estas no existe recurso alguno[54]. Ni siquiera el incidente de nulidad puede ser considerado como una excepción a esta característica porque este solo procede si fue alegado antes del fallo y por razones muy concretas que se refieren a la violación de las reglas del debido proceso[55]. En todo caso, será la sala plena de la misma Corte la que decida sobre la nulidad de sus sentencias[56].

---

52 Más adelante se comentarán en extenso los aspectos relacionados con las demandas de constitucionalidad contra actos reformatorios de la Constitución con base en la tesis de la sustitución de la Constitución. Una crítica a esta teoría sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se puede consultar en BERNAL PULIDO, CARLOS. "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n.º 2, 2013, pp. 339-357.

53 Para una buena síntesis del concepto y tipos de cosa juzgada constitucional, cfr. JULIO ESTRADA, ALEXEI. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 275 a 279.

54 El Acto Legislativo 3 de 2011 introdujo el incidente de impacto fiscal. A pesar de su denominación, se trata de un recurso que procede contra las decisiones de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura cuando estas causan una alteración seria de la sostenibilidad fiscal. Cfr. ROA ROA, JORGE ERNESTO. "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales". *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 1-22.

55 Sobre la nulidad de las sentencias de constitucionalidad, cfr. QUINCHE RAMÍREZ. *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 94-98.

56 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 49.

7. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD

Los efectos en el tiempo de la sentencia se rigen por las siguientes dos reglas: i) las decisiones tienen efectos inmediatos y ii) la Corte puede modular los efectos de sus propias decisiones. La regla general ha sido fijada por el tribunal de la siguiente manera:

> … siempre que no se haya modulado el efecto de un fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, bajo la condición de haber sido divulgada a través de los medios ordinarios reconocidos por esta Corporación. Se entiende que es a partir del 'día siguiente', pues la fecha en que se profiere la decisión, el expediente se encuentra al despacho y, por lo mismo, dicho fallo no puede aún producir efecto alguno[57].

No obstante, la anterior regla tiene excepciones creadas por la propia Corte. En determinados casos, el tribunal ha considerado necesario modular los efectos de sus decisiones para cumplir con diferentes objetivos. La primera de las finalidades que justifican la modulación de efectos es conferir un tiempo de espera para que el legislador apruebe una norma compatible con la Constitución. De esa manera se evitan las consecuencias negativas de una laguna jurídica. Un ejemplo de decisiones que responden a este primer objetivo es la sentencia C-737 de 2001, en la cual la Corte estableció:

> El análisis precedente permite concluir que la expulsión inmediata del ordenamiento de la Ley 619 de 2000 genera una situación constitucionalmente peor que su mantenimiento. Además, es claro que la mejor alternativa en el presente caso es recurrir a una inconstitucionalidad diferida, y no a una sentencia integradora, por cuanto el Legislador cuenta con múltiples posibilidades para regular el tema de las regalías, ya que es un tema en donde la Carta confiere una amplia libertad al Congreso (CP arts. 360 y 361). La Corte concluye entonces que la decisión adecuada es declarar la exequibilidad temporal de la ley acusada o, lo que es lo mismo, declarar su inconstitucionalidad, pero diferir sus efectos en el tiempo, a fin de

57 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-973 de 2004.

> permitir que en ese término el Congreso expida, con la libertad de configuración que le es propia, el régimen de regalías que juzgue conveniente[58].

El segundo propósito que justifica la modulación de los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional es la reparación de una situación de discriminación normativa que no es superable con la sola declaración de inconstitucionalidad de la ley. En estos casos, la Corte opta por emitir una sentencia integradora con efectos retrospectivos que supere directamente las consecuencias de un tratamiento desigual injustificado.

Así procedió el tribunal en la sentencia C-394 de 2007. En esta sentencia, la Corte amplió las medidas de protección establecidas a favor de las víctimas de secuestro a aquellas personas que fueran víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada. La Corte estableció que dicha extensión del ámbito de protección de la norma operaba con efectos retroactivos bajo el siguiente argumento:

> … la vulneración de la cláusula de igualdad de la Constitución Política a que viene haciéndose referencia, por déficit total de protección, resulta tan ostensible, que amerita, a juicio de esta Corporación, conferir efectos retrospectivos a la presente providencia. Esto es así, por cuanto las consecuencias han sido: de una parte, la desprotección absoluta de quienes han sido tomados como rehenes y sus familias; y, de otra, la posibilidad de acceso sólo a algunos de los beneficios incluidos en el régimen de protección en favor de las víctimas de secuestro, por las familias de los desaparecidos. Lo anterior es posible en consideración a que las conductas de toma de rehenes y de desaparición forzada de personas son delitos de ejecución permanente o continuada hasta tanto se produzca la liberación o se compruebe la muerte de la víctima[59].

---

58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-737 de 2001, fundamento jurídico 53. El texto de la parte resolutiva de esta sentencia es el siguiente: "Primero. Declarar inexequible la Ley 619 de 2000. Segundo: Conforme a lo expuesto en el fundamento 55 de esta sentencia, *los efectos de la anterior declaración de inexequibilidad quedan diferidos hasta el 20 de junio de 2002, a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expida el régimen que subrogue la Ley 619 de 2000*" (resaltado fuera de texto).

59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-394 de 2007. En la parte resolutiva del fallo, la Corte estableció: "Primero. Declarar exequible, por los cargos estudiados, el artículo 2.º de la Ley 986 de 2005 'por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones', en el entendido que también son destinatarios de los instrumentos de protección consagrados en dicha ley, las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y las personas que dependan económicamente de

Adicionalmente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la modulación de efectos de las decisiones de la Corte Constitucional constituye un mecanismo adecuado para reducir las tensiones entre la garantía de la eficacia normativa de la Constitución y el principio democrático. En concreto, las tensiones que se derivan de los exhortos que emite el tribunal para que el legislador expida una determinada ley dentro de un plazo también determinado[60].

El razonamiento de la Corte es que la tensión mencionada disminuye cuando el tribunal declara inconstitucional una ley, profiere un exhorto al legislador para que la modifique o derogue y modula los efectos de su decisión para que la inconstitucionalidad de la ley no tenga efectos inmediatos, sino que se concreten dentro de un plazo determinado. El objeto de ese plazo es que, para el momento en que se venza, el legislador haya cumplido con el exhorto proferido por el tribunal. Este criterio fue formulado de la siguiente manera en la sentencia C-366 de 2011:

> … la simple decisión de exclusión a futuro de la normativa correspondiente, impide que el legislador, a través de mecanismos deliberativos y con el respeto de los derechos de las minorías políticas, adopte una regulación que (i) fije reglas de derecho para la materia correspondiente; y (ii) resulte compatible con la Constitución. En contrario, la inexequibilidad diferida, sin bien constituye un sacrificio temporal en términos de vigencia del principio de supremacía constitucional, en cualquier caso, impide tanto la existencia de lagunas normativas que vulneran la Carta, como el vaciamiento de la competencia legislativa para regular la mencionada materia[61].

En el capítulo séptimo se analizarán con detenimiento este tipo de sentencias y se discutirán los argumentos para el ejercicio de esta facultad, a propósito de los modelos unilateral y bilateral de reparación de la discriminación normativa.

---

ellas. *Segundo. Conferir a esta sentencia efectos retrospectivos, en los términos señalados en el acápite final de la parte motiva*" (resaltado fuera de texto).

60 Cfr. Solano González, Édgar. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000 y Quinche Ramírez. *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 74-88.

61 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-366 de 2011.

8. SENTENCIAS INHIBITORIAS

De manera excepcional, el tribunal puede emitir sentencias inhibitorias en las que se abstiene de decidir de fondo una demanda. Aunque con estos pronunciamientos se pone fin al proceso de constitucionalidad, no se puede hablar de una decisión *stricto sensu* porque el tribunal no estudia ni se pronuncia sobre el fondo de la cuestión planteada por el demandante.

Las razones para que la Corte emita una sentencia inhibitoria son de distinta naturaleza. Aunque la mayoría de estas se puede agrupar bajo la cláusula general de la *ineptitud sustancial de la demanda*, vale la pena revisar algunos de los casos en los que el tribunal se ha inhibido y el supuesto concreto que fundamentó esa determinación[62].

La mayoría de las sentencias inhibitorias se produce cuando el magistrado sustanciador admite una demanda que no cumple con los requisitos necesarios. Las preguntas que surgen en esta hipótesis son las siguientes: ¿cuál es el fundamento para que la Corte emita una sentencia inhibitoria bajo el argumento del incumplimiento de uno de los requisitos de admisión de la demanda?, y, ¿cómo se explica que una demanda admitida por el magistrado sustanciador, que se supone cumple con los requisitos de admisión, no sea resuelta de fondo en la sala plena por el incumplimiento de esos mismos requisitos?

La respuesta a la primera pregunta es relativamente sencilla. La Corte sostiene que la sala plena tiene la competencia para revisar el estudio inicial que realizó el magistrado sustanciador que admitió la demanda. Como resultado de esa segunda pesquisa, la Corte puede encontrar un error que no era fácilmente identificable en la etapa de admisión y que, de haber sido detectado en esa primera fase, habría determinado una decisión de inadmisión de la demanda[63].

Sobre el segundo cuestionamiento, el tribunal responde que la admisión de la demanda no crea ninguna expectativa para el demandante, ni puede llevar a pensar que necesariamente la Corte se pronunciará de fondo. Adicionalmente, la sala plena puede considerar, en contra de lo decidido por el magistrado sustanciador, que la demanda no satisfacía las exigencias mínimas. En este último caso, una forma de subsanar el error de admisión es mediante una sentencia inhibitoria. Una decisión de fondo en este supuesto constituye –en el criterio

---

62 Un análisis estadístico de los motivos de inhibición de la Corte Constitucional en el periodo 1992-2010 se puede consultar en GÓMEZ-PINTO. "El control constitucional", cit., pp. 194-200.

63 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-374 de 2002.

de la Corte– un error adicional e instaura un sistema de control judicial de la ley de carácter oficioso y lesivo del principio democrático[64].

Los casos más frecuentes de sentencias inhibitorias se producen porque: i) la Corte carece de competencia[65]; ii) la norma objeto de la demanda no existe[66], ha sido derogada[67] o subrogada[68]; iii) la norma dejó de producir efectos[69]; iv) no se presentó un cargo o una acusación concreta de inconstitucionalidad[70], y v) existe caducidad de la acción contra actos reformatorios de la Constitución o vicios de procedimiento contra leyes ordinarias[71].

Las sentencias inhibitorias presentan objeciones desde el punto de vista de la discrecionalidad judicial, del acceso a la administración de justicia y del carácter público de la acción de constitucionalidad. En el primer caso, se acusa a la Corte de utilizar las sentencias inhibitorias para evadir o aplazar ciertas discusiones públicas. Por ejemplo, cuando se demanda una ley que pretende la declaratoria de igualdad de las parejas heterosexuales con las del mismo sexo

---

64 Para una visión de las sentencias inhibitorias como una expresión de la auto-restricción del propio tribunal, cfr. Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 678.

65 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-042 de 1995. El demandante pretendía la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, "Por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá".

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-332 de 1999. Aunque el demandante señaló los artículos 140, 348 y 351 del Código de Procedimiento Civil colombiano como objeto de la demanda, del contenido de la demanda se concluyó que era imposible contrastar la Constitución con una norma imaginada por el demandante.

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177 de 1994. La demanda se dirigía contra los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 45 de 1936.

68 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-451 de 1999. Sobre el precepto legal demandado, la Corte expresó en esta sentencia: "al haber desaparecido éste del mundo jurídico con la subrogación ya mencionada, resulta improcedente realizar un análisis del mismo al configurarse una ausencia de cargo de la violación, que obliga a esta sala plena a emitir de igual modo un pronunciamiento inhibitorio".

69 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537 de 1995. Sobre una de las normas demandadas la Corte expresó: "la Corte se declarará inhibida para conocer de la demanda formulada contra el artículo 7 de la Ley 12 de 1932, por cuanto la remisión que a esta ley hacen leyes posteriores –Leyes 69 de 1946 y 33 de 1968–, no hacen que aquella reviva. Como lo señala aquella en su artículo final, una vez que se pague este impuesto, desaparece ya que su creación fue en aquel momento temporal y extraordinaria –para obtener recursos para atender la guerra con el Perú–. Por lo tanto, la ley dejó de producir sus efectos, lo que obliga a un pronunciamiento inhibitorio de esta Corporación".

70 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-375 de 1999.

71 Gómez-Pinto. "El control constitucional", cit., p. 195.

en ámbitos como el matrimonio o la adopción de niños y niñas[72]. En el mismo sentido de esta crítica, la doctrina italiana ha denominado como *sentencias Pilatos* a este tipo de decisiones judiciales[73].

La segunda objeción pone el acento en la contradicción en el tribunal porque este admite una demanda, posteriormente declara que el escrito no cumplía con los requisitos y, finalmente, emite una sentencia inhibitoria. En tercer lugar, se sostiene que la Corte ha cualificado de manera desproporcionada los requisitos para que una demanda sea decidida de fondo. En este sentido, la crítica a las sentencias inhibitorias comparte los argumentos de quienes objetan el baremo de la Corte para evaluar los argumentos de la demanda.

Una forma de superar estas objeciones sería cualificar los procesos de admisión y establecer alguna forma de intervención del demandante que no le obligue a reiniciar todo el proceso de demanda de inconstitucionalidad ante una sentencia inhibitoria. La primera propuesta permitiría reducir las contradicciones entre un auto de admisión y una sentencia inhibitoria. La segunda, crearía una oportunidad para que, en los supuestos de ausencia de cargo concreto, pertinente o suficiente, el demandante subsanara su impugnación. De esta manera se evita que la Corte deba estudiar desde el principio una nueva demanda del mismo actor y en contra de la misma ley.

9. SALVAMENTOS Y ACLARACIONES DE VOTO

El último aspecto relevante de las sentencias son los salvamentos y las aclaraciones de voto. Estas herramientas tienen origen en los desacuerdos dentro del tribunal, los cuales son frecuentes y reflejan su composición plural que lo

---

72 La Corte Constitucional de Colombia se había inhibido de pronunciarse sobre las múltiples demandas ciudadanas que solicitaban la inexequibilidad de la definición civil clásica de matrimonio: cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010. En la Sentencia C-577 de 2011, la Corte declaró que la heterosexualidad no es una condición para conformar una familia, constató la existencia de un déficit de protección a las parejas del mismo sexo y profirió una orden al Congreso para que, dentro de los dos años siguientes, adopte los remedios legales necesarios para que las personas que integran estas parejas gocen de una garantía efectiva de sus derechos.

73 A propósito de una situación análoga en la *Corte costituzionale* italiana, cfr. CRIVELLI, ELISABETTA. "La tutela dei diritti fondamentali tra il ricorso diretto individuale alla Corte costituzionale e il ricorso a Strasburgo: spunti di riflessione per il sistema italiano". En RANDAZZO, BARBARA y D'AMICO, MARILISA (eds.). *Alle frontiere del diritto costituzionale*. Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 555.

enriquece, fortalece y obliga a interactuar con diferentes escuelas del pensamiento jurídico[74]. Los ciudadanos tienen el derecho a conocer la posición de cada magistrado respecto de la decisión de la Corte y estos, a su vez, tanto el derecho a expresarlo en la deliberación de la sala plena como a incluirlo en un escrito anexo al texto aprobado por la mayoría[75].

Respecto del texto de una sentencia, un magistrado puede formular una aclaración y/o un salvamento de voto[76]. Las aclaraciones son escritos mediante los cuales los magistrados del tribunal expresan su acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia pero se apartan de los argumentos utilizados en la parte motiva. Por su parte, un salvamento de voto es una manifestación del magistrado en el sentido de separarse del criterio mayoritario expresado en la resolución del problema jurídico. El salvamento es el medio por el cual el magistrado sustenta su voto en contra de la decisión mayoritaria.

Cuando el proyecto inicial de fallo es rechazado por la sala plena del tribunal y se designa a otro juez como ponente, el autor de la primera decisión minoritaria puede utilizar los argumentos del primer proyecto para elaborar su salvamento de voto a la sentencia que resulta finalmente aprobada.

---

74 Los tribunales cuyos jueces no pueden formular y publicar salvamentos de voto se denominan *colegiales*, por oposición a los tribunales en los cuales sus integrantes sí pueden escribir y hacer públicas sus disidencias respecto de la decisión mayoritaria. Estos últimos se denominan tribunales *plurales*. Sobre esta polémica y muy discutible distinción, cfr. Pasquino, Pasquale. "¿Cómo deciden las cortes constitucionales?". *Precedente*, vol. 9, 2016, pp. 9-43.

75 La afirmación de acuerdo con la cual los jueces tienen derecho a hacer salvamentos de voto y a publicarlos no se discute desde el punto de vista de la legislación colombiana. Sin embargo, a nivel académico y en el derecho comparado, los derechos de los jueces y la publicidad de sus opiniones disidentes son objeto de polémicas muy interesantes. Por ejemplo, se discute si el planteamiento y la publicación de una opinión disidente o concurrente integran el objeto protegido por el derecho a la libertad de expresión de los jueces como funcionarios públicos. Sobre el tema, cfr. Malem Seña, Jorge. "Libertad de expresión de jueces y magistrados". En Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.). *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 99-113.

76 "*Decisions are adopted by the affirmative vote of a majority of the members of the Court. Dissenting magistrates may express their opinions in separate documents attached to the judgment (*salvamentos de voto*). Justices who agree with the decision, but for reasons which are different or additional to those expressed by the majority, may write concurring opinions (*aclaraciones de voto*)*". Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 556.

Las sentencias deben ser divulgadas con todos los salvamentos y aclaraciones. Tanto el texto de la decisión como las opiniones de los magistrados que salvaron o aclararon el voto deben ser publicados en la *Gaceta Constitucional*[77].

La facultad de escribir un salvamento o una aclaración de voto por parte de un magistrado de la Corte Constitucional es muy importante en sistemas como el colombiano en el que las deliberaciones del tribunal son reservadas. Esta es la única vía para que la opinión pública conozca la conformación de la Corte, las divisiones internas y las diferentes posiciones asumidas por cada uno de sus miembros. Si las sesiones fueran públicas, los salvamentos y aclaraciones de voto tendrían una importancia menor porque, en principio, los ciudadanos podrían conocer directamente la intervención de cada uno de los integrantes de la Corte.

Adicionalmente, la importancia de las aclaraciones y salvamentos radica en la posibilidad de que, en el futuro, la Corte cambie de criterio. Además de constituir un ejercicio de responsabilidad individual, cada escrito de aclaración o salvamento contiene la aspiración legítima de cada magistrado de que su interpretación sea aceptada posteriormente o de que en el texto mayoritario se argumente respecto de las objeciones presentadas en el salvamento o aclaración. Esta tesis fue sustentada en una aclaración de voto a la Sentencia C-061 de 2008, en la que el magistrado disidente manifestó:

> En nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia, y dada la misión trascendental que cumplen las sentencias de la Corte de fijar el significado de la Constitución, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad, articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciando que no está de acuerdo con la Corte[78].

---

77 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 18.

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-061 de 2008. Aclaración de voto formulada por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Finalmente, los salvamentos y aclaraciones pueden ser formulados de manera individual o conjunta. En una misma decisión puede encontrarse una *disidencia solitaria* o una elaboración colectiva de los argumentos y objeciones al criterio que resultó mayoritario dentro de la Corte[79].

Esta descripción del funcionamiento del sistema colombiano de control de constitucionalidad, mediante la acción pública de constitucionalidad, permitirá tener una visión general para los siguientes capítulos. En estos se volverá sobre aspectos del diseño institucional colombiano y se profundizará en lo que sea pertinente con el fin de determinar las fortalezas, los problemas de este sistema y los argumentos que puede aportar en la defensa de su propia legitimidad democrática.

79 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816 de 2004. Salvamento de voto conjunto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis.

CAPÍTULO TERCERO

Objeciones funcionales al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad

En este capítulo se examinarán dos objeciones funcionales clásicas al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad: el riesgo de que existan demandas temerarias y la imposibilidad de que el tribunal constitucional responda al esperado aumento de procesos de control de constitucionalidad. El propósito de este capítulo es analizar las consecuencias de esas dos objeciones y, a partir de la práctica constitucional colombiana, presentar algunos argumentos que cuestionan el potencial de esos dos problemas para desaconsejar el establecimiento de mecanismos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la tesis que se defenderá en este tercer capítulo es la siguiente: a pesar de la importancia de las dos objeciones funcionales clásicas al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, estas no constituyen argumentos conclusivos para optar por otro tipo de modelos que restrinjan la participación ciudadana en el control de constitucionalidad. Por el contrario, estos dos problemas deben ser atendidos mediante el diseño concreto de los mecanismos de acceso y la incorporación de un sistema de filtros que evite las demandas temerarias y opere como regulador del número de procesos ante el juez constitucional.

1. El ideal kelseniano de acceso directo al control de constitucionalidad y las dos objeciones funcionales a la apertura del tribunal constitucional a la ciudadanía

Como se afirmó en el primer capítulo, en uno de sus más importantes escritos sobre la justicia constitucional, Hans Kelsen confirió un alto nivel de importancia al diseño del sistema de acceso al control de constitucionalidad. Para Kelsen existía una relación directa entre la forma de regular el acceso al control de constitucionalidad y el potencial del tribunal constitucional para cumplir con su objetivo de garantizar la eficacia normativa de la Constitución[1].

Además de poner en el centro del diseño de la justicia constitucional la cuestión de la legitimación activa, Kelsen formuló su propia idea sobre este

1 "¿Cuáles deben ser los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad? a) La cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución". Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 291.

aspecto. De acuerdo con su visión, el acceso de los particulares al tribunal constitucional era el mecanismo ideal de control de constitucionalidad porque constituía la mejor forma de asegurar que el tribunal constitucional cumpliera con su función de garante de la Constitución[2]. En sus propias palabras:

> La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente, la más radical satisfacción[3].

En un artículo publicado posteriormente, en el que comparaba los modelos norteamericano y austriaco de control de constitucionalidad, Kelsen reconoció que los problemas de funcionamiento del sistema de *judicial review* de Estados Unidos habían sido su inspiración para proponer la *actio popularis* como la mejor forma de hacer posible la garantía de la Constitución. Estos mismos factores lo habían llevado a inclinarse definitivamente por modelos que privilegiaran la defensa de la supremacía constitucional como una cuestión de interés público[4].

Respecto del modelo estadounidense, Kelsen se oponía a que la supremacía de la Constitución dependiera de un procedimiento incidental. También criticó que el mecanismo de protección de la Constitución quedara librado a la circunstancia eventual de que, en cada caso concreto, existiera un interés particular de una de las partes. Finalmente, puso en evidencia los desequilibrios propios del modelo norteamericano de control de constitucionalidad. Por una

---

2 En el mismo sentido, Ferreres sostiene que el interés público en la constitucionalidad de las leyes justifica una ampliación del acceso al control de constitucionalidad. Bajo el esquema de este trabajo, su propuesta es superar los modelos de acceso por intermedio de funcionarios y de acceso interesado. Aunque no lo señala expresamente, el único modelo que supera a los dos anteriores en mayor acceso es el de acción pública de constitucionalidad: "Podemos argumentar que la comunidad política como un todo debería estar interesada en el debate acerca de la constitucionalidad de las leyes, por lo que el proceso de control judicial debería estar abierto, no sólo a aquellos individuos (o grupos) personalmente afectados de manera más inmediata en sus intereses, sino también a otros actores". Ferreres Comella. *Una defensa del modelo*, cit., p. 106.

3 Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 291.

4 "*It was especially the experience of the constitutional practice in the United States which influenced the regulation of this question in the Austrian Constitution*". Kelsen. "Judicial review of legislation", cit., p. 194.

parte, el contraste entre la amplia facultad del Gobierno de la Federación para solicitar la revisión de una norma estatal contraria a la Constitución, frente a los límites impuestos a los Estados para someter a control de constitucionalidad una norma federal. Por otra, la existencia de una asimetría procesal a favor de ley. Esta se concretaba en dos facultades del Gobierno federal: intervenir en cualquier proceso en el que se examinara la constitucionalidad de la ley y recurrir ante el Tribunal Supremo las decisiones judiciales en las que se considerara que la ley era inconstitucional[5].

Dentro del esquema de Kelsen no era correcto afirmar que el modelo norteamericano tenía un alto nivel de eficacia para proteger la constitucionalidad del ordenamiento jurídico. Especialmente porque el funcionamiento concreto del sistema incluía un desequilibrio procesal interno, por el cual eran convocadas más voces para defender la constitucionalidad de la ley (la parte en el proceso y el Gobierno federal) que las voces que podían desarrollar los fundamentos sobre la potencial inconstitucionalidad de la ley.

En el mismo artículo, Kelsen señaló que en el proceso constituyente austriaco de principios de siglo no se habían acogido las propuestas de incorporar una *actio popularis* que permitiera a cualquier ciudadano presentar una demanda en contra de la constitucionalidad de una ley. En Austria también se había rechazado la creación de un fiscal general de la constitucionalidad encargado de atacar ante el tribunal constitucional todas las leyes que generaran dudas de compatibilidad con la norma fundamental del ordenamiento[6].

No obstante, detrás del bajo nivel de aceptación de las dos ideas anteriores (*actio popularis* y fiscal de constitucionalidad) se encontraba el propio Kelsen.

---

5 Para el momento en que Kelsen escribió el artículo, de acuerdo con la *Judiciary Act* de 1937, los Estados que consideraban inconstitucional una ley federal y pretendían cuestionarla ante los tribunales debían ser parte de un proceso en contra del funcionario federal encargado de aplicarla, así como demostrar un interés que fuera más allá de la simple constitucionalidad de la ley. Por ejemplo, debían acreditar que la ley impugnada comprometía bienes del Estado o bienes públicos. Cfr. KELSEN. "Judicial review of legislation", cit., pp. 193 y 194.

6 "*When the Constitution of 1920 was prepared two other methods for putting into motion the judicial review of legislation were discussed. The first was to grant to every citizen the right to make an application to the Constitutional Court which would have been obliged to pass upon the validity of the statute. It was a kind of actio popularis in constitutional questions. The second possibility was to institute at the Constitutional Court the office of a General Prosecutor in charge of the protection of the Constitution. His function would have been to examine all federal and state statutes and to submit those of doubtful constitutionality to the consideration of the Constitutional Court. Neither of these methods was utilized*". Ibíd., p. 197.

Él mismo había advertido sobre los dos riesgos que se creaban al permitir un amplio acceso al control de constitucionalidad. En su criterio, el alto grado de apertura de la justicia constitucional era un proyecto impracticable porque "entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos"[7].

Por esa razón, extraña que algunos autores señalen –equivocadamente– que Kelsen se atribuyó la idea de la acción pública de constitucionalidad como eje central de la justicia constitucional[8]. Como se acaba de referir, Kelsen hizo referencia a este mecanismo como un ideal atravesado por dos grandes problemas que impedían aconsejarlo como parte del diseño del control concentrado de constitucionalidad; es decir que hizo referencia al mecanismo, pero no lo apoyó como una respuesta al modelo norteamericano.

Los potenciales usos temerarios del mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad y el temor por el aumento de las demandas de constitucionalidad coinciden con las primeras preguntas que se formulan a quienes proponen un diseño institucional que incorpora la legitimación de la ciudadanía para demandar las leyes ante el tribunal constitucional: ¿cómo evitar que se demanden leyes por motivos banales, irrelevantes, meramente personales o, incluso, por motivos contrarios a los valores públicos que expresa el texto constitucional?; y, ¿cómo puede un tribunal constitucional responder al esperable crecimiento de recursos en contra de las leyes cuando se abren las puertas de acceso al control de constitucionalidad para todos los ciudadanos?

Estas dos preguntas reflejan adecuadamente dos objeciones que en este trabajo se han denominado funcionales. Esa calificación significa que estos dos reparos formulados al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad no se dirigen a cuestionar directamente los efectos para el sistema democrático de la existencia de una acción pública de constitucionalidad. Por el contrario, quienes formulan estas objeciones le pueden conferir –como Kelsen– un alto valor al acceso de la ciudadanía a los tribunales constitucionales, pero encuentran implausible su aplicación por problemas intrínsecos al funcionamiento concreto del mecanismo.

Ahora bien, la calificación de funcionales no descarta la relación entre estas objeciones y otras de tipo democrático. Es decir, no se omite que pueden existir posiciones críticas frente al acceso directo al control de constitucionalidad que

---

7 Kelsen. "La garantía jurisdiccional", cit., p. 291.

8 Esguerra. *La protección constitucional*, cit., p. 328.

basan sus argumentos en la objeción contramayoritaria y, al mismo tiempo, se preocupan por las dificultades prácticas del mecanismo de acceso directo, o que tales problemas refuerzan sus reparos a abrir la puerta de los tribunales constitucionales a la ciudadanía.

Por esa razón, a continuación se profundizará en cada una de las dos objeciones para analizar su relevancia y sus consecuencias. Se trata de un paso previo necesario con el fin de formular una propuesta de solución o de mitigación de estos dos riesgos. Tal propuesta tendrá como base la práctica del modelo colombiano de control de constitucionalidad. De esta manera se espera responder a quienes solamente tienen objeciones de tipo funcional al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad o disminuir la fuerza de la conexión entre las objeciones funcionales y los potenciales problemas democráticos de mecanismos como la acción pública de constitucionalidad.

2. EL RIESGO DE LAS DEMANDAS TEMERARIAS

Como ya quedó enunciado, al abrir las puertas del control de constitucionalidad a los ciudadanos aumenta el riesgo de que se presenten demandas temerarias. En Colombia, por ejemplo, la práctica de la Corte Constitucional presenta un amplio desarrollo del concepto de temeridad en materia del sistema judicial –en general– y de la acción de tutela –en particular–. Para el tribunal colombiano, la temeridad en materia de acción de tutela es un acto contrario a la buena fe que se presenta cuando concurren los siguientes elementos: i) identidad de partes, hechos y pretensiones y ii) inexistencia de justificación razonable para la presentación de la nueva demanda[9].

Además, en materia de control de constitucionalidad se han diseñado mecanismos para evitar el acceso de demandas de inconstitucionalidad temerarias. Estas herramientas han surgido, precisamente, a partir del reconocimiento de que la temeridad es un riesgo que ha preocupado desde los mismos orígenes del control de constitucionalidad pero que, no obstante esta contingencia, se trata de un aspecto que no afecta solamente a los procesos que se desarrollan ante los tribunales constitucionales.

---

9 La línea jurisprudencial sobre la temeridad en acciones de tutela se puede construir a partir de la lectura de las siguientes sentencias: T-058 de 2013, T-053 de 2012, T-266 de 2011, T-560 de 2009, T-502 de 2008, su-154 de 2006, T-1034 de 2005, T-986 de 2004, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-707 de 2003, T-566 de 2001, T-009 de 2000, T-001 de 1997, T-443 de 1995, T-308 de 1995 y T-149 de 1995.

Por el contrario, la temeridad también ha sido analizada, y con mayor profundidad, fuera de la teoría de la justicia constitucional por parte de quienes se han dedicado a la investigación del sistema judicial en general. De allí que los mayores estudios sobre la temeridad se encuentren en el ámbito del derecho penal, del derecho civil y de la teoría general del proceso.

Ahora bien, en este capítulo no se elaborará la tesis del carácter superfluo de la temeridad en las acciones públicas de constitucionalidad por el hecho incontrovertido de que este es un riesgo que afecta a todo el sistema judicial. Por el contrario, tal advertencia obliga a realizar un breve examen al fenómeno de la temeridad en las demás áreas del derecho porque resulta evidente que este análisis puede contribuir a la construcción de una idea de temeridad en materia constitucional, a deslindarla de la temeridad en otras disciplinas y a establecer los elementos que resultan comunes.

1.1. LA TEMERIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

De manera general, la temeridad en el sistema judicial ha sido considerada como un acto contrario al principio de buena fe. Así sucede desde el derecho romano del periodo de la República, en el que se estableció la denominada *exceptio doli generalis seu praesentis*[10]. Esta excepción era una herramienta de defensa judicial que podía ser invocada por el demandado, cuando este era llevado ante el pretor por un demandante que era consciente de la inexistencia de una causa que fundamentara sus pretensiones (dolo). Desde entonces se ha considerado que la *exceptio doli* es uno de los instrumentos procesales más eficaces para evitar que ingresen al sistema judicial pretensiones irrelevantes, superfluas o carentes del mérito suficiente para poner en movimiento a la administración de justicia[11].

Desde la teoría general del proceso se afirma que la figura de la temeridad y sus sanciones correlativas tienen como fundamento el hecho incuestionable

---

10 "*[I]l* dolus praesens *ha un significato del tutto diverso, comprensivo di qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, in virtù della quale la persistenza dell'attore nella domanda diretta al riconoscimento della pretesa da lui dedotta in giudizio risulti contraria alla* bona fides". TORRENTE, ANDREA. "Eccezione di dolo". En *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 218.

11 Cfr., sobre la *exceptio doli*, BURDESE, ALBERTO. *Manuale di diritto privato romano*. 4.ª ed., UTET, Torino, 2000, p. 505 y AZARA, ANTONIO y EULA, ERNESTO. "Exceptio doli". En *Novissimo Digesto Italiano*. UTET, Torino, 1957, pp. 1072-1074.

de que las partes comprometidas en un proceso representan intereses contrapuestos. En virtud de esa situación, alguna de las dos partes puede utilizar medios contrarios a la buena fe con el fin de iniciar un proceso sin justa causa, obtener una ventaja en una decisión interlocutoria o resultar favorecido en la sentencia que ponga fin al proceso[12].

Frente a las acciones temerarias se puede reaccionar de diferentes maneras. La mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen mecanismos a propósito, como, entre otros, la inadmisión de la demanda, las nulidades procesales, la imposición de multas, el pago de costas, el resarcimiento de perjuicios y la aplicación de sanciones penales[13].

Además de las mencionadas sanciones frente a la temeridad, las otras formas de respuesta a este tipo de actuaciones procesales tienen un carácter reparador del daño o lesión causada a la administración de justicia y a la parte afectada por la acción temeraria. De allí que la doctrina se haya concentrado en buscar los mecanismos idóneos para disuadir a las partes de incurrir en acciones contrarias a la buena fe, así como en los medios necesarios para compensar los daños sufridos por la parte afectada cuando la disuasión no ha sido efectiva. Sobre este punto, Devis Echandía sostiene: "La violación de los deberes de actuar con buena fe en el proceso, se garantiza con sanciones penales en los casos de perjuicio, colusión, falsas imputaciones, encubrimiento; pero también con la imposición de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados"[14].

De acuerdo con lo anterior, los elementos esenciales de la temeridad son los siguientes: i) la existencia de un acto procesal contrario al deber general de buena fe; ii) el acto temerario debe ser doloso, esto es, presuponer el conocimiento sobre el carácter infundado de las pretensiones; iii) la actuación temeraria constituye un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia; finalmente, iv) la existencia de la figura jurídica de la temeridad

---

12 "El proceso no es una guerra en la cual el fin justifique los medios empleados para obtener la victoria, así sean inmorales, deshonestos o desleales. De ninguna manera. El Estado presta servicio público de justicia, a un tremendo costo, para que se tutelen por conducto de los jueces los derechos subjetivos de las personas, su libertad y su honor, con el fin primordial de mantener la armonía y la paz sociales; pero de dicho servicio debe hacerse uso con estricta sujeción a la ley, la moral, la buena fe y la prudencia". Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, t. II, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1985, pp. 441 y 442.

13 Cfr. Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso de Colombia, arts. 78.2, 79, 80 y 81, y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 2013.

14 Devis Echandía. *Teoría general*, cit., p. 442.

tiene un carácter relacional o tutelar de los intereses de quien es víctima del acto contrario a la buena fe.

Los anteriores elementos definitorios de la temeridad sugieren que el temor kelseniano por la existencia de demandas temerarias ante el tribunal constitucional era, en realidad, la transposición de un riesgo que siempre ha estado presente en todo el sistema judicial. Sin embargo, es necesario examinar los tipos de temeridad que se pueden presentar en el control de constitucionalidad y sus particulares consecuencias en los procesos ante el tribunal constitucional. Estos son los presupuestos para construir o presentar los mejores mecanismos para evitar este tipo de acciones cuando se establece el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

1.2. LA TEMERIDAD EN LAS ACCIONES PÚBLICAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Lo primero que debe observarse sobre la temeridad en materia de acciones de constitucionalidad es que la estructura del proceso de control centralizado y abstracto de constitucionalidad es diferente a la de un proceso civil, penal o laboral. El elemento esencial de distinción es que en la revisión judicial de la ley no existe el esquema clásico de contraposición de intereses entre un demandante y un demandado[15].

Es cierto que en el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad existe un actor o demandante de la ley cuyas pretensiones se dirigen contra un acto del legislador. También el legislador puede concurrir al proceso para defender la constitucionalidad de la ley. Finalmente, puede haber intervinientes, quienes en los escritos que remiten al tribunal o en las audiencias públicas expresan visiones contrapuestas sobre la conformidad de una norma con la Constitución. Sin embargo, la diferencia relevante entre un proceso de la jurisdicción ordinaria y el control de constitucionalidad es que la decisión de la Corte Constitucional no se dirige a conferir prevalencia al

15 "La exigencia de argumentación es especialmente sensible en los casos de ejercicio del control abstracto, donde no hay partes en sentido procesal sino tan solo participantes e intervinientes. En esta medida y como no hay propiamente pretensiones ni partes planteando posiciones en litigio, lo que se impone son interpretaciones y declaraciones del tribunal". QUINCHE RAMÍREZ. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 145.

interés de alguno de los sujetos que participan en el proceso, sino a calificar la validez constitucional de la ley objeto de la demanda[16].

De acuerdo con lo anterior, la temeridad en el proceso de acción pública de constitucionalidad se aleja de los elementos enunciados anteriormente como parte esencial de la temeridad en la teoría general del proceso. En concreto, dentro de la temeridad en materia constitucional no se incluye el contenido tutelar de los derechos e intereses de los particulares que fueron llevados injusta e innecesariamente ante los tribunales. En otros términos, la temeridad en su dimensión relacional interesa menos a efectos del control de constitucionalidad porque en el sistema de control abstracto no existen partes en sentido estricto[17].

La inexistencia de partes procesales en el control de constitucionalidad no excluye la posibilidad de que un grupo de personas pueda resultar afectado con la decisión que sobre la (in)constitucionalidad de una ley adopte el tribunal constitucional. Por el contrario, si se comparan con la mayoría de decisiones de los procesos ordinarios, quizás las decisiones sobre la compatibilidad de una ley con la Constitución pueden afectar a un número mayor de individuos.

No obstante, no se debe perder de vista que la afectación a una persona o grupo por una decisión de (in)constitucionalidad de un acto del legislador tiene como causa la invalidación de una ley contraria a la Constitución o la confirmación de la validez de una ley. En consecuencia, en estos casos, el interés de la persona o grupo se verá afectado porque carecía de respaldo constitucional la ley que equívocamente lo tutelaba, o bien porque la ley que lo afectaba desarrollaba válidamente los valores públicos de la Constitución.

---

16 Sobre la singularidad del proceso de control de constitucionalidad y el carácter periférico del esquema clásico binario del proceso judicial ha señalado Hübner Mendes, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 73: "*Adjudication finally proves to be an inappropriate word for reasons that will become clearer. The job of constitutional courts is, at best, a sui generis stripe of that decision-making pattern. In a constitutional court, the chief coordinates of adjudication wane. Disputes at such institutional context go beyond the adversarial forensic battle. Even when the process is formally structured around a plaintiff and a defendant, and even if the court is asked to manifest itself through the binary code of constitutionality and unconstitutionality, these adjudicative-type dichotomies are peripheral*".

17 De acuerdo con Esguerra. *La protección constitucional*, cit., p. 375, en el proceso de la acción pública de constitucionalidad, "el demandante no tiene una contraparte propiamente tal. Su pretensión no se formula contra nadie, ya que en realidad se contrae a la solicitud de que se declare la inexequibilidad de una determinada ley que se estima contraria a la Constitución". Más adelante insiste: "De la forma en que está construido el trámite procesal de esta acción se desprende claramente que en Colombia el juicio se adelanta contra la propia ley" (ibíd., p. 377).

Por otra parte, a diferencia de los procesos ordinarios, en el ámbito del control de constitucionalidad también operan otros aspectos intrínsecos que disminuyen la importancia de las demandas temerarias. En concreto, la presunción de constitucionalidad de la ley sugiere que algunas formas de temeridad son irrelevantes. Como se verá más adelante, la aplicación de este principio frente a demandas que carecen de fuerza argumentativa implica que, en esos casos, el juez siempre proferirá una decisión de inadmisión, de inhibición o desestimatoria, con el fin de evitar que cualquier cuestionamiento ponga en peligro la integridad del ordenamiento jurídico. De esta manera, lo que *ab initio* parecía una gran amenaza para el sistema de control de constitucionalidad se convierte en un caso fácil para el juez constitucional.

Adicionalmente, la temeridad en el control de constitucionalidad pierde relevancia en la medida en que se consideran las consecuencias de que una demanda de tal carácter logre evadir el sistema de filtros, sea admitida y decidida de fondo por el tribunal. Si esto sucediera en la jurisdicción ordinaria, se habrían causado los perjuicios que el sistema pretende evitar. En efecto, se habría llevado a un particular ante los tribunales, se le habría obligado a defenderse y asumir la carga de un proceso sin que existiera una causa justa para proceder de esa manera.

A pesar de que el objetivo de la temeridad en materia de control de constitucionalidad también es evitar el acceso al tribunal de ese tipo de acciones, los errores del sistema de filtros no causan inmediatamente un perjuicio. Como se acaba de describir, ante una demanda que logra evadir el sistema de filtros, cobran relevancia otros elementos, como el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes o la conveniencia de que la demanda temeraria sea conocida y decidida de fondo por la Corte Constitucional como un mecanismo idóneo para despejar definitivamente las dudas sobre la constitucionalidad de una ley. En cualquier caso, ningún particular podrá aducir que ha debido asumir una carga o que se le ha causado un daño como consecuencia de una demanda de constitucionalidad temeraria finalmente decidida por la Corte.

Esta última idea sugiere que el problema del acceso de demandas temerarias al control de constitucionalidad debe ser atendido mediante el sistema de filtros. Adicionalmente, los errores en que pueda incurrir este sistema no producen las consecuencias lesivas que producirían en la jurisdicción ordinaria. Como se verá más adelante, el acceso reiterado de demandas temerarias a la Corte Constitucional adquiere mayor relevancia por la objeción del aumento del número de procesos que por la temeridad en sí misma.

En definitiva, la temeridad en el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad también es un acto contrario a la buena fe y un ejercicio abusivo y, por tanto, no protegido del derecho político a presentar acciones de constitucionalidad. Esta se configura cuando el demandante actúa de manera dolosa, es decir, con conocimiento de la inexistencia de fundamentos jurídicos para declarar la inconstitucionalidad de la ley, con la certeza de la conformidad de la ley con la Constitución o con propósitos diferentes a los directamente relacionados con la defensa de la Constitución.

En lo que sigue del texto se enunciarán seis casos especiales de temeridad en el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, se describirán sus elementos esenciales y se analizarán sus consecuencias. Al final de esta clasificación se procederá a estudiar la segunda objeción funcional al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

1.2.1. DEMANDAS PRESENTADAS SIN FUNDAMENTO JURÍDICO

El primer caso de temeridad ante el tribunal constitucional tiene relación con un elemento clásico de este tipo de acciones contrarias a la buena fe: la conciencia de carecer de fundamento jurídico o, como se denominó en el derecho romano, el dolo presente. Los elementos de este supuesto de temeridad son: i) la existencia de una norma que es claramente compatible con la Constitución y ii) el conocimiento por parte del demandante del elemento (i).

A pesar de que esta primera forma de temeridad por ausencia de fundamento jurídico coincide con la advertencia más intuitiva que surge frente al acceso directo al control de constitucionalidad, también es la más débil o discutida. En efecto, una de las primeras prevenciones frente a mecanismos como la acción pública de constitucionalidad consiste en señalar que la apertura de la Corte Constitucional a los ciudadanos provocará que estos presenten una gran cantidad de demandas ante el tribunal, incluso cuando los propios ciudadanos conozcan que sus pretensiones no tienen respaldo en los valores públicos de la Constitución.

Las preguntas que se podrían formular para refutar ese argumento son las siguientes: ¿cómo determinar que una acción es temeraria por carecer de fundamento jurídico?, o, en otras palabras, ¿cómo acreditar la existencia del primer elemento de esta forma de temeridad que se refiere a la existencia de una ley claramente compatible con la Constitución?

El problema de la temeridad por carencia de fundamento de la demanda es que el carácter general, abstracto, ambiguo y vago de las disposiciones constitucionales y legales aumenta la dificultad para determinar los supuestos en los que una demanda corresponde a un capricho, a un deseo deliberado del demandante o está dirigida verdaderamente a fundamentar la incompatibilidad entre una ley y la Constitución.

A pesar de lo anterior, se puede identificar un caso en el que existe la intención del demandante de presentar un escrito carente de fundamentos jurídicos. Para este enfoque resulta interesante un estudio sobre el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad en Colombia en el cual se afirma que, en ese ordenamiento, se presenta un fenómeno de instrumentalización del mecanismo de acceso a la justicia constitucional[18].

De acuerdo con ese trabajo, un ejemplo de uso ilegítimo de la acción pública de constitucionalidad consiste en que una parte del sector empresarial ha optado por demandar sistemáticamente y con argumentos superfluos las leyes tributarias o de contenido económico con el fin de obtener una decisión que confirme la constitucionalidad de estos actos normativos. El objetivo último de esta práctica es evitar que, en el futuro, los privilegios y exenciones que benefician a las empresas sean declarados inconstitucionales mediante demandas más sólidas presentadas por otros ciudadanos. De esta manera, las empresas utilizan la cosa juzgada constitucional como una forma de reducir el riesgo que comporta el bajo nivel de seguridad jurídica de un sistema en el que las leyes pueden ser demandadas en cualquier momento y por cualquier persona[19].

De acuerdo con lo anterior, ante el riesgo de que la Corte invalide una determinada ley, las empresas optan por elaborar demandas que cumplan con los requisitos de admisión de la acción pública de constitucionalidad pero que, al mismo tiempo, no tengan fundamentos suficientes para declararla inconstitucional. De esta manera, habría una intención explícita de inducir al juez constitucional a emitir una sentencia que confirme la presunción de constitucionalidad de la ley. En virtud del efecto de cosa juzgada, se crearía un efecto disuasorio respecto de la presentación de nuevas demandas de

---

18 Cfr. Rodríguez. *Minorías, acción pública*, cit., pp. 277 y 278.

19 El argumento de la inseguridad jurídica y los problemas para atraer inversión extranjera derivados de un sistema de acción pública de constitucionalidad han sido planteados por Clavijo, Sergio. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000". *Revista de Derecho Público*, n.º 12, 2001, pp. 30-37. Se ha hecho referencia a esas críticas y se han refutado en Roa Roa. "El incidente de impacto fiscal", cit., pp. 1-22.

constitucionalidad por parte de quienes efectivamente consideran que el acto normativo es contrario a la Constitución.

Además de la instrumentalización de la acción pública de constitucionalidad y del aumento del número de procesos de constitucionalidad que esta dinámica conlleva, el efecto más grave que se atribuye a esta práctica es que ha transformado la presunción de constitucionalidad de la ley en una presunción de inconstitucionalidad. La consecuencia de esta transformación es que se cree que las normas son inconstitucionales hasta que tal creencia se desvirtúa porque el juez constitucional ratifica que la ley es compatible con la Constitución.

El argumento de la inversión de la presunción de constitucionalidad de la ley en una presunción de inconstitucionalidad constituye, en realidad, una objeción recurrente que se formula frente a la existencia de sistemas de control de constitucionalidad. Esta crítica también se ha planteado en diseños que no pertenecen al modelo de acceso directo sino al modelo de acceso por intermedio de funcionarios. Por ejemplo:

> Creo que lo urgente en lo que se refiere a la legitimidad de ejercicio en la justicia constitucional es que esa legitimidad no se convierta nunca en una deslegitimación de la ley, es decir, que la legitimidad de la justicia constitucional no suponga infravalorar o debilitar el estatuto de la ley, que la ley no se convierta en algo permanentemente bajo sospecha[20].

En el estudio sobre el modelo colombiano no se cita ningún caso concreto de instrumentalización de la justicia constitucional, pero no es descartable que esta práctica ocurra efectivamente. Sin embargo, parece exagerada la atribución de unas consecuencias estructurales negativas, como la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes. La tesis según la cual, en virtud de la existencia de la acción pública de constitucionalidad, se ha minimizado o anulado la presunción de constitucionalidad de las leyes desconoce que el alto grado de apertura a la ciudadanía del control de constitucionalidad en Colombia lleva ínsita la exigencia de movilización ciudadana, omite que la revisión oficiosa de los actos normativos es excepcional y contrasta con la lógica del proceso de control de constitucionalidad regido por la presunción de validez de las leyes desde la admisión de las demandas hasta la decisión de las mismas.

---

20 Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 539.

Adicionalmente, para controvertir la idea de la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes es necesario resaltar que en Colombia operan excepcionalmente mecanismos de revisión previa de constitucionalidad que podrían estar relacionados con la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Este tipo de mecanismos está restringido a los proyectos de leyes estatutarias y orgánicas y a las leyes aprobatorias de tratados internacionales. No obstante, en estos casos la revisión es automática y, en consecuencia, la acción pública de constitucionalidad no tiene incidencia sobre la posible reducción de la presunción de constitucionalidad de estos actos normativos.

Por otra parte, sostener que la existencia de una acción pública de constitucionalidad o su instrumentalización causan una negación de la presunción de constitucionalidad de las leyes es contrario a las dificultades que comporta la elaboración de una demanda de constitucionalidad con los méritos suficientes para que esta sea admitida y que, al mismo tiempo, sus pretensiones sean resueltas desfavorablemente. Por el contrario, lo más probable es que una demanda de baja calidad argumentativa no sea admitida por carecer de argumentos suficientes que pongan en tela de juicio la presunción de constitucionalidad de la ley (suficiencia de los argumentos) o que una demanda de calidad media sea bien valorada por el tribunal, se aplique el principio *pro actione* para admitirla y se acojan las pretensiones en contra del interés corporativo que motivó a la empresa. En todo caso, se encuentra más allá de toda duda que lo más difícil de obtener es el punto medio entre la solidez argumentativa que permite superar el umbral de admisión y la baja idoneidad de los argumentos para evitar el riesgo de que la Corte declare inconstitucional la ley cuya constitucionalidad pretendía confirmar el actor.

Dentro de la lógica del argumento, las empresas estarían asumiendo un alto costo en demandas que no resultan admitidas por el tribunal o un alto riesgo por demandadas que, pese a ser admitidas, pueden conducir a que la Corte declare la inconstitucionalidad de las leyes que, precisamente, pretendían blindar mediante la instrumentalización de la acción pública de constitucionalidad y de la cosa juzgada constitucional. Aún más, si la lógica del acceso ilimitado al control de constitucionalidad se lleva al extremo, las empresas no obtendrían ninguna seguridad derivada del éxito de su estrategia porque, en cualquier momento, un ciudadano podría demandar la misma ley con otros argumentos o bajo la solicitud de que el juicio de contraste se realice respecto de otras disposiciones constitucionales.

Ahora bien, al margen de la solidez del análisis, lo importante de la crítica es que permite aclarar que la posible temeridad por la presentación de una

demanda sin fundamento jurídico tiene una respuesta dentro del diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad. La propia Corte Constitucional de Colombia tiene un criterio muy claro sobre la manera como se debe proceder en este tipo de casos:

> … si el accionante formalmente invoca una disposición constitucional, pero en realidad ésta no existe, o formula un cargo que conforme a clarísima y reiterada jurisprudencia sin ningún lugar a dudas es totalmente infundado, o plantea una inconstitucionalidad sin una menuda diafanidad, el magistrado ponente debe inadmitir la demanda a fin de permitir al actor que efectúe la correspondiente corrección o, en caso de que no se cumpla con esa carga, proceder a su rechazo definitivo. En efecto, en función de la economía procesal y para el mejor ejercicio de la delicada función de la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución que corresponde a la Corte (C.P. arts. 209, 228 y 241), no hay razón para que esta Corporación admita demandas que evidentemente no están llamadas a prosperar por carencia de señalamiento de una norma constitucional posiblemente infringida, o por ausencia de cargo, o por falta de claridad en la formulación del concepto de violación, puesto que se estarían utilizando importantes recursos estatales para una labor que no beneficia a ninguna persona ya que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda[21].

En consecuencia, el mecanismo de respuesta de la Corte Constitucional frente a demandas sin fundamento jurídico se concreta en el mismo baremo para cualificar los argumentos de las demandas. Como el mencionado sistema de filtros forma parte esencial de la respuesta a las objeciones funcionales al acceso directo al control de constitucionalidad en Colombia, se volverá sobre este y se detallará su funcionamiento en la parte final de este capítulo.

1.2.2. Demandas presentadas con el fin de satisfacer un interés contrario a la constitución del cual es titular el demandante

Como se deriva de la especial estructura del proceso de control abstracto de constitucionalidad, frente a la estructura adversarial del proceso general, el segundo caso de temeridad en las acciones públicas de constitucionalidad se presenta cuando la demanda de constitucionalidad tiene como fundamento

---

21 Corte Constitucional de Colombia. Auto 109 de 2003, fundamento jurídico IV.

exclusivo la satisfacción directa o indirecta de un interés contrario a la Constitución y del cual es titular el propio demandante.

En primer lugar, una persona puede elaborar y presentar una demanda de constitucionalidad contra una ley que le causa un perjuicio o no le beneficia de acuerdo con sus expectativas. Esa persona puede actuar de esta manera incluso cuando considera que la ley es compatible con la Constitución. Para que se configure este caso de temeridad deben concurrir los siguientes cuatro elementos: i) la existencia de una norma que es compatible con la Constitución, ii) un perjuicio o afectación a un interés del demandante derivado de esa ley, iii) el conocimiento por parte del demandante de que la ley es compatible con la Constitución y iv) la actuación de la impugnante exclusivamente motivada en la eliminación o disminución del perjuicio que le causa la ley.

La inclusión de esta hipótesis dentro de los supuestos de temeridad no quiere decir que el control de constitucionalidad no pueda contribuir a evitar perjuicios a los intereses de los ciudadanos o que sea censurable que una decisión de la Corte Constitucional pueda favorecer a determinados sectores de la sociedad. Aún más, como quedó establecido en el primer capítulo, existen diseños de acceso al control de constitucionalidad que exigen expresamente que los demandantes demuestren un interés directo en la comprobación de la constitucionalidad de la ley, como una condición previa para que puedan interponer una demanda contra un acto del legislador.

En este caso, el acto temerario no está constituido solamente por el ánimo de satisfacer un interés personal, sino que esa intención va acompañada del conocimiento o consideración (dolo), por parte de quien demanda la norma, de que el acto es compatible con la Constitución. En esta situación, la pretensión de inconstitucionalidad no merece mayor estudio, con independencia de que se trate de un sistema de acción pública de constitucionalidad o de uno de acceso interesado.

Para que se configure la temeridad por satisfacción de un interés personal del demandante se exigen, conjuntamente, los requisitos de persecución de un interés personal (contrario a la Constitución) y el conocimiento de la compatibilidad de la ley con la Constitución. Esta exigencia permite distinguir este caso de temeridad de otras hipótesis de acciones constitucionales que también tienen como objetivo la satisfacción de un interés individual o colectivo pero que no se pueden considerar temerarias porque se basan en una duda razonable del ciudadano sobre la constitucionalidad de una ley que, además, le perjudica.

Por ejemplo, no se podría tener por temeraria una demanda presentada por alguno o varios de los miembros de una minoría que ha sido discriminada por

un acto del legislador. A pesar de que la demanda de un grupo minoritario y discriminado persigue la inconstitucionalidad de la ley y de que tal declaración beneficiaría a los propios demandantes, en esta hipótesis no se presentan el primer y el tercer elemento de la temeridad por satisfacción de un interés personal. En efecto, en este supuesto los demandantes acuden al tribunal constitucional precisamente porque consideran que la ley que les discrimina es contraria a la Constitución y, con base en esa convicción, fundamentan sus argumentos en contra de la constitucionalidad de la ley.

En segundo lugar, bajo esta forma de temeridad se debe considerar a los denominados demandantes asiduos, cuyo interés personal proviene de una vía indirecta que no tiene relación específica con el resultado del juicio de constitucionalidad, sino con la instrumentalización de la acción pública como medio para obtener reconocimiento social.

En efecto, es posible pensar en la existencia de dos tipos de demandantes asiduos. Por una parte, quienes, al margen de la duda de constitucionalidad que pueda generar una ley, se dedican a demandar aquellos actos del legislador que tienen un alto impacto en la opinión pública, con el fin de potenciar su reconocimiento dentro de la sociedad. En segundo lugar, también se puede considerar a aquellos demandantes asiduos que lo son porque, además de perseguir la figuración pública, tienen en cuenta la existencia de dudas sobre la constitucionalidad de muchas de las leyes proferidas por el Congreso y, en consecuencia, se dedican a encontrar actos normativos evidentemente contrarios a la Constitución y a someterlos a consideración de la Corte Constitucional.

Como se verá más adelante, la respuesta institucional del diseño de la acción pública de constitucionalidad está dirigida directamente a evitar que sean admitidas demandas con una carga argumentativa que no supere unos umbrales mínimos. Este mecanismo también es una vía indirecta para aumentar el costo de la presentación de una demanda, desestimular a los demandantes habituales y disuadir la interposición de acciones de constitucionalidad.

Adicionalmente, es bien cierto que la sociedad puede reconocer en una persona un cierto valor por su condición de demandante asiduo, pero no debe dejarse de lado que tal reconocimiento depende de los resultados del proceso de constitucionalidad. En la búsqueda de un espacio para trascender socialmente, el demandante habitual se puede enfrentar a una serie sucesiva de demandas inadmitidas, con resoluciones inhibitorias o, lo que puede resultar aún más grave para su propósito inicial, decididas en contra de su criterio jurídico. De esta manera, el sistema de control judicial de la ley puede transformar el reconocimiento social que persigue el demandante en un desprestigio público.

En conclusión, la anterior idea sugiere que el sistema cuenta con un mecanismo interno de protección frente a los abusos de los demandantes habituales y, al mismo tiempo, propicia la autorrestricción de quienes pretenden instrumentalizar el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad para obtener un interés personal, a cambio del alto costo que implica en términos democráticos, institucionales y económicos el proceso de acción pública de constitucionalidad.

1.2.3. DEMANDAS PRESENTADAS CON EL FIN DE PERJUDICAR A UN TERCERO

Algunos análisis empíricos sobre el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad demuestran la existencia de casos en los que el demandante no persigue la protección del ordenamiento jurídico o la obtención de una ventaja en particular, sino que somete a consideración la constitucionalidad de una ley con el objetivo de perjudicar a un grupo considerado como materialmente minoritario[22].

Los elementos de este supuesto de temeridad son los siguientes: i) la existencia de una ley que protege a un grupo minoritario y desaventajado dentro de la sociedad y ii) la presentación de una demanda en contra de tal ley con el fin de eliminar la protección al grupo minoritario.

Varias razones concurren en la consideración de que este es un supuesto muy complicado de temeridad y de muy difícil determinación. En primer lugar, el concepto de minoría adolece de vaguedad e indeterminación. Esto quiere decir que no resulta evidente que los destinatarios de una norma sean materialmente una minoría y que las disposiciones de la ley tengan un objetivo protector o igualador[23].

---

22 "En el proceso de levantamiento de los datos se pudo establecer que no siempre quien impugnaba una ley, cuya temática afectara el marco legal de un grupo de los anteriormente señalados, lo hacía para proteger a una minoría. De hecho, el demandante podría dirigir su acción tanto en el sentido de proteger a una minoría como, por el contrario, para desfavorecerla". RODRÍGUEZ. *Minorías, acción pública*, cit., p. 345.

23 Sobre los diferentes conceptos de minoría, su desarrollo desde la segunda mitad del siglo XX y las diversas estrategias para proteger los derechos de estos grupos, cfr. KYMLICKA, WILL. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 1-48. Sobre la diferencia entre grupos sociales y grupos culturales minoritarios y la cuestión de la identidad, cfr. YOUNG, IRIS MARION. *Inclusion and Democracy*. Oxford University

Adicionalmente, también es altamente complicado determinar las fronteras entre una demanda con el fin de perjudicar al grupo minoritario y una que, por ejemplo, parta de la consideración válida respecto del carácter desproporcionado de una medida de protección a favor de ese mismo grupo. Finalmente, la propia generalidad del mandato de igualdad del artículo 13 de la Constitución impide afirmar con certeza la temeridad de una demanda en contra de un grupo minoritario[24].

En consecuencia, el caso de temeridad por afectación de un tercero que se concreta en la presentación de una demanda en contra de un grupo materialmente minoritario dentro de la sociedad es una de las hipótesis que no pueden ser despejadas en sede de admisión de la demanda. Una de las mejores opciones institucionales frente a este tipo de demandas es la admisión de las mismas para que la Corte aplique el juicio de igualdad que corresponda y, en la decisión final, determine la validez de los argumentos del demandante.

1.2.4. Demandas contra normas previamente revisadas por la Corte Constitucional

Una acción pública de constitucionalidad en contra de una ley previamente revisada por la Corte Constitucional puede ser considerada temeraria siempre que opere en todas sus dimensiones la cosa juzgada constitucional[25]. La cosa juzgada es

> … una institución jurídica procesal, que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política, mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto[26].

Press, Oxford, 2002, pp. 81-120 y *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press, New Jersey, 1990, pp. 156-191.

24 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 257-283.

25 Hernández Galindo, José Gregorio. "Cosa juzgada y control de constitucionalidad". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. T. v, Marcial Pons y unam, iij, México, 2008, pp. 433-452; Julio Estrada. *Las Ramas ejecutiva y judicial*, cit., pp. 274-279 y Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., pp. 168-174 y *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 88-94.

26 Sentencia C-532 de 2013, fundamento jurídico 6.3.2.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la temeridad en razón de la cosa juzgada constitucional se configurará cuando: i) exista un pronunciamiento previo de la Corte sobre la misma ley (cosa juzgada formal); ii) la sentencia haya analizado la compatibilidad de la ley con todas las disposiciones constitucionales (cosa juzgada absoluta) o, al menos, los mismos cargos de constitucionalidad que presenta el actual demandante (cosa juzgada relativa); iii) la decisión de la Corte haya sido la declaratoria de constitucionalidad de la ley demandada; y, finalmente, iv) entre la sentencia que declaró la constitucionalidad de la ley y el momento de la presentación de la nueva demanda no se haya producido ninguna modificación del parámetro de control de constitucionalidad.

Resulta necesario detenerse en una breve explicación de cada uno de los anteriores elementos de la temeridad por demandas en contra de normas previamente revisadas por la Corte Constitucional. El primer elemento apela a la distinción hecha por la propia Corte entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Esta diferenciación se hace en relación con el objeto del control de constitucionalidad y se basa en la distinción entre disposición o enunciado normativo y norma jurídica o contenido normativo.

La cosa juzgada formal se presenta cuando la Corte se ha pronunciado en un momento m_1 sobre la misma disposición jurídica que se demanda en un momento m_2. La cosa juzgada material existe cuando la Corte se ha pronunciado en un momento m_1 sobre una disposición jurídica de la que deriva un contenido normativo idéntico al que se puede colegir de otra disposición que se demanda en un momento m_2. La Corte Constitucional ha definido estas dos clases de cosa juzgada de la siguiente manera: "la cosa juzgada constitucional puede ser: i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual"[27].

---

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-489 de 2009, fundamento jurídico 2.2.3. Una distinción que pretende ser más técnica es la que se reproduce a continuación. Sin embargo, nótese que la Corte usa la distinción entre disposición y norma con el fin de distinguir entre los conceptos de cosa juzgada formal (disposición) y cosa juzgada material (norma o contenido normativo). No obstante, en la definición de cosa juzgada formal utiliza la expresión norma en donde debería, para ser coherente con el uso de estas categorías, utilizar la expresión disposición: "Con el propósito de distinguir su alcance, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la *cosa juzgada formal* tiene ocurrencia 'cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio'; mientras que, por el

Para que se configure la temeridad debe existir, respecto de la ley objeto de la demanda, cosa juzgada formal y no cosa juzgada material. Si existe cosa juzgada material pero no cosa juzgada formal, se excluye la temeridad en razón de que el demandante puede tener buenas razones para solicitarle a la Corte que invalide una disposición con un contenido normativo idéntico al que fue considerado contrario a la Constitución en una decisión previa[28].

El segundo elemento se refiere a una distinción diferente de la cosa juzgada que se basa en el parámetro de control de constitucionalidad. Existe cosa juzgada absoluta cuando, en el proceso de revisión judicial realizado en un momento m_1, todas las normas que forman parte de la Constitución sirvieron de parámetro para el juicio de contraste de la misma ley que se demanda en un momento m_2[29]. Se tratará de cosa juzgada relativa en las siguientes tres hipótesis. En primer lugar, cuando la revisión de constitucionalidad de una ley en un momento m_1 se hizo solamente frente a vicios de procedimiento en su formación. En segundo lugar, cuando el juicio de contaste realizado en un momento m_1 se limitó a unas determinadas disposiciones constitucionales. La tercera opción de cosa juzgada relativa se produce cuando solo los cargos

---

contrario, la *cosa juzgada material* se presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo y en relación con una de ellas ya ha habido previamente un juicio de constitucionalidad por parte de esta Corporación. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una disposición jurídica". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-532 de 2013, fundamento jurídico 6.3.2.

28 Por ejemplo, en el Auto 105 de 2012, la Corte Constitucional confirmó el rechazo de una demanda presentada contra el artículo 10.º de la Ley 48 de 2003 sobre servicio militar obligatorio. El demandante reconocía la existencia de cosa juzgada formal en relación con una parte de ese artículo, pero rechazaba la existencia de cosa juzgada formal en relación con el parágrafo del mismo artículo y solicitaba que la Corte se pronunciara sobre esa parte de la disposición. En criterio de la Corte, a pesar de que era verdad que en la Sentencia C-511 de 1994 el demandante solo había solicitado la realización del juicio de contraste en relación con una parte del artículo, en todo caso existía cosa juzgada formal porque en el contexto de ese proceso la Corte había ampliado el juicio de contraste al parágrafo de la disposición.

29 "La primera (cosa juzgada absoluta) es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido objeto de estudio, siempre que en la providencia no se indique lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión. La segunda, por oposición, admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado". Corte Constitucional de Colombia. Auto 105 de 2012, fundamento jurídico 2.3.

presentados por el demandante en un momento m_1 sirvieron como parámetro de control de la misma ley que se demanda en un momento m_2[30].

La regla general es que siempre existe cosa juzgada absoluta o presunción de control integral[31], a menos que la propia Corte Constitucional haya limitado los alcances del juicio de constitucionalidad[32]. Esta regla fue fijada por primera vez en la Sentencia C-037 de 1996 que analizó la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ). Esa disposición establecía que la Corte Constitucional siempre debía realizar el juicio de contraste de las normas demandadas en relación con la totalidad de las disposiciones constitucionales. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de esa disposición y se reservó la facultad de limitar el juicio de contraste a unos determinados cargos o en relación con unas determinadas

---

30 "[L]a cosa juzgada relativa opera en dos tipos de situaciones: a) cuando el estudio de exequibilidad de una norma se ha hecho desde el punto de vista netamente formal; es decir, cuando sólo se ha analizado la constitucionalidad de su procedimiento de formación. La justificación de esta posibilidad radica en que, en el futuro, pueden existir nuevos cargos contra la misma disposición, por motivos de fondo, respecto de los cuales no ha existido un pronunciamiento de la Corte Constitucional; b) cuando una determinada norma se ha declarado exequible a la luz de un número limitado de artículos de la Constitución, y posteriormente es demandada por violar disposiciones de la Carta distintas a las estudiadas. En casos como éste, sólo será procedente la nueva demanda cuando la Corte misma, en el texto de la providencia, haya restringido los efectos de su decisión, por no haberse adelantado el estudio de constitucionalidad frente a todas las normas de la Carta Política, sino sólo frente a algunas". Corte Constitucional de Colombia. Auto 105 de 2012, fundamento jurídico 2.3.

31 "[L]a regla general es la cosa juzgada constitucional absoluta, que comprende todos los posibles motivos o razones de inconstitucionalidad, y que la excepción, que como tal debe ser expresamente señalada en la Sentencia, bien sea en su parte resolutiva o bien sea en su parte motiva, es la cosa juzgada relativa, que se refiere únicamente a uno o más motivos determinados de inconstitucionalidad y, por consiguiente, deja abierta la posibilidad de nuevas demandas contra la misma disposición, por otros motivos o razones". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1059 de 2008, fundamento jurídico 2.3.

32 La presunción de control integral ha sido definida por el propio tribunal como aquella "en virtud de la cual habrá de entenderse, si la Corte no ha señalado lo contrario, que la adopción de una decisión ha sido precedida por un análisis de la disposición acusada frente a la totalidad del texto constitucional, y que, por lo mismo, la providencia se encuentra amparada por la cosa juzgada absoluta. Así pues, en virtud de la presunción del control integral de constitucionalidad, si la Corte no establece con toda claridad, bien en la parte resolutiva de la sentencia o bien en la parte motiva, que la resolución es relativa a los cargos formulados dentro del proceso, debe suponerse que la sentencia tiene alcances de cosa juzgada absoluta". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1059 de 2008, fundamento jurídico 2.3.

disposiciones constitucionales. De esta manera se confirió respaldo constitucional a la idea de la cosa juzgada relativa.

Cuando existe cosa juzgada absoluta, la temeridad se configura con independencia de los argumentos de la demanda. Si solo existe cosa juzgada relativa, la temeridad se produce cuando hay plena coincidencia entre las disposiciones constitucionales o los cargos de la nueva demanda y los resueltos por la Corte Constitucional en la decisión previa[33].

El tercer elemento de esta forma de temeridad es que la decisión previa de la Corte haya sido la declaratoria de constitucionalidad de la ley demandada. Se trata de una característica de distinción respecto de otra forma de temeridad que se configura cuando la demanda se dirige contra normas inexistentes. Si en el marco del control de constitucionalidad realizado en m_1 se declaró la invalidez de una determinada ley, la presentación posterior de una demanda en contra de esa misma ley no constituye un acto temerario por demandar normas previamente revisadas por la Corte Constitucional. Por el contrario, se trata de una demanda temeraria en razón de que la demanda se dirige contra un acto normativo que no existe en el ordenamiento jurídico.

El último elemento exige que entre la primera sentencia y la nueva demanda no se haya producido una modificación en el parámetro de constitucionalidad. Es un requisito esencial de esta forma de temeridad porque la reforma

---

33 Por ejemplo, en el Auto 188 de 2013, la Corte Constitucional confirmó la decisión de rechazo de la demanda presentada por un ciudadano en contra de los artículos 506 y 509 (captura en casos de extradición) del Código de Procedimiento Penal. El argumento de la Corte para rechazar la demanda fue la existencia de cosa juzgada en relación con los cargos propuestos por el demandante. El criterio del ciudadano era que, a pesar de que la Corte había estudiado previamente la constitucionalidad de las normas demandadas en la Sentencia C-243 de 2009 y existía cosa juzgada formal, el tribunal no se había pronunciado sobre los efectos de tales normas en los casos de extradición. La Corte reconoció que no existía cosa juzgada absoluta en relación con las normas demandadas porque en la Sentencia C-243 de 2009 había limitado su decisión a los cargos presentados en su momento por el demandante. Sin embargo, el tribunal mantuvo la decisión de rechazar la nueva demanda luego de comprobar que los cargos del demandante actual y los del demandante del año 2009 eran idénticos, de manera que se configuraba la cosa juzgada relativa. En efecto, la Corte sostuvo: "esta Sala comprueba que si bien la sentencia C-243 de 2009 contiene una cosa juzgada relativa explícita, lo cierto es que como se señala en el Auto del 9 de julio, el cargo ahora propuesto sí fue examinado por la Corte en aquella oportunidad. Bajo esas circunstancias esta sala procederá a confirmar la decisión de rechazo sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 509 del CPP, ya que el accionante no demostró que esa disposición podía ser estudiada a partir de normas constitucionales diferentes a las que se encuentran presentes en la decisión de exequibilidad". Corte Constitucional de Colombia. Auto 188 de 2013, fundamento jurídico 3.4.

constitucional de una disposición relevante para el juicio de contraste de la ley objeto de la demanda o una modificación de la jurisprudencia podrían justificar plenamente que una ley declarada constitucional previamente deviniera inconstitucional por la modificación del parámetro de control

Frente a esta forma de temeridad no es necesario activar el sistema de filtros. La mera exigencia de identificación de la ley objeto de la demanda permitirá que el tribunal verifique los elementos (i) cosa juzgada formal y (iii) decisión de exequibilidad. Adicionalmente, el texto de la propia sentencia proferida en m_1 permitirá determinar el tipo de control que se realizó a efectos del elemento (ii). Más problemática y discutible puede resultar la identificación del elemento (iv) sobre la inmutabilidad del parámetro de control, porque la discusión de fondo de la demanda puede exigir, precisamente, la determinación de si ha existido o no una variación relevante del parámetro de control de constitucionalidad.

Esta dificultad explica que el artículo 6.º del Decreto 2067 de 1991 establezca que la Corte puede rechazar una demanda que tenga por objeto una ley sobre la cual existe cosa juzgada o que esa misma decisión la puede adoptar el tribunal mediante una sentencia[34].

1.2.5. Demandas contra normas que se encuentran bajo estudio de la Corte Constitucional

No resulta extraño que una ley sea objeto de múltiples demandas de constitucionalidad. Especialmente, cuando se trata de leyes de reciente aprobación o que involucran aspectos sobre los que existe un alto nivel de desacuerdo dentro de la sociedad. Sin embargo, el hecho de que varios ciudadanos tengan dudas fundadas sobre la posible inconstitucionalidad de una ley y coincidan en la elaboración de una demanda de constitucionalidad no puede ser considerado *per se* un acto de temeridad.

A diferencia del modelo de acceso colectivo de Perú, en el sistema colombiano nada obliga a los ciudadanos que comparten las dudas sobre la constitucionalidad de una ley a ponerse de acuerdo para acceder al control de constitucionalidad de manera unificada. En consecuencia, es posible que varios ciudadanos interpongan una acción pública de constitucionalidad contra la misma disposición de una ley.

---

34 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 6º.

A pesar de lo anterior, se puede presentar una hipótesis en la que una acción pública de constitucionalidad debe ser calificada de temeraria por existir una acción presentada previamente ante la Corte Constitucional. En este supuesto, habrá temeridad siempre que la acción pública de constitucionalidad más reciente tenga el mismo objeto, los mismos argumentos, los mismos cargos de constitucionalidad y el accionante conozca la existencia de la demanda previa.

En realidad, el último elemento es el que constituye el núcleo del acto temerario. En efecto, el artículo 5.º del Decreto 2067 de 1991 previó la posibilidad de que varios ciudadanos presenten una demanda contra la misma ley, con los mismos cargos y en relación con una potencial contradicción normativa con las mismas disposiciones constitucionales. En esos casos, el tribunal debe acumular las demandas y tramitarlas de manera que el magistrado encargado de sustanciar las demandas acumuladas no se vea enfrentado a una distribución inequitativa del número de procesos frente a los demás miembros del tribunal[35].

En consecuencia, la temeridad no ocurre por la presentación sucesiva de una demanda que comparte los elementos esenciales de una anterior, sino por el conocimiento del actor de la segunda demanda respecto de la existencia del proceso previo. Se trata de un supuesto de temeridad que, como todos, tiene por objeto evitar ejercicios abusivos de la acción pública de constitucionalidad mediante convocatorias semejantes a las mal denominadas *tutelatones*. Estas han consistido en la presentación de sucesivas acciones de tutela (amparo) con el fin de que se emitan reiteradas decisiones judiciales sobre una misma situación de amenaza o peligro a los derechos fundamentales.

En el caso de la acción pública de constitucionalidad, la idea de la temeridad por presentación sucesiva de una demanda con identidad de elementos tiene por objeto evitar que se replique, ante el órgano de control concentrado de constitucionalidad, la distorsión del sistema de protección de los derechos fundamentales descrita anteriormente.

Sin embargo, la existencia de este supuesto de temeridad no implica que la persona que tiene un reproche de constitucionalidad frente a una determinada ley vea frustrado su derecho político a defender la Constitución. Si esa fuera la lógica de este caso de temeridad, se instauraría un sistema de control de constitucionalidad que privilegia el acceso directo del ciudadano más diligente en la elaboración de su demanda.

---

35 Cfr. Decreto 2067 de 1991, art. 5º.

Por el contrario, como fue referido en el segundo capítulo, el sistema de control de constitucionalidad de Colombia incorpora otros momentos procesales que permiten la expresión de las opiniones de quienes apoyan los argumentos de una demanda, la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley que ha formulado el demandante. Los ciudadanos que pretendan apoyar los argumentos de la demanda inicial deben evitar la presentación de demandas sucesivas y presentar sus argumentos a modo de *amicus curiae* en los denominados escenarios deliberativos a los que se hizo referencia en el capítulo anterior, vale decir, mediante los escritos y durante las audiencias públicas.

En síntesis, puede existir más de una demanda concomitante con otra que incorpora el mismo objeto, los mismos cargos y argumentos. La diferencia es que, si el segundo demandante no conoce la existencia de la demanda previa, su acto no se puede considerar como temerario y procede la acumulación de las demandas. Por el contrario, si existe conocimiento por parte del segundo demandante, su demanda debe ser rechazada y el actor deberá hacer valer su posición mediante una intervención ciudadana escrita o durante la audiencia pública que convoque la Corte Constitucional.

1.2.6. Demandas presentadas por quien no tiene legitimidad para hacerlo

A pesar de la amplia legitimación activa de la acción pública de constitucionalidad, en el capítulo segundo se han enunciado las reglas que limitan la posibilidad de acceder directamente al control de constitucionalidad en Colombia. Las puertas de la revisión judicial de la ley están cerradas para los extranjeros, las personas jurídicas, los colombianos menores de edad y las personas condenadas con suspensión de sus derechos políticos. Estas restricciones pueden ser criticadas por ser contrarias a un sistema con un alto grado de apertura, pero la vigencia y claridad de estas limitaciones hasta ahora es indubitable.

De acuerdo con lo anterior, la persona extranjera, menor de edad o condenada penalmente con la pena accesoria de suspensión de los derechos políticos, que radique una acción pública de constitucionalidad y oculte tal condición, incurre en un acto contrario a la buena fe que se puede considerar, sin lugar a dudas, como temerario. La Corte Constitucional debe rechazar las demandas de constitucionalidad que sean presentadas por una persona incursa en una de estas limitaciones.

Este supuesto de temeridad genera unas dudas que contribuyen, al mismo tiempo, a evidenciar el carácter inocuo e irrelevante de estas limitaciones

al acceso al control de constitucionalidad. Por una parte, se puede afirmar que se trata de unas restricciones inocuas porque no excluyen la hipótesis de que una persona –que tiene el propósito de demandar una ley ante la Corte Constitucional pero no puede hacerlo directamente por estar incursa en una de estas restricciones– acuda a otro ciudadano para que este presente la acción pública de constitucionalidad.

Este mismo argumento sirve a quienes sostienen que es mejor eliminar las restricciones porque, de hecho, su carácter inocuo demuestra que no sirven efectivamente a un propósito constitucional legítimo: no evitarán que los extranjeros se involucren en asuntos internos o que las personas condenadas con suspensión de sus derechos políticos demanden las normas que fundamentaron su propia condena.

Lo mismo se puede afirmar de la exclusión del acceso a las personas jurídicas. Resulta evidente que estas actúan siempre por medio de personas naturales que les representan. En consecuencia, impedir que las personas jurídicas accedan al control de constitucionalidad es una barrera inocua, toda vez que siempre podrá acceder el ciudadano-representante, a quien ninguna norma obliga a manifestar si actúa ante el tribunal constitucional en virtud de su condición de ciudadano o como representante de alguna persona jurídica[36].

Al margen de esa discusión, bajo las actuales restricciones es necesario determinar qué sucede si una persona no legitimada logra ocultar su condición y consigue que la Corte Constitucional admita su demanda de constitucionalidad. Como ha señalado el propio tribunal, si la condición que negaba la legitimación activa del demandante es conocida antes de que se profiera la decisión de fondo, la mejor opción es emitir una sentencia inhibitoria[37].

---

36 El texto original del artículo 2.º del Decreto 2067 de 1991 establecía que los ciudadanos debían manifestar si actuaban a nombre de un tercero, fuera este una persona natural o jurídica. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa disposición: cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-003 de 1993.

37 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2012. "En este caso, un ciudadano se presentó a la Corte Constitucional y demandó el parágrafo 1 del artículo 72 de la Ley 1453 de 2011, sobre extinción de dominio. La Corte recibió la demanda, la aceptó y tramitó la totalidad del proceso de inconstitucionalidad. Sin embargo, durante el trámite se demostró que el accionante, si bien había demostrado su condición de ciudadano, se encontraba suspendido del ejercicio del ejercicio de sus derechos políticos al momento de proponer la demanda, por haber sido condenado dentro de un proceso penal, lo que constituía una carencia de legitimación para ejercer la acción de inconstitucionalidad, y condujo a la Corte a proferir sentencia inhibitoria". Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 123.

Aún más importante resulta el cuestionamiento sobre la forma como se debe proceder cuando una persona no legitimada logra ocultar su condición y que la Corte Constitucional admita y decida de fondo su demanda de constitucionalidad. A pesar de que no existe una respuesta normativa o jurisprudencial para esta hipótesis, parece necesario afirmar que la decisión de la Corte no pierde sus efectos por el hecho de que el demandante haya actuado de manera temeraria. En consecuencia, cuando el tribunal no se percata del acto temerario antes de emitir la decisión de fondo pierde la oportunidad de evitar la consolidación de la temeridad mediante la inadmisión de la demanda o las sentencias de inhibición[38].

Esta posición puede ser controvertida, pero es la que mejor privilegia la sustancia sobre la forma. Adicionalmente, esta respuesta es la única coherente con el carácter definitivo de las decisiones de constitucionalidad y con la existencia de un interés público en el control de constitucionalidad de las leyes.

En definitiva, el sistema debería afrontar todas las consecuencias de asumir una forma de acceso directo al control de constitucionalidad, eliminar las barreras inocuas que se han enunciado previamente y, de esta forma, acabar con este potencial caso de temeridad que solo causa dificultades para la propia Corte Constitucional.

1.3. LA INADMISIÓN COMO REMEDIO FRENTE A LA TEMERIDAD

La conclusión del anterior análisis sobre la temeridad en las acciones públicas de constitucionalidad, de la descripción de los supuestos en los cuales se puede afirmar la existencia de demandas temerarias y de los mecanismos existentes para evitar que las demandas temerarias sean decididas por la Corte Constitucional es que el riesgo kelseniano de la potencial existencia de demandas temerarias no constituye una objeción a la apertura de los ciudadanos al control de constitucionalidad, sino una recomendación para establecer la regla de acuerdo con la cual este tipo de demandas deben ser inadmitidas por el

---

38 La Corte reconoce esta tesis al afirmar: "Es cierto que si en una demanda no se acredita la calidad de ciudadano de ninguno de quienes la presentaron, entonces procede el rechazo de la demanda, o en su defecto la decisión de la Corte debe ser inhibitoria, por no encontrarse probada una calidad necesaria para que pudiera ser activada la jurisdicción constitucional". Corte Constitucional de Colombia. Auto 278 de 2001, fundamento jurídico 3.

tribunal. Se trata de ejercicios abusivos del derecho, contrarios a la buena fe y carentes de legitimidad para recibir una respuesta institucional de un tribunal constitucional.

Además de la regla de inadmisión de las demandas temerarias, la preocupación debe dirigirse a asegurar la existencia de mecanismos efectivos que permitan determinar cuándo hay una demanda temeraria para que los ciudadanos conozcan los límites de su derecho de acceder al control de constitucionalidad y el tribunal tenga herramientas suficientes para mantener la integridad de su función como garante de la Constitución.

Adicionalmente, se deben distinguir supuestos que *ab initio* podrían ser considerados como casos de temeridad pero que, en tratándose del control de constitucionalidad, no cumplen con tal condición. Este sería el caso de la mencionada temeridad por interés propio del recurrente, o de la demanda de leyes que han sido derogadas por el legislador. En el primer caso, la presencia de un interés subjetivo no vicia la demanda mientras no sea exclusiva, es decir, mientras existan argumentos en clave de los valores públicos de la Constitución que puedan suscitar la duda sobre la constitucionalidad de la ley y se tenga claro que detrás del examen de constitucionalidad de una ley se encuentra el interés público en la protección de la Constitución. En el segundo caso, como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, la demanda contra una norma que ha sido derogada no puede considerarse temeraria y, por el contrario, debe ser admitida y decidida de fondo cuando los efectos de la norma derogada se producen con posterioridad al momento de la derogatoria[39].

3. La potencial superación de la capacidad de trabajo razonable de la Corte Constitucional

La segunda objeción de tipo funcional que se formula a la apertura del control de constitucionalidad a todos los ciudadanos es el aumento excesivo de procesos de revisión judicial de la ley ante el tribunal constitucional. Se trata de un reparo que surge como resultado de la expectativa o previsión razonable de acuerdo con la cual, cuanto mayor sea el número de legitimados para atacar

39 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-155 de 1997, C-774 de 2001, C-170 de 2004, C-699 de 2007, C-307 de 2009, C-193 de 2011, C-668 de 2014, C-797 de 2014, C-291 de 2015 y C-727 de 2015.

la constitucionalidad de las leyes, mayor será el número de ataques efectivos que se formalicen ante el órgano de control[40].

Existe una fuerte conexión entre la primera objeción funcional sobre el riesgo potencial de demandas temerarias y la segunda objeción relacionada con el aumento del número de procesos ante el tribunal constitucional. En efecto, cuanto mayor sea la probabilidad de que los ciudadanos abusen de su derecho a presentar demandas de constitucionalidad, mayor será la carga de trabajo de la Corte Constitucional.

Sin embargo, estos dos presupuestos no deben conducir a la conclusión de que la amplitud de la legitimación para interponer demandas de constitucionalidad es el único factor determinante del número de procesos de control de constitucionalidad que llegan ante un tribunal constitucional. De la misma forma en que la temeridad también se puede presentar en modelos de acceso más restringido que el de acción pública, no existe ninguna razón para pensar que los sistemas que no tienen acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad se puedan considerar exentos de situaciones caracterizadas por cargas de trabajo excesivas[41]. La sola existencia de una restricción para el acceso al control de constitucionalidad no garantiza que las sentencias de constitucionalidad sean de mayor calidad, producto de una mejor deliberación o se profieran en plazos más breves.

No obstante, la anterior premisa no impide reconocer un mínimo nivel de razonabilidad al argumento que anticipa un aumento de los procesos que se surten ante el tribunal constitucional, como una consecuencia de ampliar el

---

40 "Según creo, *a medida que ampliamos la legitimación, cabe esperar que se impugnen más leyes*. Esto significa, en otras palabras, que la mayor inclusividad en las vías de acceso tiende a amenazar la igual dignidad honrada por el procedimiento legislativo. Con ello tenemos lo siguiente: a mayor inclusividad en las vías de acceso, mayor calidad democrática de la justicia constitucional, pero también mayores amenazas y obstrucciones a las leyes del Congreso. Y viceversa: a menor inclusividad en la legitimación, menores obstáculos enfrenta el Congreso para avanzar en sus políticas". Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 288.

41 De acuerdo con las memorias del Tribunal Constitucional de España, ante ese Tribunal fueron presentados los siguientes recursos de inconstitucionalidad durante los últimos años: 16 (2005), 23(2006), 21 (2007), 24 (2008), 7 (2009), 32 (2010), 31 (2011), 38 (2012), 76 (2013), 60 (2014) y 42 (2015). Cfr. Tribunal Constitucional. *Memoria 2015*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 49. De acuerdo con las memorias del Tribunal Constitucional de España, el Tribunal tenía pendientes de resolución los siguientes recursos de inconstitucionalidad: 180 (2005), 183 (2006), 185 (2007), 194 (2008), 192 (2009), 206 (2010), 193 (2011), 182 (2012), 175 (2013), 183 (2014) y 223 (2015). Cfr. ibíd., p. 58.

acceso al control de constitucionalidad. También se puede conceder que este fenómeno ocurre incluso en aquellos sistemas que cuentan con los mecanismos necesarios para impedir la temeridad. Como destaca Linares:

> … cabe prever que cuanto más amplia sea la legitimación para accionar, *más* leyes serán impugnadas. Se trata de una hipótesis de sentido común: todos tenemos interés en las leyes que aprueba el Congreso; todos tenemos derecho a opinar y a influir sobre nuestros representantes con el fin de que éstos atiendan nuestras demandas y preocupaciones. Cuanto más amplia sea la legitimación para impugnar las leyes, tanto más opiniones divergentes –y más personas– habrá para impugnar las normas que motivan el desacuerdo. De este modo, tenemos lo siguiente: las acciones de inconstitucionalidad precipitan la impugnación de más leyes contemporáneas que no contemporáneas, pero es previsible que el *quantum* de leyes impugnadas varíe según el grado de amplitud de la legitimación[42].

En otras palabras, aunque se trate de un sistema con un funcionamiento perfecto y en el que los ciudadanos no abusan de su derecho a presentar demandas de constitucionalidad, también es razonable prever que una disminución en las barreras de acceso al control de constitucionalidad elevará el número de casos que llegan al tribunal constitucional. Por esa razón, demostrar que el sistema de acción pública de constitucionalidad tiene una respuesta sólida frente a la temeridad (primera objeción funcional) es una defensa incompleta de ese diseño institucional. Esta debe ser complementada con un análisis de las consecuencias que puede generar un aumento desproporcionado en el número de casos de control de constitucionalidad y con algunas fórmulas para mantener en un nivel racional el trabajo de la Corte Constitucional.

3.1. El contenido concreto de la objeción funcional y la paradoja de la eficacia del sistema de control de constitucionalidad

Como objeción funcional independiente, el razonamiento de partida sostiene que permitir a los ciudadanos acceder directamente al control de constitucionalidad causará un aumento exponencial de demandas de todo tipo, contra toda clase de leyes y bajo toda clase de argumentos. Esta combinación de factores

---

42 Linares. *La (i)legitimidad democrática*, cit., p. 165.

generará una excesiva e insoportable carga de trabajo para la Corte Constitucional. Aunque Kelsen no desarrolló un argumento específico en este sentido, se puede suponer que esta era la idea más extrema que guiaba sus temores frente a la *actio popularis*[43].

La existencia de esta objeción incorpora una paradoja que ya se vislumbraba desde los inicios del control concentrado de constitucionalidad. Por una parte, la ampliación de la legitimación activa al mayor número de sujetos contribuye a tener un sistema eficaz de protección de la Constitución. En un sistema de acción pública, cada ciudadano es una especie de vigilante de la constitucionalidad de las leyes y tiene la capacidad de someter sus dudas al examen de la Corte Constitucional.

Uno de los pilares del sistema de acceso directo es que aumenta la probabilidad de que las leyes, cuya constitucionalidad es dudosa, sean objeto de control por parte del tribunal constitucional. Si se compara con los modelos de acceso por medio de funcionarios públicos o minorías parlamentarias, el modelo de acción pública constituye, desde este punto de vista, el más eficaz sistema de control de la constitucionalidad. La eficacia de este tipo de diseños institucionales alcanza un grado tal que se demuestra el carácter prescindible de la idea kelseniana del fiscal de la constitucionalidad.

Desde otro punto de vista, la eficacia del control de constitucionalidad mediante la acción pública puede resultar disminuida por la cantidad de demandas que se presentan ante la Corte Constitucional. El riesgo no es solamente que se radique un alto número de demandas, sino que la magnitud del trabajo que estas implican supere la capacidad razonable de respuesta de la Corte. Las diferentes consecuencias de esta situación causan una disminución notable de la eficacia del sistema por decisiones dilatadas o menos deliberadas.

Esto último ocurre porque existe una relación estrecha entre el número de casos que debe resolver el tribunal y la calidad de la deliberación. Desde luego, no es lo mismo que un tribunal permanente dedique toda la agenda judicial a resolver unos cuantos casos a que tenga una carga que supere las centenas o llegue al millar de asuntos. Sobre este tema se volverá en el siguiente capítulo cuando se haga referencia al potencial deliberativo de la Corte Constitucional.

---

43 "*La tendenza è allargare, non restringere l'accesso: l'archetipo kelseniano proponeva un accesso molto circoscritto, su ricorso di pochi organi o enti, tale da soffocare lo sviluppo dell'istituto, ma a tale rischio si rimediò già nel 1929 e poi in successive tappe*". Pegoraro. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 217-218.

Según lo señalado, la paradoja consiste en que el mismo factor que aumenta la eficacia del sistema puede contribuir a reducirla. El problema es tan serio que puede cuestionar directamente el hecho de tener un amplio número de legitimados para defender la Constitución ante un órgano encargado de materializar esa defensa que podría resultar sobrepasado en su capacidad de respuesta.

3.2. Las consecuencias de la superación de la capacidad de respuesta de la Corte Constitucional: remedios equivocados

Esta preocupación por el número desmesurado de acciones de constitucionalidad es importante en sí misma. Sin embargo, adquiere mayor fuerza si se tienen en cuenta los efectos de una excesiva carga de trabajo para un tribunal constitucional. En primer lugar, es previsible que un alto número de casos genere el incumplimiento de los términos establecidos para que se surtan las etapas del proceso de control de constitucionalidad. En consecuencia, un nivel especialmente alto de procesos de constitucionalidad quizá ocasione o aumente la morosidad dentro del sistema de control[44].

En segundo lugar, ante un nivel preocupante de dilación, los miembros de la Corte Constitucional se pueden proponer una reducción del tiempo que dedican a cada proceso mediante métodos censurables, como la aprobación de sentencias poco razonadas y carentes de motivación suficiente. También es plausible que disminuya el grado y la calidad de la deliberación dentro del tribunal.

El tercer riesgo es que la Corte utilice criterios generales para priorizar entre las diferentes demandas y realice el control de constitucionalidad de las leyes con distintas velocidades. Este peligro cobra mayor importancia si los tiempos del proceso de constitucionalidad se desarrollan en función de aspectos externos (*i.e.*, presión de la opinión pública) o internos (*i.e.*, preferencias de los propios miembros de la Corte).

---

44 De manera general, quienes defienden la existencia de modelos abstractos de control de constitucionalidad de carácter previo sostienen que los sistemas de control abstracto y posterior son poco aconsejables porque tienen una tendencia intrínseca a que se presenten dilaciones en el examen de constitucionalidad de las leyes. No hay un estudio empírico sobre esta diferencia entre los dos tipos de control de constitucionalidad y, por supuesto, tampoco existe uno que distinga entre las diferentes formas de acceso al control posterior y abstracto de constitucionalidad.

Una cuarta consecuencia potencial del aumento de procesos de control de constitucionalidad es que ocurra una reorganización del trabajo interno de la Corte Constitucional. En especial, sería perjudicial que la distribución se hiciera de tal manera que se confiaran los procesos que exigen altos niveles de experticia, conocimiento y experiencia jurídica a los integrantes menos cualificados que conforman los equipos de trabajo de cada uno de los jueces.

Finalmente, el tribunal puede establecer barreras informales o no explícitas para filtrar las demandas de constitucionalidad. El propósito de esta medida es regular su propia agenda y controlar el número de procesos que ingresan efectivamente. Esta opción se torna menos aceptable porque los obstáculos para acceder al control de constitucionalidad causan una elitización o privatización del sistema de revisión judicial de la ley. Un remedio de este tipo, frente a un elevado número de acciones de constitucionalidad, implicaría una negación de la propia esencia del acceso directo de los ciudadanos a los tribunales constitucionales.

Además de estas consecuencias negativas que se prevén frente al aumento exagerado de ataques de constitucionalidad en contra de las leyes, es importante analizar dos aspectos centrales para la compresión adecuada de la segunda objeción funcional a los modelos de acceso directo a los tribunales constitucionales: la duración del proceso de constitucionalidad y la pureza de la Corte Constitucional.

4. La duración razonable del proceso de control de constitucionalidad

La centralidad de la duración del proceso de control de constitucionalidad en la objeción funcional sobre la superación de la capacidad de respuesta de la Corte Constitucional impone la formulación de unas consideraciones sobre este aspecto del procedimiento de revisión judicial de la ley. En especial si se observa que el denominador común de las consecuencias negativas que se atribuyeron previamente al aumento de procesos de constitucionalidad es la dilación del proceso en el que se realiza el análisis de la compatibilidad entre una ley y la Constitución.

Las dilaciones en el control de constitucionalidad son un problema en sí mismo porque implican una vulneración del derecho a acceder a la justicia y a obtener una decisión de fondo dentro de un plazo razonable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha advertido sobre la conexión entre el derecho al acceso a la justicia y la duración del proceso de control de constitucionalidad.

En algunas sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por la violación del derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El hecho generador de la responsabilidad internacional ha sido la dilación en los procesos de control de constitucionalidad realizados por los tribunales constitucionales de los Estados cuya responsabilidad internacional fue declarada por el Tribunal Europeo[45].

Adicionalmente, las dilaciones tienen consecuencias estructurales relacionadas con un cierto nivel de incertidumbre o inseguridad jurídica que se genera con la apertura de un proceso de constitucionalidad en contra de una determinada ley. A pesar de que, en virtud de la presunción de constitucionalidad, una ley demandada mantiene su plena vigencia, el efecto de incertidumbre es inevitable y aumenta proporcionalmente con la duración del juicio de contraste[46]. Por otra parte, si la duración del proceso se extiende de manera excesiva se puede llegar al extremo de que la decisión final sobre la constitucionalidad de una ley se torne ineficaz en virtud de que la norma objeto de control haya sido modificada o derogada por el propio legislador[47].

---

45 TEDH. *Asunto Probstmeier v. Germany*, n.º 20950/92, sentencia de 1 de julio de 1997 y *Asunto Pammel v. Germany,* n.º 17820/91, sentencia de 1 de julio de 1997.

46 En todo caso, es importante advertir que el reconocimiento de que una demanda de constitucionalidad puede generar un cierto nivel de inseguridad jurídica porque, precisamente, el proceso tiende a verificar la conformidad de la ley atacada con la Constitución, no implica atribuir el efecto estructural contra el que se argumentó previamente en este mismo capítulo. De acuerdo con la crítica objetada con anterioridad, la existencia de una forma de control de constitucionalidad de las leyes podría causar una inversión de la presunción de constitucionalidad de los actos del legislador en una presunción de inconstitucionalidad. Esta última solo se desvirtuaría con la decisión de la Corte Constitucional que declara constitucional la ley. Como ya se señaló, esta observación exagera las dimensiones de la justicia constitucional y desconoce que la presunción de constitucionalidad de las leyes determina aspectos estructurales y del diseño institucional de los sistemas de control de constitucionalidad. Por ejemplo, la existencia misma de un órgano que centralice la revisión de los actos del legislador, el requerimiento de que los ataques de constitucionalidad tengan un cierto nivel de potencia para cuestionar la presunción a favor de las leyes o la aplicación de criterios de interpretación *in dubio pro legislatore* son elementos que, en lugar de invertir la presunción a favor de las leyes, están dirigidos a su plena eficacia como presunción que puede ser desvirtuada, pero no por esto inexistente.

47 No obstante, es necesario precisar que la derogación de la norma objeto del control de constitucionalidad no torna innecesaria la sentencia de constitucionalidad. En especial cuando los efectos de la norma derogada se prolongan más allá del momento de la derogación. En estos casos, como lo ha reconocido la Corte Constitucional y se señaló previamente en este capítulo,

Las dilaciones en el proceso de control de constitucionalidad son tan graves en los sistemas en los que se permite que el tribunal decrete la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado como en aquellos en los cuales no existe esa posibilidad[48]. En los primeros, la combinación de un procedimiento dilatado con la suspensión cautelar del acto normativo reduce el grado de optimización del principio democrático, especialmente en aquellos casos en los cuales el resultado final del juicio de contraste es la declaratoria de la compatibilidad entre la ley y la Constitución. En los segundos, la inexistencia de la suspensión provisional y un proceso de larga duración pueden conducir a la ineficacia de la sentencia y a aumentar los problemas sobre los efectos temporales de la decisión judicial, en especial cuando el resultado del juicio de contraste es la invalidez de la ley[49].

El problema de las dilaciones y de la duración óptima del proceso de control de constitucionalidad resulta más interesante en la medida en que existen

---

tiene sentido que el tribunal se pronuncie sobre la (in)constitucionalidad de la ley derogada. El problema se presenta cuando la norma ha sido derogada y sus efectos no son prospectivos. En estos casos, la Corte Constitucional de Colombia se ha inhibido para decidir de fondo una demanda de constitucionalidad en virtud de que la norma objeto del control de constitucionalidad había sido derogada. Sobre el tema, la Corte señaló: "13. Por las razones expuestas la Corte considera que las disposiciones parcialmente demandadas no se encuentran vigentes. En efecto, tales disposiciones se limitaban a establecer algunas excepciones a las reglas generales de contratación así como exenciones tributarias y reglas presupuestales especiales para los contratos o convenios destinados a la cooperación técnica. Sin embargo, actualmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y las leyes que adoptan tratados internacionales o tratados marco de cooperación, así como las disposiciones tributarias y presupuestales referidas a los contratos o convenios de cooperación, regulan integralmente la materia. Por esta razón la Corte habrá de declararse inhibida para conocer de la demanda interpuesta pues las disposiciones de la Ley 24 de 1959, parcialmente demandadas, han sido derogadas". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de 2006.

48 Sobre las medidas cautelares en los procesos de control de constitucionalidad, cfr. Arias Grillo, Rodrigo. "La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 116, mayo-agosto, 2008, pp. 77-110; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 493-529 y Perrone, Daria. "El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado". *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 38, septiembre-diciembre, 2009, pp. 31-53.

49 Me he percatado de la necesidad de complementar los dos criterios iniciales del análisis (dilaciones en el procedimiento y facultad para decretar la medida cautelar de suspensión provisional) con el criterio del resultado del proceso de constitucionalidad gracias a la lectura de Ferreres Comella. "La presunción de constitucionalidad", cit., pp. 51-61.

buenas razones para optar, al mismo tiempo, por un proceso expedito y por un proceso pausado y relativamente distendido. En efecto, en la respuesta a este problema convergen criterios que juegan a favor de un proceso de revisión de la ley breve, que disipe definitivamente las dudas sobre la constitucionalidad de una ley y en el que existan términos preclusivos que permitan el mayor desarrollo posible del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, también hay razones suficientes para favorecer un proceso diferido, en el que se destine el tiempo adecuado a deliberar, se reflexione sobre todos los aspectos del juicio de contraste y se trabaje en una decisión judicial bien fundamentada.

Con el propósito de ofrecer un criterio específico de valoración de la duración de un proceso de control de constitucionalidad de las leyes resultará útil examinar, por una parte, los términos que han sido establecidos por las normas procesales de algunos Estados que incorporan sistemas centralizados de control de constitucionalidad y, por otra, los criterios bajo los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que un proceso de control judicial de la ley puede ser calificado como un recurso efectivo. La primera visión puede ofrecer un panorama formal de los tiempos que el constituyente o el legislador han calificado como adecuados para el proceso de control de constitucionalidad. Por su parte, la segunda perspectiva permitirá conocer el criterio de la Corte Interamericana frente a la extensión temporal real de esos procedimientos.

El objetivo final de este análisis es demostrar que la segunda objeción funcional que se preocupa por las dilaciones en el proceso de control de constitucionalidad –como resultado del alto número de recursos en contra de las leyes– parte de una premisa equivocada, de acuerdo con la cual el juicio de contraste debe desarrollarse con la mayor celeridad posible. Se argumentará que es importante que existan plazos determinados y tiempos medios de respuesta del tribunal constitucional, pero es importante reconocer un cierto grado de duración del procedimiento en razón de los diferentes niveles de complejidad que implica cada una de las demandas de constitucionalidad.

4.1. La duración del proceso de revisión judicial de la ley en el derecho constitucional comparado

El establecimiento de términos o plazos para cada una de las etapas y para la duración total de un proceso es una obligación que deriva de los derechos a la igualdad, al acceso a la justicia y a las garantías judiciales o debido proceso. Como se ha anticipado, en el control de constitucionalidad, una respuesta

expedita sobre la constitucionalidad de una ley trasciende el interés de los peticionarios y se extiende a toda la sociedad. En consecuencia, las propias constituciones y, a falta de estas, las leyes orgánicas y los reglamentos internos de los tribunales constitucionales se refieren a los tiempos en que debe desarrollarse la revisión judicial de una ley.

De manera enunciativa, a continuación se indicarán los términos establecidos para los tribunales supremos o constitucionales de algunos Estados. Dentro de estos interesan especialmente aquellos diseños institucionales que han acogido la figura del acceso directo de todas las personas o ciudadanos al control de constitucionalidad.

En República Dominicana, por ejemplo, el término máximo del procedimiento para resolver el recurso de inconstitucionalidad es de seis meses. Este plazo no se establece expresamente pero se puede deducir de la lectura de las disposiciones sobre algunas de las etapas del proceso: la presentación del recurso, la corrección del recurso, la notificación al procurador general de la república, las intervenciones ciudadanas o *amicus curiae*, el plazo para la deliberación, aprobación y publicación de la sentencia (cuatro meses) y la publicación de los votos de los magistrados[50].

Por otra parte, en Venezuela existen unas disposiciones comunes a todos los procesos que se realizan ante la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Una lectura de esas normas permite inferir que el proceso de control de constitucionalidad tiene una duración formal aproximada de noventa días hábiles durante los cuales se deben desarrollar todas las etapas del proceso[51]. Aun así, es importante advertir que se trata de un conjunto de reglas muy generales que se refieren a fases que no suelen ocurrir dentro del proceso de control de constitucionalidad. En todo caso, como la propia norma señala, se

---

50 Cfr. Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, arts. 38-50, y Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, arts. 28-30.

51 El detalle de cada una de esas fases, en días hábiles, es el siguiente: 3 para designar al magistrado ponente; 3 para oponerse a las medidas cautelares; 3 para las pruebas sobre la oposición a las medidas cautelares; 5 para decidir definitivamente sobre las medidas cautelares; 5 para decidir sobre la admisión de la demanda; 3 para corregir la demanda cuando fuere necesario; 5 para librar un cartel de emplazamiento; 10 para que concurran los interesados en el proceso; 3 para decidir la legitimidad de los intervinientes; 10 para que los legitimados presenten sus intervenciones escritas y soliciten pruebas; 3 para que las partes se opongan a las pruebas solicitadas; 5 para practicar las pruebas admitidas; 20 para decidir y 3 para la presentación de los votos. Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, arts. 99, 104 y 129-145.

encuentra pendiente de aprobación una ley específica sobre aspectos procesales detallados de cada una de las competencias de la sala constitucional[52]

En tercer lugar, también en El Salvador las reglas sobre el proceso de control de constitucionalidad son indeterminadas[53]. No obstante, con los pocos plazos establecidos es posible concluir que el proceso tiene una duración mínima de seis meses. La propia Corte Suprema de ese país sugiere que no es posible regular previamente los tiempos del proceso de control de constitucionalidad. También ha señalado que la inexistencia de términos en el proceso de revisión judicial de la ley no es una omisión excesivamente grave porque no implica una libertad absoluta del tribunal para adoptar una decisión final.

Además, la Corte Suprema de El Salvador ha sostenido que la indeterminación tiene la ventaja de que reconoce un ámbito de discrecionalidad para que el juez amplíe o reduzca el debate en función de la complejidad del asunto y de la relevancia pública de la ley demandada[54]. Como se verá más adelante, un criterio similar a este es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los otros dos Estados en los que existe acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad tienen unos términos semejantes. En efecto, en Ecuador, la duración formal aproximada del proceso de acción pública de inconstitucionalidad es de seis meses[55]. Por su parte, en Colombia, los términos

---

52 Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, art. 128.

53 No existe un término para que el tribunal se pronuncie. Los únicos términos que existen se computan en días hábiles: 10 para que la autoridad que expidió la norma profiera un informe, hasta 90 para correr traslado del informe al fiscal general y 15 para publicar la sentencia. Cfr. Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador. Decreto 2996, arts. 7-11.

54 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional. Sentencia 13-2003 de 14 de diciembre de 2004, fundamento jurídico VI-3.

55 El detalle de las fases con sus términos, en días hábiles, es el siguiente: 15 para decidir sobre la admisibilidad; 5 para corregir la demanda cuando fuere necesario; 10 para intervenciones ciudadanas; 5 para solicitar la realización de una audiencia; 5 para realizar la audiencia; 20 para que los jueces presenten sus criterios al ponente; 15 o 30 para presentar la ponencia, en función de si hubo audiencia o no; 5 para que los jueces presenten observaciones sobre el texto de la ponencia; 10 para decidir; 10 para que los jueces presenten sus votos y para publicar la sentencia; 3 para solicitar la ampliación de la sentencia, y 8 para resolver sobre tal solicitud. Cfr. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, arts. 77-97, y Reglamento de Sustanciación de los procesos de competencia de la Corte Constitucional de 2010, arts. 55-66.

del Decreto 2067 de 1991 indican que la duración formal del juicio de constitucionalidad puede tardar siete meses aproximadamente[56].

De acuerdo con el esquema de este trabajo, en Costa Rica existe un modelo de acceso interesado. El cómputo de los pocos términos que se han fijado para el proceso de acción de inconstitucionalidad permite inferir que la duración formal de ese proceso es de tres meses[57]. Por otra parte, en Perú existe un modelo de acceso colectivo. El Código Procesal Constitucional de ese país estableció que la duración formal de un proceso de control de constitucionalidad es de cuatro meses[58]. En Bolivia, el trámite de la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto ante el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene una duración formal de cuatro meses[59].

En España, el modelo de acceso es por medio de funcionarios. El artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional solo establece términos para algunas de las fases del proceso que sigue a un recurso de constitucionalidad. La ley orgánica se refiere solamente a dos términos. Por una parte, a los quince días con que cuentan las cámaras, el presidente y, en algunos casos, el poder ejecutivo y legislativo de las comunidades autónomas para presentar alegaciones. Por otra, a los diez días que tiene el pleno del tribunal, una vez se

---

56 El detalle de las fases con sus términos, en días, es como sigue: 10 para la admisión de la demanda; 3 para la corrección de la demanda cuando sea necesario; 10 para practicar pruebas cuando sea necesario; 10 para la fijación en lista; 30 para el concepto del procurador general (este término se empieza a computar al mismo tiempo que el de fijación en lista); 30 para la presentación del proyecto de sentencia; 60 para decidir de fondo; 5 para la presentación de los votos, y 6 para la notificación de la sentencia. Cfr. Decreto 2067 de 1991, arts. 6-16.

57 El detalle de cada una de las fases reguladas en días es el siguiente: 3 para solicitar la revocatoria de la decisión que niega el trámite de la acción de inconstitucionalidad; 15 para escuchar en audiencia al procurador general y la contraparte del accionante en el juicio principal; 15 para permitir la participación de terceros interesados y permitir la acumulación de otras acciones, y 30 para resolver de fondo. Cfr. Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, arts. 73-95.

58 El detalle de cada una de las fases reguladas en días es el siguiente: 10 para decidir sobre la admisión de la demanda; 5 para corregir la demanda si fuere necesario; 30 para la contestación de la demanda; 10 para convocar a audiencia de decisión, y 30 para dictar la sentencia. Cfr. Código Procesal Constitucional de Perú. Ley 28.237, arts. 103-108.

59 El detalle de cada una de las fases reguladas en días es el siguiente: 2 para remitir la demanda a la comisión de admisión; 5 para decidir sobre la admisión; 5 para la corrección de la demanda cuando sea necesario; 5 para decidir sobre la corrección de la admisión; 3 para recurrir el auto que decide sobre la admisión; 15 para el informe de la autoridad que emitió el acto demandado, y 45 para dictar la sentencia. Cfr. Código Procesal Constitucional de Bolivia. Ley 254 de 2012, arts. 24-28 y 76.

ha vencido el término anterior, para dictar sentencia definitiva. No hay términos para el estudio de admisión o para alguna de las otras etapas del proceso.

En todo caso, la ley orgánica establece que el Tribunal podrá ampliar el plazo para dictar sentencia hasta un máximo de treinta días mediante una resolución motivada. Como se puede observar, en ese plano formal, el proceso de constitucionalidad en España no podría durar más de tres meses. Sin embargo, la realidad dista mucho de la fórmula legal[60].

Este último aspecto del sistema español de control de constitucionalidad pone en evidencia que los plazos o términos que se han comentado previamente tienen un carácter formal. En la práctica, existen mecanismos para extender el proceso, como la suspensión de los términos o el incumplimiento de los plazos por los magistrados o sus grupos de trabajo. Adicionalmente, no existen vías adecuadas para controlar que un tribunal respete los plazos o para exigir que dicte su fallo sin dilaciones.

A lo anterior se suma la existencia de algunos reglamentos que no fijan plazos concretos y preclusivos para la duración de cada una de las etapas y para la totalidad del proceso de control de constitucionalidad. Sin duda, esta realidad se puede juzgar como inconveniente. Es necesario insistir en que la posibilidad de conocer y controlar la duración de un proceso cobra mayor relevancia cuando se trata del control de constitucionalidad.

Además de la clásica función de garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos, la existencia de plazos definidos y preclusivos para la revisión judicial de la ley es un imperativo en razón de la incertidumbre que genera el sometimiento de un acto del legislador a la revisión del juez constitucional. En ese sentido, es muy importante que se reformen los reglamentos que incurren en esta grave omisión, o que se aprueben las reglas procesales donde no se ha legislado sobre la materia.

---

60 Existen unos casos paradigmáticos de dilación en el proceso de control de constitucionalidad en España. Veamos: i) El 31 de julio de 2002 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Real-Decreto 5/2002 (de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad). El recurso fue resuelto cinco años después mediante Sentencia 68/2007 (28 de marzo de 2007). ii) El 31 de julio de 2006 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El recurso fue resuelto cuatro años después mediante la Sentencia 31/2010 (28 de junio de 2010). iii) El 30 de septiembre de 2005 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo. El recurso fue resuelto siete años después mediante la Sentencia 198/2012 (6 de noviembre de 2012).

La definición de los términos puede ser una tarea complicada pero no imposible. En ese aspecto, es importante tener en cuenta la siguiente advertencia: cuando la sociedad duda sobre la constitucionalidad de una de las leyes que ha proferido el órgano deliberativo existe cierto apremio por disipar esa duda; en términos de Ferreres, "cuando el tema que se discute es el de la posible inconstitucionalidad de una ley, (los tribunales) deben emitir sus sentencias bastante pronto"[61]. Pero es más importante que la duda sea bien resuelta, y esto implica tanto una respuesta con alta probabilidad de corrección como un procedimiento participativo, con deliberación de calidad y, en la medida de lo posible, altamente participativo.

El resumen de los plazos formales comentados previamente muestra que, con independencia del modelo de acceso, existe un término medio formal de seis meses. Probablemente se trate de un tiempo adecuado que permita tramitar el juicio de contraste en las condiciones que se han mencionado y deje un margen para que el tribunal decida con mayor celeridad casos menos complejos. Adicionalmente, parece un periodo necesario para que la opinión conozca el proceso, se informe sobre el tema y se genere algún grado de deliberación fuera de la Corte Constitucional.

De acuerdo con todo lo anterior, se puede afirmar que la segunda objeción funcional tiene una dimensión que se preocupa excesivamente por el tiempo del proceso de constitucionalidad, a pesar de que el propio constituyente o el legislador han mostrado una tendencia por equilibrar la ansiedad de conocer el resultado del juicio de contraste con los tiempos necesarios para realizarlo en unas condiciones óptimas.

Sin embargo, todavía se podría afirmar que la duración real de estos procedimientos es diferente de la duración formal, y que un alto número de recursos puede generar una distancia excesiva entre estos dos términos. En atención a ese argumento, es necesario buscar un criterio material de evaluación de los tiempos del proceso de control de constitucionalidad. Para ese propósito es muy relevante conocer el baremo que ha aplicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violaciones a los derechos humanos en los que, de alguna manera, era relevante la existencia de un proceso de constitucionalidad en contra de una ley.

---

61 Ferreres Comella. *Una defensa del modelo*, cit., p. 178.

4.2. LA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El segundo criterio de referencia para fijar la duración idónea del proceso de control de constitucionalidad se infiere de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el trámite de algunos casos contenciosos, ese tribunal regional ha debido determinar si los procesos de control de constitucionalidad de las leyes son recursos efectivos para remediar las violaciones a los derechos humanos.

Los tipos de violaciones en los que la Corte Interamericana ha realizado ese análisis son aquellos que se producen como consecuencia de la expedición o aplicación de una ley o acto normativo con fuerza de ley contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta evaluación le ha permitido a la Corte decidir si los peticionarios estaban obligados a acudir al control de constitucionalidad, como un recurso interno que han debido agotar previamente, o si podían acudir al tribunal internacional sin necesidad de presentar un recurso de constitucionalidad[62].

En la sentencia de fondo sobre el caso *López Mendoza v. Venezuela*, la Corte Interamericana decidió la petición individual de un ciudadano venezolano que fue sancionado en dos oportunidades por el órgano administrativo de control fiscal de ese país. Uno de los ejes centrales del problema jurídico de este caso era la incompatibilidad de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal con el artículo 23 de la Convención Americana. De acuerdo con la interpretación de los representantes de la víctima, el artículo 5 de la mencionada ley establecía unos

---

62 Hasta el momento no se ha presentado ningún caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que el objeto principal y exclusivo de la *litis* sea la violación del derecho de acceso a la justicia o de las garantías judiciales por dilación en el proceso de control de constitucionalidad. Por el contrario, en Europa, en los casos *Probstmeier v. Germany* y *Pammel v. Germany*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad internacional del Estado de Alemania por las dilaciones del Tribunal Constitucional Federal en resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. Como señala Ferreres: "Conviene indicar, en este sentido, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en 1997 a Alemania por violar el art. 6 del Convenio Europeo (que protege el derecho a un juicio en un plazo razonable), al haber tardado el Tribunal Constitucional alemán siete años y cuatro meses en un caso, y cinco años y tres meses en otro, en resolver las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los jueces ordinarios". Ferreres Comella. *Una defensa del modelo*, cit., p. 178.

límites desproporcionados a los derechos políticos porque permitía que un funcionario público fuera sancionado e inhabilitado para ejercer cargos públicos, a partir de una decisión adoptada por una autoridad administrativa, por medio de un procedimiento con menos garantías que el proceso penal y por una causa diferente a la comisión de un delito. Para la víctima, esta potestad sancionatoria de una autoridad administrativa era contraria al artículo 23 de la Convención Americana.

Antes de acudir al sistema interamericano, el día 21 de junio del año 2006, el señor Leopoldo López Mendoza interpuso ante la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 5 de la ley orgánica mencionada. Mediante sentencia dictada el día 6 de agosto del año 2008, el Tribunal Supremo declaró la constitucionalidad de la norma demandada y argumentó a favor de la compatibilidad entre la norma acusada y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[63].

En las consideraciones sobre la presunta violación del derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25 de la Convención), la Corte Interamericana estableció que la determinación del carácter efectivo de un recurso de constitucionalidad se hace mediante la aplicación de los cuatro criterios generales que ese tribunal ha establecido para la evaluación de la eficacia de los demás recursos internos: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal de las partes, iii) la actuación de la autoridad judicial y iv) la afectación de la situación jurídica del interesado[64].

En el caso concreto del señor López Mendoza, la duración del recurso de constitucionalidad había sido de dos años y dos meses. La Corte Interamericana estableció que ese periodo se ajustaba a los límites del plazo razonable y, en consecuencia, que se trataba de un recurso efectivo. La Corte respaldó esa conclusión en las siguientes seis razones[65].

Los primeros tres argumentos de la Corte Interamericana se refirieron al criterio de la complejidad del asunto. En primer lugar, la Corte valoró como un aspecto altamente complejo que el objeto del recurso de inconstitucionalidad

---

63 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C n.º 233, párrs. 89 y 90.

64 Ibíd., párr. 174.

65 "Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado logró justificar que el tiempo que la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia demoró en resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la víctima se ajusta a la garantía de plazo razonable". Ibíd., párr. 180.

fuera, precisamente, la determinación de la compatibilidad de una ley con la Constitución. Un segundo aspecto determinante que tuvo en cuenta el tribunal interamericano y que le permitió inferir un aumento del grado de complejidad del recurso de inconstitucionalidad fue la existencia de otras demandas posteriores contra la misma ley demandada por el señor López Mendoza. Esta situación obligó al Tribunal Supremo de Venezuela a acumular los diferentes procesos. En tercer lugar, la Corte Interamericana consideró que la presentación de intervenciones o *amicus curiae* aumentaba la complejidad del recurso de inconstitucionalidad[66].

El cuarto argumento de la Corte Interamericana estuvo relacionado con el criterio de la actividad procesal de las partes. El tribunal de San José verificó que el demandante había cumplido con todas sus obligaciones procesales y no había provocado dilaciones injustificadas. La quinta razón se refirió a la conducta de las autoridades judiciales. La Corte Interamericana consideró que el Tribunal Supremo de Venezuela había desplegado todos sus esfuerzos para resolver el recurso de inconstitucionalidad mediante el cumplimiento de las notificaciones necesarias, la convocatoria y realización de las audiencias, y destacó especialmente que el tribunal hubiera probado diligencia a pesar de que su propia ley orgánica no establece términos para emitir las decisiones de constitucionalidad[67].

La Corte Interamericana concluyó su análisis con una cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La tesis de la jurisprudencia europea, retomada por la Corte Interamericana, refleja la tensión que se comentó previamente entre las buenas razones para preferir un proceso de constitucionalidad breve y los fuertes argumentos para defender un nivel mínimo de duración del procedimiento por medio del cual se puede declarar la invalidez de una ley. En los términos del Tribunal Europeo citado por la Corte Interamericana: "los intereses de la persona afectada, en que se tome una decisión tan pronto como sea posible, tienen que sopesarse frente a la exigencia de un examen cuidadoso del caso y una celebración apropiada de los procedimientos"[68].

---

66 Ibíd., párrs. 175 y 176.

67 Ibíd., párrs. 177-180.

68 TEDH. *Asunto H v. the United Kingdom*, n.º 9580/81, sentencia de 8 julio de 1987, párrs. 71-86; TEDH. *Asunto Case X v. France*, n.º 18020/91, sentencia de 31 de marzo de 1992, párr. 32; TEDH. *Asunto Silva Pontes v. Portugal*, n.º 14940/89, sentencia de 23 de marzo de 1994, párr. 39.

Sin embargo, el caso del señor López Mendoza no ha sido la única oportunidad de la Corte Interamericana para referirse a la duración del proceso de control de constitucionalidad en los Estados sometidos a su jurisdicción. Por ejemplo, en el caso *Mejía Idrovo v. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró nuevamente la cuestión del plazo en los procesos de revisión judicial de la ley.

El señor José Alfredo Mejía Idrovo fue coronel del Ejército de Ecuador hasta el año 2000. En ese año, al señor Mejía Idrovo le fue negada la solicitud de ascenso y fue excluido de las Fuerzas Armadas mediante los decretos presidenciales 1185 y 1680 del año 2000. El 4 de octubre de 2001, el señor Mejía presentó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y solicitó que fuera declarada la invalidez de estos dos decretos. El 12 de marzo de 2002, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los dos decretos. A pesar de lo anterior, las autoridades se negaron a cumplir con la decisión del Tribunal Constitucional y el señor acudió al Sistema Interamericano para solicitar la declaración de la responsabilidad internacional del Estado. La Corte Interamericana declaró la violación del derecho a la protección judicial y adoptó las medidas de reparación pertinentes[69].

Sobre la duración del proceso de control de constitucionalidad en este caso, la Corte Interamericana estableció que el recurso de inconstitucionalidad presentado por la presunta víctima no había excedido el plazo razonable, a pesar de que el Tribunal Constitucional de Ecuador había tardado ocho meses en resolverlo[70]. La Corte Interamericana aplicó el baremo de cuatro parámetros mencionado previamente para determinar la afectividad de un recurso judicial.

Estos dos casos permiten inferir que la Corte Interamericana es altamente deferente con los Estados respecto de la duración del proceso de control de constitucionalidad. No se trata de una deferencia discrecional sino, como ya se anticipó, del resultado de aplicar los cuatro criterios del plazo razonable que ha establecido la propia Corte Interamericana. En especial, el criterio de la complejidad del asunto que permite introducir una especial sensibilidad por la función del juez constitucional cuando realiza el juicio de contraste entre la Constitución y una ley.

---

69 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C n.º 228, párrs. 48-50.

70 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, cit., párrs. 93-98, 106 y 107. A diferencia del modelo de acceso directo de Venezuela, en el régimen ecuatoriano del momento en el que la víctima presentó el recurso existía un requisito de procedibilidad que consistía en un informe de admisibilidad por parte del defensor del pueblo.

A efectos de este trabajo, resulta especialmente destacable que la Corte Interamericana tenga en cuenta, aunque sea de manera implícita, los diferentes elementos de apertura del sistema de control de constitucionalidad. Como se puede inferir de estas decisiones, la Corte ha concedido un mayor plazo al sistema que tiene mayor apertura, en relación con el sistema en el que el acceso al control de constitucionalidad es limitado. Del mismo modo, es muy importante que la Corte Interamericana haya señalado que el carácter participativo del proceso de control de constitucionalidad puede justificar una mayor duración del mismo en virtud del requerimiento de mayor deliberación.

Por supuesto, la diferencia entre avalar un recurso que se tramitó en ocho meses y otro que duró dos años lleva a pensar que la Corte Interamericana no tiene o no pretende fijar un estándar regional sobre la materia. Se trata de una buena opción porque reconoce los diferentes modelos de acceso al control de constitucionalidad, la disímil configuración del procedimiento y los diversos grados de institucionalización de la justicia constitucional en los Estados que forman parte del Sistema Interamericano.

Al mismo tiempo, los criterios del plazo razonable permiten aplicar una escala diferenciada que sea sensible a los diferentes grados de complejidad de los procesos de control de constitucionalidad y, muy especialmente, al tipo de procedimiento. Eso lleva a pensar que, con base en el criterio de la actividad procesal de los intervinientes, la Corte Interamericana será más flexible con procesos de control de constitucionalidad que incorporen herramientas deliberativas, como el colombiano, y más estricta con procesos cerrados que sean ajenos a las intervenciones de los ciudadanos.

Quizás este sea un buen estímulo para que se avance en la apertura del acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad en toda la región, tanto para que estos tengan la posibilidad de fijar la agenda del tribunal como en el establecimiento de espacios para que los tribunales constitucionales escuchen todas las voces interesadas en la (in)constitucionalidad de la ley. En el capítulo final de este libro se volverá sobre los argumentos que aporta el Sistema Interamericano a favor de modelos de acceso directo de los individuos al control de constitucionalidad de las leyes.

Hasta ahora es importante señalar que, en relación con la distinta duración del proceso de control de constitucionalidad en los diferentes Estados, la práctica de la Corte Interamericana permite moderar la crítica formulada previamente a los reglamentos que no establecen plazos preclusivos o una duración concreta para las etapas del proceso de revisión judicial de la ley. Sin asumir la posición escéptica del tribunal de El Salvador, con base en los criterios del

plazo razonable de la Corte Interamericana se puede afirmar que es bueno cierto nivel de flexibilidad para que el juez constitucional pueda destinar más tiempo a deliberar sobre problemas de constitucionalidad especialmente complejos y relevantes o tramite con mayor celeridad casos relativamente fáciles, en los que el juicio de contraste evidencia con claridad la (in)compatibilidad de una ley con la Constitución.

Aun así, como no existe ninguna garantía de que la mayor o menor necesidad de deliberación sea el único criterio que use un tribunal para administrar los tiempos del proceso de constitucionalidad, esa flexibilidad no puede ser ilimitada. En consecuencia, esta debe ejercerse dentro de un marco temporal cuyo establecimiento debe ser previo y de público conocimiento. Solo de esta manera puede realizarse un control sobre la actividad del tribunal y denunciar los casos de dilaciones injustificadas en la revisión judicial de las leyes.

Una conclusión que puede poner en relación los tres elementos –la duración del proceso de control de constitucionalidad, el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional y la segunda objeción funcional a este tipo de diseños institucionales– es que el proceso de revisión judicial de la ley debe tener una duración intermedia entre las necesidades de seguridad jurídica y acceso a la justicia, de acuerdo con la pretensión de suficiente deliberación en el juicio de constitucionalidad y la intrínseca complejidad del juicio de contraste entre la Constitución y la ley. Aun cuando un tribunal constitucional tuviera una demanda baja de recursos y pudiera tramitarlos todos de manera inmediata, sería deseable que se tomara un tiempo para: deliberar, escuchar a expertos e interesados, recopilar información relevante, fomentar el debate público y decidir con independencia de las urgencias propias de los problemas mediáticos.

Todo lo anterior sugiere que la segunda objeción funcional al acceso directo al control de constitucionalidad no debe dirigirse a demostrar que la alta demanda de recursos causa un proceso prolongado, sino a comprobar que tal espera resulta excesiva en relación con la complejidad del juicio de constitucionalidad o que, a pesar de la misma, no se cumplen las condiciones ideales para realizarlo. En muchas ocasiones, este último escenario se produce como consecuencia de que los tribunales constitucionales tienen asignadas otras competencias que ocupan su agenda y no en razón del mecanismo de acceso al control de constitucionalidad. Por este motivo resulta interesante analizar el grado de pureza de la Corte Constitucional de Colombia y la forma como las otras competencias que tiene asignadas ese tribunal inciden en su capacidad razonable de trabajo.

5. LA CAPACIDAD DE TRABAJO RAZONABLE Y LA (IM)PUREZA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ahora corresponde centrarse en la idea de que el tribunal no pueda responder de ninguna manera a una cantidad muy alta de acciones de constitucionalidad. Esta última fórmula representa la versión más fuerte de la segunda objeción funcional al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Sin embargo, es importante precisar que se trata de un argumento altamente abstracto porque desconoce el siguiente hecho innegable: la demanda de justicia de un tribunal constitucional no depende exclusivamente de los legitimados para acceder al juez constitucional. Esta es, ciertamente, una variable central y de una importancia indiscutible. Sin embargo, la agenda y el volumen de trabajo de un tribunal constitucional también varían de acuerdo con las competencias que este tiene asignadas.

La carga de trabajo de un tribunal aumenta en la medida en que aumentan sus competencias y los legitimados para acceder al tribunal en virtud de cada una de estas funciones. Si un tribunal tiene muchas competencias puede asumir una gran carga de trabajo, aunque exista una fuerte restricción en los sujetos legitimados para iniciar cada una de esas competencias. El tribunal también puede tener una gran carga de trabajo si le han sido asignadas pocas competencias pero existe un grado excesivamente alto de apertura respecto de los sujetos que pueden iniciarlas. Por supuesto, la combinación entre un catálogo amplio de competencias y un alto grado de apertura resulta perjudicial para el buen funcionamiento de un tribunal.

Con el fin de determinar la capacidad razonable de trabajo de la Corte Constitucional se torna esencial un examen previo de su grado de (im)pureza. Solo una vez que se ha tasado el grado de puridad del tribunal resulta posible evaluar la incidencia de la apertura de los ciudadanos al control de constitucionalidad en la afectación del funcionamiento normal de la Corte.

El concepto de pureza de los tribunales o cortes constitucionales tiene como presupuesto la idea de que se trata de órganos creados esencialmente para realizar el control de constitucionalidad de las leyes[71]. Otro tipo de

---

71 "El control de las leyes es la tarea principal (a veces, la única) que se encomienda a los tribunales constitucionales. Ésa es la función que justifica su existencia como instituciones especiales". FERRERES COMELLA. *Una defensa del modelo*, cit., p. 99.

funciones ajenas a las relacionadas directamente con la revisión judicial de las leyes reducen el grado de pureza de los tribunales. Como lo señala Ferreres:

> Podemos decir que un tribunal constitucional no es *puro* cuando, aparte de controlar la validez de las leyes, desempeña otras funciones. Es tanto menos puro, cuanto más importantes sean esas otras funciones, cuanto mayor sea el volumen de trabajo que supongan para el tribunal, y cuanto más se aproximen, conceptualmente, a las actividades de aplicación judicial del Derecho ordinario[72].

El grado de pureza de un tribunal constitucional depende, entonces, de tres criterios: funcional, cuantitativo y de proximidad con la aplicación del derecho ordinario. Este trabajo se basará en estos tres elementos para determinar el grado de pureza de la Corte Constitucional de Colombia. En consecuencia, se indicarán las competencias de la Corte Constitucional que se agregan a la del control de constitucionalidad y su grado de importancia, el peso concreto de esas otras funciones en el trabajo de la Corte y la relación de las mismas con la función de aplicación del derecho ordinario. Finalmente, se ofrecerá una propuesta de medición del peso del sistema de acción pública de constitucionalidad dentro de la agenda global de la Corte Constitucional.

Antes de realizar el enunciado análisis vale la pena advertir que la pureza de un tribunal no tiene una connotación necesariamente positiva, ni siquiera puede ser considerada como un ideal. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que los tribunales constitucionales modernos realizan funciones que no solo son ajenas al control de constitucionalidad, sino que pueden resultar extrañas para un tribunal constitucional. Como lo explica Ginsburg:

> Recientemente, los tribunales constitucionales han recibido una amplia gama de competencias que los alejan aún más de su rol tradicional. El proyecto de Constitución de Azerbaiyán le otorgó al Tribunal Constitucional la facultad de "disolver el Parlamento si este aprueba reiteradamente leyes que violan la Constitución". Del mismo modo, el Tribunal Constitucional de la Federación Rusa tiene el derecho de presentar iniciativas legislativas. El Tribunal Constitucional de Tailandia tiene el poder de aprobar las recomendaciones de la Comisión contra la Corrupción para inhabilitar a los funcionarios por no informar con precisión los ingresos y activos, una competencia que ya ha utilizado varias veces en el corto período

---

72 Ibíd., p. 31.

> desde la promulgación de la Constitución de 1997. De hecho, en un caso notable, se solicitó al tribunal constitucional que inhabilitara al candidato a primer ministro. Todos estos poderes pueden ser muy importantes para comprender el rol político de los tribunales constitucionales en un sistema concreto[73].

No obstante, lo anterior no quiere decir que un estudio y la determinación del grado de pureza del órgano que realiza el control centralizado de constitucionalidad sea una tarea superflua o, valga el uso de la expresión, puramente académica. Por el contrario, conocer el grado de pureza puede servir para múltiples fines prácticos, como explicar problemas de independencia del tribunal, elaborar el perfil de los magistrados y los integrantes de sus equipos de trabajo, determinar el presupuesto necesario para el buen funcionamiento de la institución, evitar conflictos con otras instituciones del poder público o, como se hace en esta investigación, comprender los factores que pueden poner en riesgo el propio funcionamiento o capacidad de respuesta del tribunal.

De manera que no se puede entender esta sección como una propuesta para hacer de la Corte Constitucional un tribunal puro sino, según se ha anticipado, como un intento por ubicarla en una escala de pureza y reflejar la incidencia del mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad dentro del trabajo general de la Corte. Por supuesto, sin perjuicio de que se puedan sugerir algunas modificaciones que aumenten la pureza de la Corte en aras de evitar problemas estructurales en las funciones de control de constitucionalidad y de unificación de la jurisprudencia.

5.1. EL CRITERIO FUNCIONAL

De acuerdo con el primer criterio, la pureza del tribunal constitucional disminuye en función de dos variables: la asignación de funciones diferentes al control de constitucionalidad y la importancia no cuantitativa de las mismas. En consecuencia, la medición de esta variable remite necesariamente al catálogo de funciones de la Corte Constitucional que se encuentra en la Constitución Política y en los decretos 2067 y 2591 de 1991.

De acuerdo con estas normas, las dos competencias principales de la Corte Constitucional son el control abstracto de constitucionalidad y la revisión de las sentencias de tutela. Sobre la primera función se ha comentado en el

---

73 GINSBURG. *Judicial Review*, cit., p. 40.

capítulo precedente de este trabajo. En virtud de la segunda competencia, la Corte recibe la totalidad de las decisiones definitivas de tutela que han proferido todos los jueces del país, selecciona los procesos que, en criterio de las salas destinadas específicamente para ese propósito, deben ser revisados y procede a emitir una decisión sobre el caso concreto.

Aunque no es el objeto de esta investigación, resulta necesario ampliar algunos aspectos sobre el funcionamiento del sistema de revisión de tutela. Además de las cifras que se proporcionarán más adelante, es importante conocer que los artículos 31 y 33 del Decreto 2591 de 1991 establecen que todos los jueces del país están obligados a remitir a la Corte Constitucional todas las sentencias de tutela que tengan un carácter definitivo. La Corte recibe los expedientes y realiza salas de selección (dos magistrados) en las que se escogen los casos que serán revisados de fondo por las salas de tutela (tres magistrados).

En principio, los criterios para seleccionar un caso se dividen en tres grupos. Por una parte, los criterios objetivos (unificación de la jurisprudencia, caso novedoso, reiteración de jurisprudencia o corregir un error grave que desconozca un precedente de la Corte Constitucional). En segundo lugar, los criterios subjetivos (protección urgente de un derecho o necesidad de aplicar un enfoque diferencial). Finalmente, los criterios complementarios (preservación del interés general, protección del patrimonio público, lucha contra la corrupción, casos de tutelas contra providencias judiciales y casos que involucran decisiones de instancias internacionales judiciales o cuasi-judiciales).

En definitiva, se trata de un mecanismo de coordinación y unificación de la jurisprudencia y de la interpretación de los derechos fundamentales. Por supuesto, este sistema no está exento de críticas por la carga de trabajo que genera y porque no hay claridad sobre el criterio que usan los magistrados de la Corte para formular sus insistencias con el fin de que sea seleccionado un expediente determinado[74].

Además de estas dos facultades principales, la Corte tiene las siguientes funciones. En primer lugar, desde la reforma constitucional realizada mediante

---

74 En los últimos años se han producido graves acusaciones de corrupción y estas generaron una modificación al reglamento de la Corte. Uno de los aspectos centrales de esa modificación fue la creación de una Unidad de Análisis y Seguimiento al proceso de selección de las tutelas y la publicación de las insistencias que presentan los magistrados, el procurador general, el defensor del pueblo y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cfr. Reglamento de la Corte Constitucional modificado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015, arts. 49 ss. Estas modificaciones al reglamento se encuentran vigentes desde el 1 de julio de 2015.

el Acto Legislativo 2 del año 2015, a la Corte Constitucional le corresponde dirimir los conflictos de competencias que se presentan entre las diferentes jurisdicciones[75]. Por otra parte, esta misma reforma constitucional eliminó una función de carácter electoral que se había asignado a la Corte en la Constitución de 1991. Hasta esta modificación, la Corte intervenía en los procesos de designación del contralor general de la república. Por disposición constitucional, la sala plena de la Corte elegía a una de las tres personas que integraban la terna de la cual el Congreso designaba al jefe de este organismo de control fiscal[76].

En términos de pureza de la Corte Constitucional, el balance sobre la reforma constitucional del año 2015 muestra que esta fue importante pero contradictoria. Por una parte, aumentó el grado de impureza de la Corte porque le asignó una función nueva y extraña al control de constitucionalidad (conflictos de competencias) y, por otra, eliminó una competencia que había creado muchos problemas (elección de un integrante de la terna para contralor general). En efecto, la impureza derivada de esa función electoral había ocasionado que se cumplieran, en buena medida, los temores de Carl Schmitt sobre la politización de la justicia y que se creara un escenario en el que ocurrían prácticas poco deseables dentro de un tribunal constitucional.

En cualquier caso, la impureza en razón de las funciones electorales no ha sido eliminada totalmente. De acuerdo con el artículo 266 de la Constitución, los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado participan en la elección del registrador nacional del estado civil. Este procedimiento debe realizarse cada cuatro años e incluye la convocatoria para la inscripción de candidaturas, la verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de los candidatos y la organización de un concurso de méritos.

Adicionalmente, los artículos 137 y 241.6 de la Constitución prevén que la Corte Constitucional resuelva definitivamente sobre las excusas que presentan quienes han sido citados por una comisión permanente del Congreso y se han negado a asistir a las audiencias para las que fueron convocados[77]. Finalmente, el artículo 156 de la Constitución, como en el caso de Rusia citado por Ginsburg,

---

75 Constitución Política de Colombia, art. 241.11. La Corte Constitucional declaró inexequibles algunas disposiciones de esa reforma constitucional mediante la Sentencia C-285 de 2016.

76 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 267.

77 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 137.

atribuye a la Corte la iniciativa legislativa para las materias relacionadas con su ámbito funcional[78].

En síntesis, el catálogo actual de funciones de la Corte es el siguiente: i) control abstracto de constitucionalidad por vía de acción, automático y semiautomático; ii) revisión de las sentencias de tutela; iii) dirimir conflictos de competencias entre diferentes jurisdicciones; iv) los procesos de excusas por inasistencia a debates de control político; v) la elección del registrador nacional del estado civil; vi) la iniciativa legislativa, y vii) darse su propio reglamento.

Ahora bien, conocer que la Corte tiene seis competencias generales y adicionales al control de constitucionalidad es solo una parte del análisis que sugiere el criterio funcional. Para completar el estudio de este primer aspecto se debe hacer una referencia breve a la importancia de las funciones adicionales.

En relación con la primera función ajena al control de constitucionalidad (revisión de las sentencias de tutela) resulta necesario destacar la importancia de esta competencia para la unificación de la jurisprudencia, la interpretación de la Constitución, la eficacia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, la implementación de mecanismos de interpretación evolutiva, la corrección de errores en la aplicación del derecho y la realización de las promesas de la Constitución de 1991. Se puede afirmar que la importancia de esta función es indudable porque constituye el eje articulador del sistema de protección de los derechos en Colombia.

Adicionalmente, el conocimiento de casos de tutela o amparo no es una función ajena al diseño institucional de la mayoría de los tribunales constitucionales del mundo. Ciertamente, lo que resulta atípico es el sistema de envío automático y revisión discrecional de la totalidad de las sentencias de tutela[79]. Por otra parte, en lo que al criterio funcional se refiere, existe un punto de

---

78 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 156.

79 Sobre la incidencia del mecanismo de envío automático y revisión discrecional de todas las sentencias de tutela que se dictan en el país se puede anticipar un elemento que luego quedará ratificado en el análisis del aspecto cuantitativo. En el mes de julio del año 2014 se conoció públicamente que se había derrumbado una parte del segundo piso del edificio del Palacio de Justicia en el que tiene su sede la Corte Constitucional de Colombia. La causa estructural de la falla del edificio fue el peso que generaban los bultos que contenían expedientes de tutela pendientes de revisión. Estos se encontraban en la sede de la secretaría general de la Corte Constitucional. Unos días antes del derrumbe, el presidente de la Corte Constitucional había manifestado la siguiente preocupación: "Existe la posibilidad [de] que colapse físicamente el edificio por el peso que tienen los expedientes". La información de prensa sobre estos hechos se puede consultar en: [http://www.semana.com/nacion/articulo/sede-de-corte-constitucional-

conexión entre la revisión de las decisiones de tutela y el control de constitucionalidad. En efecto, por medio de este mecanismo se puede evaluar el control difuso y concreto que han realizado los jueces del país mediante la excepción de inconstitucionalidad.

Sin duda, la valoración del rol de esta competencia en el criterio funcional es muy compleja. Por una parte, aumenta la impureza de la Corte porque le faculta para intervenir en cualquier decisión de tutela y, por otra, crea una vía institucional para realizar el control de constitucionalidad mediante el examen de las decisiones en las que se ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

Menos dudas caben respecto de la facultad para resolver los conflictos de competencias entre jurisdicciones. En este aspecto, la función es absolutamente importante porque garantiza el buen funcionamiento de la administración de justicia. Incluso, este tipo de intervención cobra mayor importancia dentro de un ordenamiento jurídico con un alto grado de pluralismo jurídico debido a la existencia de jurisdicciones especiales, como la justicia indígena y la justicia militar.

Sin embargo, se trata de una función que disminuye la pureza funcional de la Corte porque es ajena al control de constitucionalidad y relativamente extraña para un tribunal constitucional. Esta última afirmación debe ser moderada porque en América Latina existen tribunales constitucionales o salas constitucionales de tribunales supremos a las cuales les han sido asignadas este tipo de funciones. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia tiene la función de dirimir los conflictos entre las jurisdicciones indígena, originaria campesina, ordinaria y agroambiental[80]. También se han establecido cláusulas residuales de solución de conflictos de competencias que habilitan a los tribunales constitucionales para dirimir un determinado conflicto cuando esa función no fue asignada a otro órgano del poder público. Este es el caso de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de la Corte Constitucional de Ecuador y del Tribunal Constitucional de Perú[81].

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional había asumido el control de los casos difíciles de conflictos de competencias mediante el estudio de las

---

no-aguanta-tanta-tutela/395891-3] y [http://www.semana.com/nacion/galeria/los-archivos-acumulados-del-sistema-judicial/406206] (Consultado: 15.06.2017).

80 Cfr. Código Procesal Constitucional de Bolivia (Ley 254 de 2012), arts. 100-103.

81 Cfr. Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, arts. 109-111, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, arts. 145-147, y Código Procesal Constitucional de Perú (Ley 28.237), arts. 109-113.

decisiones de tutela contra las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura que resolvían esos conflictos[82]. Sin embargo, existe una amplia diferencia entre, por una parte, controlar algunas de esas decisiones por la vía de la revisión de tutela y, por otra, asumir el conocimiento de todos los conflictos que se suscitan diariamente entre las diferentes jurisdicciones que existen en Colombia.

La atribución de la facultad para dirimir conflictos de competencias entre diferentes jurisdicciones no deja de ser un elemento que reste pureza a un tribunal constitucional. Además, un tribunal constitucional puede tener una buena posición institucional para realizar otras funciones diferentes al control de constitucionalidad de las leyes, pero de esta premisa no se sigue que el tribunal deba asumir o le deban ser atribuidas todas las competencias para las que resulta una institución idónea.

En tercer lugar, la competencia para estudiar las excusas y, dado el caso, sancionar a los funcionarios públicos que no atienden las citaciones a debates de control político ante el Congreso es un poder absolutamente ajeno al rol funcional de un tribunal constitucional. Esto no quiere decir que no sea importante controlar que quienes asumen funciones públicas rindan cuentas y acudan a los debates que son programados por el órgano de deliberación. Sin embargo, el control de esas inasistencias y de las razones de las mismas no parece ajustarse a la posición institucional de la Corte Constitucional. Esta función no ocupa un gran espacio dentro de la agenda de la Corte Constitucional, pero en materia del criterio funcional es necesario advertir que se trata de una función muy importante que no ha debido ser asignada al tribunal constitucional.

En cuarto lugar, el criterio de esta investigación es que un tribunal constitucional no debe asumir funciones electorales, ni intervenir en la designación de otros funcionarios públicos distintos a los que integran los equipos de trabajo de la propia Corte Constitucional. El juez constitucional no es un nominador y, aunque tenga una posición institucional que le permita ser considerado como un buen evaluador de la idoneidad de quienes se postulan para acceder a un cargo público, este no es su rol dentro del sistema jurídico y político. Adicionalmente, las funciones electorales han sido mecanismos adecuados para disminuir el grado de independencia de la Corte Constitucional,

---

82 Cfr. Roa Roa, Jorge Ernesto. "Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema judicial nacional". *Revista Derecho del Estado*, n.º 33, 2014, pp. 101-121.

la han sometido a presiones indebidas y han generado una oportunidad para prácticas poco deseables en cualquier institución pública.

En consecuencia, la elección de uno de los funcionarios más importantes del Estado, como el registrador nacional, debe quedar a cargo de una comisión técnica que organice el concurso de méritos. Los tribunales pueden ejercer un control posterior de los actos de elección cuando han sido vulnerados derechos fundamentales, pero no es deseable que sean los organizadores de este tipo de procedimientos.

En quinto lugar, la iniciativa legislativa conferida a la Corte Constitucional es una función muy importante, ajena a la esencia de un tribunal constitucional y de uso esporádico en aquellos contextos en los cuales ha sido establecida. En este ámbito, incluso sería deseable que el tribunal utilizara esta facultad con base en las necesidades de reforma integral y coordinación del sistema de justicia constitucional colombiano para generar deliberación sobre esa materia dentro del Congreso.

Por último, la función de crear su propio reglamento es una competencia muy importante que no resta pureza a la Corte Constitucional. Se trata de la ratificación de su autonomía como órgano independiente del poder judicial.

Antes de concluir el estudio del criterio funcional es importante reiterar que un tribunal constitucional puede ostentar una posición institucional y una reputación que le ubiquen como uno de los órganos idóneos para realizar una multiplicidad de funciones. Sin embargo, es necesario evitar una extensión de la cláusula de competencia del tribunal para prevenir altas cargas de trabajo, confusión de roles institucionales o intentos de cooptación que pongan seriamente en peligro la independencia de la Corte Constitucional.

En conclusión, el análisis del criterio funcional demuestra que la Corte Constitucional de Colombia ejerce tres funciones que reducen su pureza (conflictos de competencia, excusas y electoral) y una que la reduce parcialmente porque tiene unas dimensiones cercanas al control de constitucionalidad y no es totalmente extraña al funcionamiento de otros tribunales constitucionales (revisión de tutela). A continuación se proporcionarán algunas cifras que permitan complementar esta primera etapa del análisis.

5.2. EL CRITERIO CUANTITATIVO

El segundo criterio del baremo de pureza de un tribunal constitucional impone la determinación del peso específico de las competencias de la Corte Constitucional en su carga general de trabajo. Se trata de un complemento necesario

del primer criterio en el que solamente se verificó la existencia de competencias adicionales al propio control de constitucionalidad.

Dentro del mapa de competencias que se resumió previamente, las cifras que se ofrecen a continuación pueden dar una idea del peso de cada una de estas funciones dentro del trabajo de la Corte Constitucional. Es necesario advertir, por una parte, que se incluirán los datos de las ocasiones en las que la Corte ejerció la función electoral del contralor general de la república, que le había asignado la Constitución de 1991 y que fue eliminada en la reforma constitucional del año 2015; y, por otra, que no existen datos sobre los casos en los que el tribunal ha intervenido en virtud de la función que esa misma reforma le asignó sobre la resolución de los conflictos de competencia entre jurisdicciones.

De manera general, las siguientes cifras resumen el trabajo de la Corte Constitucional desde el inicio de sus funciones en el año 1992[83]. Hasta el año 2018, el tribunal había emitido más de 25.386 sentencias. El 75% de esas sentencias fueron decisiones de revisión de tutela y el 25% de control de constitucionalidad. Resulta importante señalar que dentro de las sentencias de constitucionalidad se incluyen los casos de control automático y semiautomático. De manera que no todas las sentencias de constitucionalidad obedecen a una demanda de acción pública de constitucionalidad.

En el año 2000, la Corte Constitucional dictó el mayor número de sentencias: 1.736, de las cuales 1.340 fueron casos de tutela y 396 fueron control de constitucionalidad. El gráfico 1 muestra el porcentaje de las sentencias de tutela en relación con las sentencias de constitucionalidad desde 1992 hasta la fecha señalada.

A estos datos hay que agregar que la Corte ha resuelto 21 casos de excusas por inasistencia a citaciones proferidas por el Congreso, ha nominado a 6 personas en ternas para contralor general y ha participado en 6 procesos de elección de registrador nacional del estado civil.

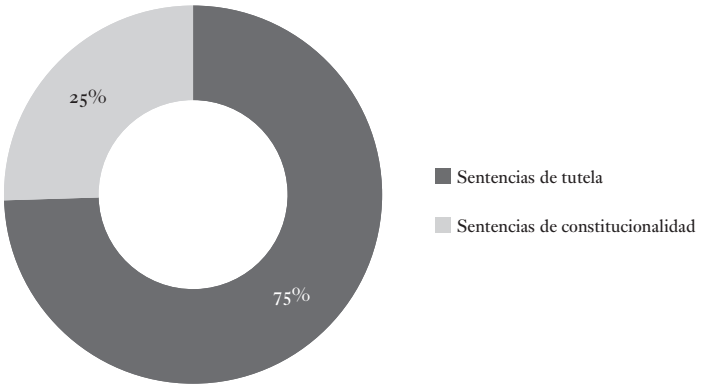
Para un análisis más focalizado es necesario retomar la información que la Corte ofreció durante un interesante ejercicio de rendición de cuentas. El tribunal reveló las siguientes cifras sobre su trabajo entre el año 2009 y el mes de marzo de 2015. El recuento de estos datos y un breve análisis de los mismos permitirán ubicar correctamente la influencia del acceso directo de los ciudadanos

---

83 Para un análisis de las cifras sobre el trabajo de la Corte Constitucional de Colombia hasta el año 2004, cfr. Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., pp. 559-575.

al control de constitucionalidad dentro del trabajo de la Corte Constitucional. Adicionalmente, estas cifras contribuirán a evaluar el grado de pureza de ese tribunal de acuerdo con el criterio cuantitativo.

GRÁFICO 1. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA – PORCENTAJE DE SENTENCIAS DE TUTELA Y DE CONSTITUCIONALIDAD (1992-2018)



Fuente: elaboración propia.

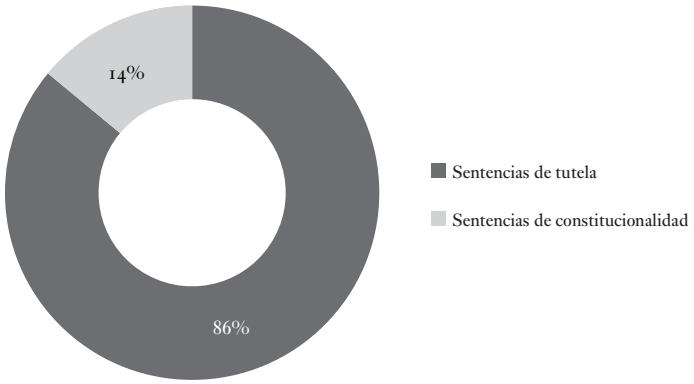
Según los datos proporcionados por la secretaría general de la Corte Constitucional, entre el año 2009 y el año 2015, en materia de revisión de tutela, ese tribunal recibió 2.601.577 expedientes, a razón de 25.000 a 40.000 mensuales. Del total de expedientes, la Corte seleccionó 7.386 para revisión. En el mismo periodo, la Corte profirió un total de 1.202 sentencias de control de constitucionalidad. El gráfico 2 muestra el porcentaje de las sentencias de tutela en relación con las sentencias de constitucionalidad para este periodo.

La información sobre el total de sentencias proferidas por la Corte durante más de dos décadas de funciones y los datos específicos del periodo 2009-2015 muestran un desbalance de la cantidad de sentencias de tutela en relación con las sentencias de constitucionalidad. A efectos del criterio cuantitativo, estos datos permiten concluir que, entre las dos funciones principales de la Corte, la revisión de tutela ocupa un lugar central en la agenda de ese tribunal. Ahora corresponde desglosar los datos de las sentencias de control de constitucionalidad para determinar los procesos que dieron origen a esas decisiones judiciales.

Del total de las decisiones de constitucionalidad dictadas en el periodo 2009-2015, 936 fueron proferidas como consecuencia de una acción pública de constitucionalidad en contra de una ley o un decreto y 58 como consecuencia de una acción pública en contra de un acto legislativo. Esto quiere decir que la

acción pública de constitucionalidad fue el origen de 988 sentencias de control de una ley o reforma constitucional.

GRÁFICO 2. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA – PORCENTAJE DE SENTENCIAS DE TUTELA Y DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL TOTAL (2009-2015)

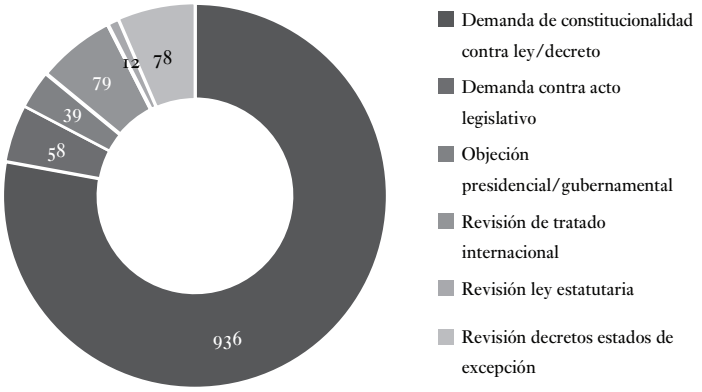


Fuente: elaboración propia.

Las 208 decisiones restantes fueron proferidas en virtud del control automático de constitucionalidad: control a tratados internacionales (79), sentencias de revisión a decretos que declaraban algún estado de excepción (78) y estudios de constitucionalidad de proyectos de leyes estatutarias (12). También se produjeron 39 decisiones en razón del control semiautomático de constitucionalidad. Este último se realiza cuando el Gobierno presenta objeciones de inconstitucionalidad a un proyecto de ley. El gráfico 3 muestra el detalle de los anteriores datos.

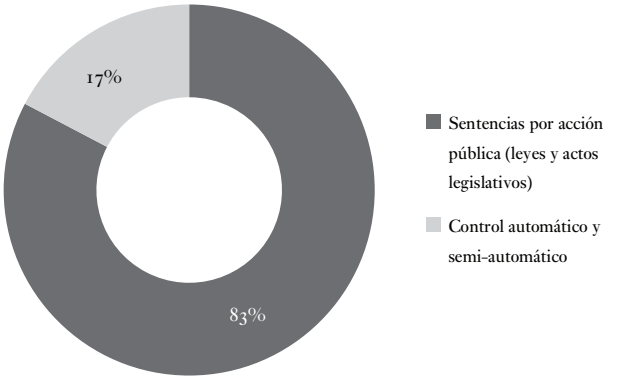
Estos datos permiten concluir que, como es esperable en un sistema de acceso directo de los ciudadanos al tribunal constitucional, la mayor parte de la agenda del control de constitucionalidad proviene del ejercicio de la acción pública de constitucionalidad. En concreto, durante el periodo señalado, el 83% del trabajo de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia tuvo como origen el mecanismo de acceso directo. El gráfico 4 muestra la relación porcentual entre el control de constitucionalidad que se ha realizado en virtud de una acción pública de constitucionalidad y el que se ha realizado de manera automática o semiautomática.

GRÁFICO 3. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA – SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD, SEGÚN ORIGEN (2009-2015)



Fuente: Corte Constitucional de Colombia[84].

GRÁFICO 4. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA – SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD POR ACCIÓN PÚBLICA VS. SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD POR CONTROL AUTOMÁTICO (2009-2015)



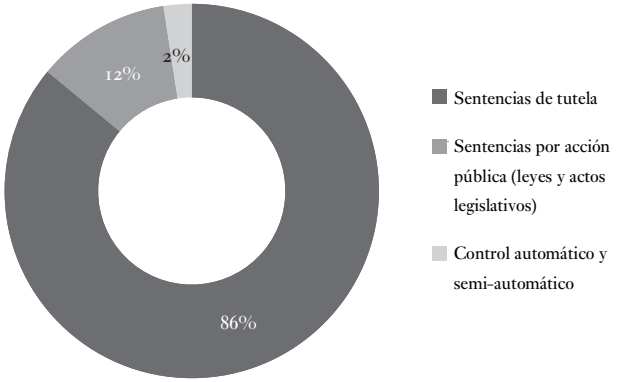
Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, estos datos solo reflejan una visión fragmentada de la carga de trabajo de la Corte Constitucional de Colombia. El último paso es relacionar

84 El gráfico fue elaborado por la secretaría general de la Corte Constitucional y enviado al autor de este trabajo mediante correo electrónico en el que se daba respuesta a una solicitud de información sobre las estadísticas del trabajo de la Corte Constitucional.

las estadísticas respecto de las otras competencias del tribunal con el peso específico del mecanismo de acceso directo. El gráfico 5 muestra los porcentajes de decisiones de tutela, decisiones de constitucionalidad que han tenido como origen el mecanismo de acceso directo y decisiones de constitucionalidad de control automático o semiautomático. Este último análisis refleja el peso específico de la acción pública en la carga de trabajo global del tribunal.

GRÁFICO 5. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA – PESO ESPECÍFICO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DENTRO DEL TRABAJO GLOBAL DEL TRIBUNAL (2009-2015)



Fuente: elaboración propia.

En este punto es necesario preguntarse si los datos anteriores respaldan el temor de que un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad cause una insoportable carga de trabajo para un tribunal constitucional. La respuesta es que resulta innegable que, dentro del sistema colombiano de control de constitucionalidad, la acción pública genera la mayor cantidad de juicios de contraste. De manera que se puede concluir que se cumple la predicción de la segunda objeción funcional pero solo en una versión débil que sostiene que el mecanismo de acceso directo se convierte en una de las fuentes principales del trabajo de la Corte.

Sin embargo, al menos en Colombia no se cumple la esencia de esta objeción funcional, porque el peso específico del mecanismo de acceso directo es tan bajo que permite inferir que, en el supuesto de que se supere la capacidad razonable de trabajo, tal situación no es atribuible a la apertura del control de

constitucionalidad[85]. En el caso de Colombia, si tal situación se produce, será en razón del envío automático y revisión discrecional de las decisiones de tutela, pero no por causa de la existencia de una acción pública de constitucionalidad[86].

En conclusión, el análisis del criterio cuantitativo ha permitido evaluar la incidencia concreta de las funciones adicionales al control de constitucionalidad y el peso específico del mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad en el trabajo global de la Corte Constitucional. Ahora corresponde un estudio de la forma como esas funciones adicionales aproximan al juez constitucional al rol funcional que tienen los jueces que aplican el derecho ordinario.

5.3. LA PROXIMIDAD CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO ORDINARIO

El tercer criterio indica que el grado de pureza de un tribunal constitucional disminuye en la medida en que las competencias adicionales al control de constitucionalidad le aproximen funcionalmente a la actividad de aplicación ordinaria del derecho. Como señala Ferreres:

> A los tribunales constitucionales se les asigna a veces la competencia para supervisar la regularidad de las elecciones y los referendos, o para enjuiciar penalmente

---

85 El gráfico de la distribución del trabajo en el interior de la sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica es semejante al de la Corte Constitucional de Colombia. En especial, destaca una baja incidencia del control de constitucionalidad en el trabajo de ese tribunal y una fuerte incidencia de los recursos de amparo y *habeas corpus*. Los datos para el periodo 1989-2013 de ese tribunal se detallan a continuación: total de asuntos, 297.554; recursos de amparo, 254.511; *habeas corpus*, 31.660; acciones de inconstitucionalidad, 8.531; consultas judiciales, 2.060; consultas legislativas, 745; conflictos constitucionales, 30, y otros, 17. Los datos están a disposición del público en la página web de la Corte.

86 Una situación semejante sucede en España. El grado de impureza del Tribunal Constitucional de España ha generado un alto nivel de dilación en los procesos de control de constitucionalidad. Esta situación ha llevado a que se propongan algunas reformas sobre el número de competencias que asume el tribunal: "La raíz del problema está en el gran volumen de competencias que se ha atribuido al tribunal, más allá del control de la ley. No tiene sentido crear un órgano jurisdiccional especial cuyo principal cometido es enjuiciar las leyes bajo la Constitución, y asignarle luego muchas otras funciones cuyo desempeño le impide realizar de manera eficiente la tarea que supuestamente tenía que ser la principal. No es necesario que los tribunales constitucionales sean puros, pero sí deben estar configurados de manera que puedan actuar como contrapeso eficiente del legislador". Ferreres Comella. *Una defensa del modelo*, cit., p. 178.

> a los altos cargos del Estado, o para proteger los derechos fundamentales frente a decisiones administrativas o judiciales. La mayoría de estas tareas son de naturaleza constitucional, pues entrañan la interpretación y aplicación de normas constitucionales. Otras, en cambio, comportan únicamente la aplicación del Derecho ordinario[87].

El análisis del catálogo de funciones de la Corte Constitucional de Colombia sugiere que la preocupación porque alguna de estas facultades acerque funcionalmente al tribunal constitucional a los jueces ordinarios se produce en razón de la última función asignada para dirimir los conflictos de competencias entre diferentes jurisdicciones y de la revisión de las sentencias de tutela.

Las demás funciones de orden electoral no aportan un cambio significativo al análisis de este criterio. En consecuencia, solo la resolución de los conflictos de competencias entre jurisdicciones puede ser considerada como una competencia que afecta la pureza funcional de la Corte Constitucional. En especial, involucra a la Corte en la interpretación de leyes procesales o en el estudio de las particularidades de los casos concretos en los que se suscitó el conflicto positivo o negativo de competencias.

Sin embargo, es necesario advertir que muchas de las reglas para dirimir conflictos de competencias han sido objeto de interpretación previa por la misma Corte. Aún más, al revisar sentencias de tutela contra las decisiones judiciales ordinarias que pusieron fin al conflicto y ante la ausencia de mecanismos de coordinación, la Corte ha fijado los parámetros para establecer los límites entre las diferentes jurisdicciones[88].

A pesar de que esta aproximación es relativa y no tiene un gran peso en este criterio, con el fin de aumentar la pureza de la Corte sería deseable que esa función se asignara a otro tribunal y que se mantuviera el esquema previo a la reforma constitucional del año 2015. En este, la Corte solo intervenía ocasionalmente en este tipo de conflictos mediante la revisión de las sentencias de tutela.

---

87 Ibíd., pp. 30 y 31.

88 Esto ha sucedido, especialmente, en los casos de conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional. Ante la ausencia de una ley de coordinación y la insuficiencia de los criterios generales para resolver conflictos de competencias, la Corte Constitucional ha establecido un catálogo de principios, criterios y reglas específicas de coordinación. Cfr. Roa Roa. "Pluralismo jurídico y mecanismos", cit., pp. 101-121.

Finalmente, aunque la facultad de revisión de las decisiones de tutela puede generar algunas dudas en el análisis de este criterio, es importante indicar que en este ámbito la Corte ejerce como intérprete último de la Constitución y, en concreto, del catálogo de derechos fundamentales. A diferencia de los Estados en los que el tribunal constitucional conoce directamente de los recursos de amparo, en el proceso colombiano de revisión de tutela no se produce una aproximación entre el rol funcional de los jueces ordinarios y el del tribunal constitucional[89]. Por el contrario, se puede afirmar que, cuando los jueces ordinarios resuelven acciones de tutela, son estos los que, más allá de aproximarse, asumen el rol de jueces constitucionales.

Una vez analizados estos tres criterios se puede ofrecer un resultado sobre el grado concreto de pureza de la Corte Constitucional. Con este objeto, a continuación se utilizará una guía para establecer si este tribunal tiene un nivel alto, intermedio o bajo de pureza.

5.4. El grado concreto de (im)pureza de la Corte Constitucional

Con base en el análisis de los tres elementos anteriores, y a afectos de determinar el grado de pureza de la Corte Constitucional de Colombia, se ha establecido una escala triádica de niveles de pureza y unos criterios para identificar en qué nivel se encuentra ese tribunal de acuerdo con cada uno de los criterios. La siguiente tabla refleja la relación entre los niveles de la escala triádica de pureza (alto, intermedio o bajo) con los tres criterios analizados. En cada intersección se fija el parámetro determinante para realizar la clasificación de un determinado tribunal.

---

89 "A través del recurso de amparo, se establece una fuerte conexión entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional. Éste se convierte, en la práctica, en el verdadero tribunal supremo del sistema judicial, aunque con una jurisdicción limitada al problema de si se han vulnerado o no los derechos fundamentales". Ferreres Comella, Víctor. "Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial". *Papers del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, n.º 40, 2004, p. 6.

TABLA 1. VECTORES DE PUREZA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

	Alto	Intermedio	Bajo
Criterio funcional	No tiene ninguna función relevante diferente al control de constitucionalidad *o* tiene pocas pero irrelevantes.	Tiene pocas pero relevantes funciones diferentes al control de constitucionalidad.	Tiene muchas funciones diferentes, relevantes y distintas al control de constitucionalidad.
Criterio cuantitativo	No tiene ningún volumen de trabajo diferente al control de constitucionalidad *o* tiene un nivel insignificante de trabajo derivado de las funciones ajenas al control de constitucionalidad.	Tiene un nivel de trabajo derivado de las funciones ajenas al control de constitucionalidad pero ninguna de estas ni la agregación de todas las funciones diferentes al control de constitucionalidad supone el mismo o un mayor volumen de trabajo que las decisiones de constitucionalidad.	Una sola de las funciones diferentes al control de constitucionalidad supone el mismo volumen de trabajo que el control de constitucionalidad *o* la agregación de todas las funciones diferentes al control de constitucionalidad supone un mayor volumen de trabajo que las decisiones de constitucionalidad.
Proximidad con la aplicación del derecho ordinario	Ninguna función aproxima a la Corte a la aplicación judicial del derecho ordinario.	Alguna de las funciones adicionales al control de constitucionalidad aproxima a la Corte a la aplicación judicial del derecho ordinario.	La mayoría de las funciones adicionales aproximan a la Corte a la aplicación judicial del derecho ordinario.

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con los parámetros de la tabla, se puede afirmar que la Corte Constitucional de Colombia se ubica en los siguientes niveles. En relación con el criterio funcional, la Corte tiene un nivel intermedio de pureza porque su catálogo de competencias incluye pocas pero muy relevantes funciones diferentes al control de constitucionalidad. Respecto del criterio cuantitativo, la Corte se puede ubicar en el nivel bajo porque las cifras tienden a reflejar que una sola de las funciones ajenas al control de constitucionalidad supone el mismo o mayor volumen de trabajo que la función de control de constitucionalidad[90]. Finalmente, en lo que concierne al criterio de la proximidad en

90 El volumen de trabajo se ha determinado con base en las pocas cifras que existen sobre el número de procesos que llegan a la Corte Constitucional de Colombia. Sin embargo, el reparo más

la aplicación del derecho ordinario, la Corte se ubica en un nivel intermedio porque alguna de las funciones le aproxima moderadamente al tipo de actividad de los jueces ordinarios.

En conclusión, la Corte Constitucional tiene un nivel intermedio de pureza que tiende a reducirse en función del aumento cuantitativo de los expedientes de revisión de tutela, y moderado por la conexión entre esa función y el control de constitucionalidad. Lo más importante de este análisis es que se ha demostrado que, a pesar de no ser un tribunal puro y de incorporar un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, no se cumplen los mayores temores que sustentan la segunda objeción funcional al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad[91].

---

fuerte que se puede formular al análisis del criterio cuantitativo es que el volumen de trabajo de un tribunal no está determinado exclusivamente por el número de procesos. Se debería introducir un sistema de corrección que considerara las diferencias entre el tiempo que dedican los funcionarios de la Corte a una u otra función y, posteriormente, relacionar las cifras con esta última variable. La determinación de esa variable material de corrección requiere de un estudio empírico, la realización de entrevistas y un trabajo de campo. Esas tres actividades superan los alcances de esta investigación. En todo caso, las cifras sin la corrección aportan una imagen contundente de la distribución del trabajo en la Corte Constitucional y la prevalencia de la revisión de tutela como principal carga de trabajo de ese tribunal.

91 En Brasil existe un sistema intermedio de apertura del control de constitucionalidad. La posibilidad de que las asociaciones sindicales o los partidos políticos pudieran presentar acciones directas de inconstitucionalidad condujo a sostener las mismas objeciones funcionales que se han comentado en este capítulo respecto del acceso directo de los ciudadanos. Algunos años después, las cifras confieren la razón a quienes soportaron la idea de ampliar el acceso al control de constitucionalidad: "*One would expect to find that STF has been overwhelmed with direct actions of unconstitutionality, in light of the fiendish complexity and specificity of the Brazilian Constitution and the breadth of the rights contained therein. This has not been the case. Of the 90.839 cases distributed by STF in 2000, only 257 were direct actions of unconstitutionality. Between 1989 and 2000, the STF decided 1.110 direct actions on the merits, an annual average of 92,5 actions*". ROSENN. "Judicial Review in Brazil", cit., pp. 303 y 304. Un dato más reciente indica que entre 1988 y 2013 fueron presentadas 4.913 acciones directas de inconstitucionalidad. De estas, 1.387 (29%) fueron presentadas por una organización sindical o entidad de clase de ámbito nacional, 843 (18%) por un partido político y 245 (5%) por el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil. Cfr. ARAÚJO COSTA, ALEXANDRE y ZAIDEN BENVINDO, JULIANO. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defensa dos direitos fundamentais.* Universidade de Brasília, Brasília, 2014. En un periodo similar al comprendido por esta investigación, desde 1991 hasta 2014, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto 5.742 sentencias de constitucionalidad. Si bien hay una tasa de constitucionalidad más elevada en el sistema colombiano, no representa un aumento exagerado frente a un sistema como el brasilero que combina el acceso por intermedio de funcionarios con el acceso organizado.

Aun así, esta conclusión no es un impedimento para reconocer que puede resultar oportuno aconsejar que los sistemas que reduzcan o eliminen las barreras para que los ciudadanos puedan demandar directamente la constitucionalidad de las leyes aumenten la pureza de los tribunales constitucionales en aras de reducir la carga de trabajo. Por esa razón sería deseable eliminar las funciones electorales y la resolución de conflictos de competencias, y revisar el mecanismo de unificación de la jurisprudencia de tutela en Colombia. De esta manera se podría equilibrar la apertura a los ciudadanos del control de constitucionalidad con un alto nivel de pureza del órgano de control.

6. EL AUMENTO DE LA TASA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Antes de referirse a la respuesta de este trabajo a las dos objeciones funcionales analizadas en este capítulo (temeridad y sobrecarga de trabajo) es importante pronunciarse sobre un aspecto que comparte dimensiones funcionales y dimensiones de orden contramayoritario o democrático. Se trata de una extensión de la segunda objeción funcional, de acuerdo con la cual la disminución de las barreras para el acceso al control de constitucionalidad implica un aumento intrínseco de la intervención del tribunal constitucional en la labor del legislador porque incrementa el número de leyes declaradas como inválidas. Por supuesto, esta crítica tiene consecuencias que no van a ser consideradas en este capítulo, porque aquí solamente se hará referencia al concepto de la tasa de inconstitucionalidad y no se discutirá si el control de constitucionalidad implica una invasión del tribunal constitucional en las competencias de otros órganos del poder público.

Lo que se pretende con esta referencia es discutir la idea, intuitivamente muy atractiva, de que un sistema de revisión judicial de la ley, como el colombiano, no solo causa un aumento del número de ataques de constitucionalidad contra las leyes sino que, adicionalmente, implica un aumento del número de leyes invalidadas por la Corte Constitucional. Se tratará de argumentar en contra de ese nexo entre la apertura del control de constitucionalidad, el aumento de las demandas en contra de las leyes y el aumento de decisiones de invalidación. Adicionalmente, se sugerirá que el aumento de la tasa de inconstitucionalidad no tiene relación exclusiva con el sistema de acceso al control de constitucionalidad sino que depende de muchos factores, entre otros, del grado de seriedad con que el legislador asuma los valores públicos de la Constitución.

En consecuencia, se esbozará un concepto y una fórmula de la tasa de inconstitucionalidad, se argumentará en contra de la relación entre el acceso

directo de los ciudadanos a la justicia constitucional y el aumento de la tasa de inconstitucionalidad, y se retomará el papel del legislador en el aumento o disminución de esta variable. Al final, se argumentará en contra de la intuición que respalda a esta objeción y se afirmará que un mecanismo de acceso directo puede, en contra de lo que intuitivamente se sostiene, disminuir la tasa de inconstitucionalidad al funcionar como un elemento disuasorio para evitar la aprobación de normas contrarias a la Constitución.

6.1. El concepto y la fórmula de la tasa de inconstitucionalidad

El concepto de tasa de inconstitucionalidad no ha sido precisado suficientemente por la doctrina. Se puede hacer referencia al mismo en, por lo menos, tres sentidos diferentes. En primer lugar, como la *ratio* de leyes que son *demandadas* por inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional en relación con el número total de leyes *aprobadas* por el Congreso en un periodo determinado. En segundo lugar, como la *ratio* de leyes *invalidadas* por un tribunal constitucional en relación con el número total de leyes *aprobadas* por el Congreso en un periodo determinado. Finalmente, como la *ratio* de leyes *invalidadas* por un tribunal constitucional en relación con el número total de leyes *demandadas* ante ese mismo tribunal en un periodo determinado.

Los tres sentidos del concepto de la tasa de inconstitucionalidad son importantes. El primero ofrece una idea del grado de inspección que ejerce un tribunal constitucional sobre la actividad del legislador en un sistema determinado, con independencia de los resultados de esa intervención. Esta variable puede reflejar el grado de compromiso de los legitimados para iniciar el control de constitucionalidad con la defensa de la Constitución, la subutilización o los posibles abusos del mecanismo de revisión judicial de las leyes o la percepción sobre el resultado del trabajo legislativo.

La segunda versión de la tasa de inconstitucionalidad se centra en los resultados del control de constitucionalidad para analizar el grado de inspección e intervención del tribunal constitucional en la depuración del ordenamiento jurídico. La tasa de inconstitucionalidad –en este sentido– es un potencial criterio para evaluar el grado de activismo de un tribunal o la seriedad con que el legislador asume los valores públicos de la Constitución.

Entendida en esta segunda acepción, algunos autores consideran que los tribunales deben mantener una baja tasa de inconstitucionalidad porque de esa manera evitarán involucrarse en disputas políticas, crear enemigos para el

control de constitucionalidad o disminuir su soportabilidad dentro del sistema democrático[92].

No obstante lo anterior, la idea más generalizada sobre la tasa de inconstitucionalidad corresponde a la tercera acepción. De acuerdo con esta acepción, la tasa de inconstitucionalidad es la relación entre el número total de demandas de control de constitucionalidad que se tramitan ante el tribunal constitucional y la decisión final que se adopta sobre la norma objeto de control. De esa manera, la tasa de inconstitucionalidad permitirá establecer el porcentaje de decisiones en las que el tribunal declaró la incompatibilidad de la ley con la Constitución dentro del universo de recursos que tuvo bajo su competencia. En esta tercera versión, la fórmula de la tasa de inconstitucionalidad es la siguiente:

$$T.\,IC. = \frac{TSDI_p \times 100}{TS_p}$$

Esta fórmula permite hallar la tasa de inconstitucionalidad (*T. IC.*) mediante el cociente entre el número total de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley en un periodo determinado ($TSDI_p$) multiplicado por 100, y el número total de sentencias emitidas en el mismo periodo (TS_p)[93].

El resultado de la aplicación de esta fórmula es solo un indicador susceptible de múltiples reparos. Entre otras cosas, se puede objetar que la tasa de inconstitucionalidad parte de una idea totalizante sobre el resultado del control de constitucionalidad en evidente contradicción con la existencia de decisiones

---

92 FONTANA, DAVID. "Docket control and the success of constitutional courts". En DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 630-633.

93 De la tasa de inconstitucionalidad se puede colegir la tasa de constitucionalidad. Esta sería el porcentaje de decisiones en las que el tribunal encontró compatibles con el texto constitucional las leyes de las que tuvo conocimiento. La fórmula es la siguiente:

$$T.\,C. = \frac{TSDI_p \times 100}{TS_p}$$

Esta fórmula permite hallar la tasa de constitucionalidad (*T. C.*) mediante el cociente entre el número total de sentencias que declaran la constitucionalidad de la ley en un periodo determinado ($TSDC_p$) multiplicado por 100, y el número total de sentencias emitidas en el mismo periodo (TS_p).

judiciales con efectos intermedios o modulados, sentencias interpretativas y declaraciones parciales de inconstitucionalidad.

A pesar de las críticas a la idea de la tasa de inconstitucionalidad, algunos tribunales constitucionales se encargan de calcularla y divulgarla en sus informes o memorias anuales. Por supuesto, esta es una práctica absolutamente excepcional porque la regla general es la escasez de cifras o estadísticas comparables, lo que se erige en un obstáculo notable para los estudios comparados. De manera subsidiaria, algunas investigaciones académicas se han ocupado de este tipo de análisis. Así ha sucedido en Austria, donde, entre los años 2001 y 2008, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley en 792 casos. En el año 2007, por ejemplo, de 55 casos analizados por el tribunal de ese país, en 23 se declaró la inconstitucionalidad de la ley examinada[94].

En Hungría, donde también se implementó un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad entre 1989 y 2011, se ha calculado la tasa de inconstitucionalidad en la segunda acepción, esto es, la *ratio* de decisiones de inconstitucionalidad en relación con el número de leyes aprobadas por el Parlamento en un periodo determinado. En ese marco, se afirma que el Tribunal Constitucional de ese país tuvo una alta tasa de inconstitucionalidad durante la primera década de funcionamiento (1990-2000). De acuerdo con algunos estudios, para el año 1996, el tribunal había declarado inconstitucionales una de cada tres leyes que eran aprobadas por el Parlamento, sin importar que fueran aprobadas por agrupaciones políticas de la derecha, de la izquierda o que fueran apoyadas o no por la opinión pública[95].

En Brasil existe un mecanismo de acceso colectivo u organizado al control de constitucionalidad. De acuerdo con los datos recogidos por Barroso, desde el año 1988 hasta el año 2015, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de 93 disposiciones legales del nivel federal. En ese mismo periodo fueron aprobadas 5.379 leyes federales y 88 leyes complementarias. Este sería un indicador de una muy baja tasa de inconstitucionalidad –en la segunda acepción– dentro de un sistema de revisión judicial de las leyes que tiene una notable apertura[96].

---

94 Stelzer. *The Constitution of the Republic of Austria*, cit., p. 202.

95 Csink, Lóránt y Schanda, Balázs. "The Constitutional Court", cit., pp. 188-190 y Brague Camazano. *La acción abstracta*, cit., p. 90.

96 "*[T]he number of federal law provisions effectively declared unconstitutional under the 1988 Constitution is relatively low. Admittedly, in what amounts to a Brazilian singularity, there are some*

En el caso concreto del sistema colombiano de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional no ha realizado una labor de este tipo, ni ha proporcionado las herramientas estadísticas para que se pueda calcular adecuadamente la tasa de inconstitucionalidad. Solo de manera aislada se han suministrado algunos datos generales sobre el resultado del trabajo de la Corte en relación con las demandas ciudadanas[97]. Como resulta evidente, para subsanar esta omisión habría que proceder a la lectura de la totalidad de las sentencias de control de constitucionalidad e identificar una metodología que permitiera la clasificación de las decisiones de modulación para, posteriormente, aplicar la fórmula de la tasa de inconstitucionalidad.

En ausencia de una investigación de ese calado, algunos trabajos han proporcionado datos que dan cuenta de la tasa de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional[98]. Por ejemplo, Cepeda Espinosa sostiene que, entre 1992 y 2002, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad total o parcial del acto normativo demandado o controlado en el 27% de los casos, mientras que declaró la constitucionalidad en el 57% de los casos y adoptó otro tipo de medida en el 16% restante[99]. El problema de esta información es que no hace explícito el método para hallar la cifra final ni el tratamiento de decisiones judiciales con efectos modulados.

---

precedents in which constitutional amendment provisions were declared invalid by the Supreme Court. But, again, there is nothing of special significance, in quantity or quality". Barroso, Luís Roberto. "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts". En Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suiza, 2016, p. 76.

97 Las cifras hasta el mes de agosto de 2016 son las siguientes: de un total de 6.111 sentencias, 3.064 fueron de constitucionalidad y 925 de inconstitucionalidad (pura). Además, la Corte profirió 1.210 sentencias mixtas (decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad), 265 sentencias de exequibilidad condicionada o declaración interpretativa y 647 decisiones inhibitorias. Cfr. Sáchica Méndez, Martha Victoria. "Balance panorámico. Veinticuatro mil sentencias". Intervención de la Secretaria General de la Corte Constitucional de Colombia en el XIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, agosto, 2016. [https://www.youtube.com/watch?v=6lLJdxraw3g] (Consultado: 15.06.2017).

98 Cfr. Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., pp. 479-519.

99 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 561.

6.2. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR EN LA TASA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL EFECTO DISUASORIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En lo que resulta relevante para esta investigación es necesario preguntarse: ¿cuál es la relación entre el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y el aumento de la tasa de inconstitucionalidad? Una respuesta plausible a esta pregunta es que la existencia de un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad resulta relevante a efectos de la primera versión de la tasa de inconstitucionalidad (*ratio* de demandas en relación con el número de leyes aprobadas por el Congreso en un periodo determinado).

Como se ha establecido anteriormente y las cifras de la Corte Constitucional de Colombia parecen confirmar, la existencia de una acción pública de constitucionalidad ubica a este mecanismo como la primera fuente de ataques contra la validez de las leyes. Eso significa que no es descartable que el porcentaje de demandas de constitucionalidad aumente cuando se eliminan las barreras para acceder a la justicia constitucional.

Por el contrario, la existencia de una acción pública de constitucionalidad resulta irrelevante en relación con la segunda y la tercera versiones de la tasa de inconstitucionalidad. En relación con la segunda versión (*ratio* de las leyes efectivamente invalidadas respecto del número de las leyes aprobadas), se puede afirmar que el mecanismo de acceso directo aumenta la probabilidad de control pero no asegura el resultado del mismo. El aumento de la tasa de inconstitucionalidad dependerá directamente del contenido de esas leyes y del grado de deferencia del tribunal con el legislador, entre otros aspectos.

Existe una conexión tenue entre la tercera versión de la tasa de inconstitucionalidad (*ratio* de las leyes efectivamente invalidadas en relación con las leyes demandadas) y el acceso directo al control de constitucionalidad. Este vínculo se produce porque la acción pública, aunque no asegura el resultado final del juicio de contraste, sí conduce a un aumento de los ataques de constitucionalidad contra las leyes. Eso quiere decir que, en un sistema donde se declaren muchas normas inválidas, la tasa de inconstitucionalidad en este tercer sentido puede parecer baja porque el número de declaratorias de inconstitucionalidad, sea cual sea, resultará insignificante en relación con la gran cantidad de recursos presentados por los ciudadanos.

De acuerdo con lo anterior, la incidencia de la acción pública de constitucionalidad en la tasa de inconstitucionalidad –en cualquiera de sus acepciones– se

produce por el esperado aumento de los ataques contra la validez de las leyes. Sin embargo, esta relación no solo es inocua, sino que puede ser considerada como una fortaleza del sistema de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. En efecto, un elemento que potencia la eficacia del sistema de revisión judicial de las leyes consiste en permitir que exista un alto número de legitimados para atacar los actos del legislador que son contrarios a los valores públicos de la Constitución[100].

La existencia de una relación inocua entre el mecanismo de acceso al control de constitucionalidad y la tasa de inconstitucionalidad en una versión determinada no es óbice para reiterar que esta no es la única variable relevante para hallar este índice. Quizás resulte mucho más adecuado poner el foco sobre la actividad del legislador que sobre el concreto sistema de revisión judicial de la ley. En especial si se tiene en cuenta que el juez constitucional es un inspector de la constitucionalidad que actúa, por regla general, solo cuando un ciudadano tiene dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una ley, ha formulado esas dudas mediante una demanda y esta ha superado los filtros básicos de admisibilidad.

De acuerdo con lo anterior, una buena parte de la responsabilidad por la existencia de un alto número de casos ante el tribunal constitucional tiene origen en un alto número de normas aprobadas sin tomar en cuenta el texto constitucional. No se puede acusar al sistema de control de constitucionalidad de propiciar un alto nivel de intervención cuando el origen del problema se encuentra en el reiterado desconocimiento de la Constitución por parte del legislador.

Como señala Sager, el juez constitucional actúa dentro del sistema democrático como el inspector ubicado al final de la cadena de producción de una fábrica de automóviles: si el inspector debe rechazar un alto número de automóviles o los jueces deben invalidar un alto número de leyes es más probable que el problema se encuentre en la calidad de la producción y no en el inspector. De esa manera, la labor del juez:

> … se realiza como complemento de los esfuerzos de las personas que hacen los coches. Los jueces constitucionales son como ellos (los inspectores). Su misión es singular: identificar los fundamentos de la justicia política que son importantes

---

100 Cfr. Flórez Muñoz, Daniel Eduardo. "La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia". *Opinión Jurídica*, vol. 9, n.º 18, 2010, p. 99.

> y perdurables en el régimen constitucional y controlar la legislación u otros actos gubernamentales a la luz de esos estándares. Y su misión es redundante, pues intervienen únicamente después de que los propios legisladores hayan considerado las consecuencias constitucionales de las opciones planteadas[101].

En consecuencia, un aumento del número de casos ante el tribunal o del número de decisiones de invalidez no se puede atribuir solamente al mecanismo de acceso a la justicia constitucional. Aunque este tenga alguna incidencia en la eficacia del modelo de revisión judicial de la ley, no se puede omitir que en el aumento de la tasa de inconstitucionalidad son tan relevantes las barreras para acceder al control de constitucionalidad como la calidad del trabajo legislativo.

Esta tesis explica el hecho de que la tasa de inconstitucionalidad en la primera acepción sea semejante en diversos sistemas de control de constitucionalidad. Esto es, que la existencia de sistemas que imponen barreras para el acceso al tribunal constitucional no sea una garantía eficaz de una baja carga de trabajo del tribunal o de una baja tasa de inconstitucionalidad. En estos casos, la actividad del propio legislador y, en concreto, el grado de implementación de los valores públicos de la Constitución en el proceso legislativo es un parámetro dominante sobre la variable del sistema de acceso al control de constitucionalidad.

Al contrario de lo que intuitivamente se puede afirmar, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad tiene un efecto directo sobre la deliberación parlamentaria que puede reducir la tasa de inconstitucionalidad, tanto en número de recursos como en declaratorias de invalidez. En efecto, la incorporación de un mecanismo como la acción pública de constitucionalidad implica que los miembros del Congreso saben que sus leyes tienen un alto grado de exposición al juicio de constitucionalidad en virtud del ataque que contra estas puede formular cualquier ciudadano ante la Corte Constitucional.

Algunos autores consideran que solo el control de constitucionalidad de carácter previo ayuda a mejorar la calidad constitucional de la legislación, mientras que otros reconocen que la revisión posterior también contribuye a que el Parlamento tome en serio la Constitución. En ese contexto, el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad aporta argumentos a favor

---

101 Sager, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Aída Torres y Víctor Ferreres Comella (trads.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 202.

del control posterior de las leyes y de su potencial para disuadir al legislador para que no apruebe normas contrarias a la Constitución[102].

En efecto, es esperable que la vulnerabilidad potencial de las leyes lleve al legislador a optar por tomar en serio los valores públicos de la Constitución en el momento de definir los fines y los medios de sus políticas públicas. El objetivo del Congreso sería producir un resultado legislativo que tienda a ser más coherente con las promesas de la Constitución con el fin de que, a pesar de la accesibilidad del mecanismo de control judicial, los ciudadanos tengan un desestímulo para presentar una demanda en contra de una ley, les cueste más encontrar una objeción de constitucionalidad o la Corte tienda a respaldar una interpretación que permita conservar la validez de la ley en contra de los argumentos del demandante.

Este fenómeno también se puede presentar en otros esquemas de acceso. En Brasil, como señala Rossen, el riesgo de que una ley sea llevada al control de constitucionalidad mediante una acción directa de inconstitucionalidad ha presionado a las mayorías parlamentarias para que negocien con las minorías y con los partidos políticos minoritarios sobre políticas públicas respecto de las cuales les interesa evitar una intervención posterior del Supremo Tribunal Federal[103].

Cuando esto sucede, la apertura al control de constitucionalidad no actúa solo como un incentivo negativo, es decir, como una amenaza o advertencia para el legislador sobre la vulnerabilidad de sus actos frente a un sistema accesible de control de constitucionalidad. El acceso directo sirve como un incentivo positivo toda vez que propicia que el Congreso desarrolle la Constitución con el fin de que sus leyes queden protegidas materialmente ante el ataque de cualquier ciudadano.

Se trata de una especie de efecto disuasorio de doble vía porque las pocas barreras para acceder al control de constitucionalidad disuaden al Congreso de aprobar leyes contrarias a la Constitución, y este efecto produce un resultado legislativo que disuade al ciudadano de presentar un ataque de constituciona-

---

102 "*Ex ante constitutional review may increase the average quality of legislation–patently unconstitutional bills cannot be passed. But ex post constitutional review may also have a similar effect. By demonstrating that unconstitutional legislation cannot be effectively implemented, ex post review may reduce the incentives to pass such legislation. To the extent that review after promulgation allows more information to be considered, there may be an advantage for ex post monitoring*". GINSBURG. *Judicial Review*, cit., p. 39.

103 ROSENN. "Judicial review in Brazil", cit., p. 304.

lidad que carezca de una mínima calidad para ser valorado por la Corte Constitucional. En Colombia, el mecanismo para garantizar ese mínimo estándar de admisión del ataque de constitucionalidad está conformado por el sistema de filtros que se analiza en la siguiente sección.

7. UNA RESPUESTA COMÚN: EL SISTEMA DE FILTROS MEDIANTE LA CUALIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El objetivo legítimo de evitar la procedencia de acciones temerarias justifica distintos tipos de respuesta por parte de los diseños institucionales de la justicia constitucional. Cada uno de estos modelos tiene relación con las diferentes consecuencias del acto temerario. Una primera forma de reacción es la represión mediante las sanciones y multas. Otro sistema es el establecimiento de una tasa judicial que disuada la presentación de este tipo de demandas. En tercer lugar, se puede asumir un esquema reparador mediante la indemnización o compensación de los daños causados a terceros como producto de la acción temeraria. Finalmente, es posible evitar la temeridad mediante sistemas de filtros que establezcan un baremo para cualificar los argumentos del ataque de constitucionalidad. Los cuatro modelos también se pueden aplicar conjuntamente de acuerdo con los intereses comprometidos en cada tipo de proceso.

Como el riesgo de temeridad no es exclusivo de los sistemas de acceso directo al control de constitucionalidad, los sistemas de acceso por medio de funcionarios también deben aplicar este tipo de herramientas. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España (LOTC) optó por un modelo de sanción económica de la temeridad en los recursos de constitucionalidad. Los artículos 95.2 y 95.3 de la LOTC establecen que la temeridad supondrá condena en costas y una sanción que puede ir desde 600 hasta 3.000 euros[104].

El Tribunal Constitucional de España nunca ha impuesto una multa por temeridad en procesos de recurso de inconstitucionalidad, ni siquiera en aquellos casos en los que los letrados del propio Tribunal han advertido sobre

---

104 Sobre el artículo 95 de la LOTC se pueden consultar los siguientes textos: ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. *Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 599-602; CANO MATA, ANTONIO. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. EDERSA, Madrid, 1986, pp. 609-613, y REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 1389-1404.

el uso temerario de dicho recurso. Por el contrario, el tribunal ha impuesto multas por temeridad en casos de recurso de amparo, pero siempre en contra de los recurrentes y nunca en contra de los abogados[105].

Para evitar demandas temerarias, en Austria se exige, tanto para la revisión abstracta como para la revisión concreta de constitucionalidad, la exposición de las disposiciones exactas de la ley objetada y las disposiciones de la Constitución que entran en contradicción. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional de Austria ha establecido que su revisión se limitará a los argumentos expuestos. Incluso en la revisión de oficio que puede hacer el Tribunal Constitucional austriaco, su examen se limitará a aquellas dudas de constitucionalidad que el propio tribunal haya manifestado en la decisión de iniciar la revisión de oficio[106].

Dentro de los sistemas de acceso directo también hay diferentes tendencias. Por ejemplo, en Venezuela se sanciona la temeridad mediante la imposición de una multa. El artículo 121 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece una multa de hasta 100 unidades tributarias (UT) para quienes hagan un uso abusivo de las acciones judiciales. Por su parte, en Ecuador se establece la responsabilidad civil y penal de quienes abusen de las acciones ante la Corte Constitucional[107].

A diferencia de España, Venezuela y Ecuador, en Colombia, a partir del año 2001, se estableció un sistema de filtros que permite exigir un nivel mínimo de razonabilidad en el ejercicio del derecho a someter las leyes al control de constitucionalidad[108]. Eso quiere decir que dentro del sistema de control de

---

105 Sobre este tema se pueden consultar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de España: STC 149/1986, STC 216/1988, STC 77/1989, STC 102/1989, STC 117/1989, STC 16/1990, STC 104/1990, STC 211/1992, STC 114/1999 y STC 253/2007. En algunos casos, la sanción se ha impuesto en el auto de inadmisión. Cfr. Tribunal Constitucional de España. ATC 134/2010.

106 STELZER. *The Constitution of the Republic of Austria*, cit., p. 200.

107 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, expedida en el año 2009, art. 21): "En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura".

108 Para una visión del sistema de filtros como una expresión de la auto-restricción del propio tribunal, cfr. CEPEDA ESPINOSA. "Judicial activism", cit., p. 678.

constitucionalidad de Colombia se ha descartado la posibilidad de imponer tasas o sancionar con multas a los demandantes temerarios.

Como se enunció en el segundo capítulo, el artículo 2.3 del Decreto 2067 de 1991 se limita a imponer la carga de que el demandante señale las razones por la cuales la norma objeto de la demanda es contraria a la Constitución[109]. De manera que inicialmente no existía ninguna cualificación sobre el tipo de argumentos válidos o un baremo específico para evaluar la idoneidad de los mismos. No obstante, en contradicción con los modelos de los tres países mencionados, el sistema de filtros colombiano no fue establecido en el reglamento de la Corte o en las disposiciones que regulan el proceso de constitucionalidad, sino que se ha construido y desarrollado en las propias sentencias de la Corte Constitucional.

El establecimiento del sistema de filtros en el año 2001 coincidió con dos momentos centrales en la historia de la Corte Constitucional de Colombia: el periodo de mayor demanda de justicia constitucional[110] y un cambio en la composición del tribunal[111]. En cuanto al primero, los datos estadísticos señalan que en el año 1999 la Corte había proferido 288 decisiones de constitucionalidad mientras que en los años 2000 y 2001 profirió 396 y 368, respectivamente. El aumento de la demanda de justicia en materia de constitucionalidad en el año

---

109 Antes del Decreto 2067 de 1991, el Decreto 432 de 1969 regulaba el proceso de control de constitucionalidad que se realizaba ante la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución de 1886. Esta norma no establecía expresamente el requisito de incorporar las razones que justificaban la inconstitucionalidad de las normas en las demandas de acción pública. El artículo 16 del Decreto 432 de 1969 contenía los siguientes cuatro requisitos: "1. La transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales. 2. El señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos. 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, y 4. Cuando fuere el caso, la declaración de si al expedirse el acto demandado, se quebrantó el trámite impuesto por la Constitución y en qué forma".

110 "*[A]bstract review decisions have also increased in number going from fifty-three in 1992, to 339 in 2002- an approximate 639% increase. This increase was mostly because actio popularis have also been increasingly filed by citizens in order to protect the abstract compatibility between the laws and the Constitution and to promote fundamental rights issues*". Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 559.

111 "Entre 1999 y el 2001, la Corte Constitucional profirió los últimos fallos que establecían la formalidad mínima de la acción. A partir del 2001, por el cambio de integrantes de la Corte Constitucional, esta corporación ha mostrado mayor exigencia a la hora de admitir las acciones públicas de inconstitucionalidad". Mendieta González, David. "La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia". *Vniversitas*, n.º 120, 2010, p. 76.

2000 fue paradigmático en la historia de la Corte Constitucional de Colombia. En ese año también se emitió el mayor número de decisiones de revisión de las sentencias de tutela, el cual superó, por primera y única vez, el millar de sentencias (1.340)[112].

En relación con el segundo factor, en el primer trimestre del año 2001 ingresaron a la Corte Constitucional siete nuevos magistrados en sustitución de un número igual de magistrados salientes[113]. En el mes de octubre de ese mismo año se publicó la Sentencia C-1052 que constituye el origen sistematizado del sistema de filtros que se describirá a continuación.

7.1. Los argumentos de la demanda como eje central del sistema de filtros del proceso de acción pública de constitucionalidad

Aunque se pueden encontrar referencias singulares previas[114], la sistematización del sistema de filtros se realizó en la Sentencia C-1052 de 2001[115].

---

112 Con base en estos datos se puede afirmar que el sistema ha funcionado para reducir la carga de trabajo del tribunal porque en los años 2013, 2014, 2015 y 2016 la Corte ha proferido 198, 194, 149 y 178 decisiones de constitucionalidad, respectivamente; con lo cual ha vuelto a los niveles de sus primeros tres años de funcionamiento.

113 La renovación de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2001 se realizó de la siguiente manera: Eduardo Montealegre Lynett ingresó en el mes de enero en sustitución de Antonio Barrera Carbonell; Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda Espinosa ingresaron en el mes de febrero en sustitución de Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz, respectivamente; Jaime Córdova Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería ingresaron en el mes de marzo en sustitución de José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente.

114 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-024 de 1994, C-504 de 1995, C-609 de 1996, C-236 de 1997 y C-447 de 1997.

115 La tesis de que los argumentos de la demanda deben cumplir con cinco condiciones (claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia) aparece también en el Auto 288 del año 2001 (fundamento jurídico 2.4) que fue publicado el mismo día de la Sentencia C-1052 de 2001 (4 de octubre) y fue sustanciado por el mismo magistrado (Manuel José Cepeda Espinosa). En consecuencia, es a partir de ese día cuando se cualificaron los argumentos de las demandas de constitucionalidad. Sin embargo, tanto el Auto 288 de 2001 (nota 8) como la Sentencia C-1052 de 2001 (nota 22) sostienen que esta cualificación de los argumentos de la demanda ya se había establecido unos meses antes en el Auto 244 de 2001 (11 de julio de 2001) que sustanció el magistrado Jaime Córdoba Triviño. No obstante, en el Auto 244 de 2001 solo aparecen las expresiones: claras, específicas, pertinentes y suficientes en la descripción de los antecedentes.

En esa decisión la Corte se declaró inhibida para decidir de fondo sobre una demanda de constitucionalidad contra el artículo 51 de la Ley 617 del año 2000. La Corte consideró que el ataque de constitucionalidad presentado por el demandante no superaba el baremo con el que el tribunal evaluó los cargos.

El punto de partida de los argumentos de la Corte Constitucional fue que todas las demandas de constitucionalidad deben tener tres elementos generales: un objeto demandado, el fundamento de la competencia de la Corte y el concepto de la violación. El primero hace referencia a un aspecto básico del juicio de contraste: la existencia de una norma legal que el demandante considera contraria a la Constitución. De manera que un mínimo inicial es que el accionante señale expresamente la disposición legal que demanda total o parcialmente y que la transcriba en el documento que presenta ante la Corte Constitucional. Por su parte, el segundo elemento se refiere a que el ciudadano debe señalar la norma que habilita a la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad del acto normativo demandado.

En relación con el sistema de filtros, el más importante es el tercer elemento o concepto de la violación. Este se divide, a su vez, en tres requisitos: i) la obligación de identificar las disposiciones constitucionales que servirán como parámetro de control, ii) la interpretación, subregla o contenido normativo que se deriva de esas disposiciones que entra en contradicción con el objeto de la demanda y iii) los argumentos por los cuales el objeto de la demanda es contrario a la Constitución[116]. Precisamente en este último elemento se ubica el sistema de filtros.

El origen concreto de las condiciones que deben cumplir los argumentos de una demanda de constitucionalidad es la *ratio decidendi* de la decisión de inhibición de la Sentencia C-1052 de 2001. En esa decisión, el tribunal consideró que la demanda presentada por el ciudadano era inidónea porque sus argumentos carecían de algunas de las siguientes cinco propiedades: certeza,

---

El Auto 244 de 2001 decidió un recurso de súplica interpuesto en contra de un auto previo proferido el día 8 de junio de 2001 en el que se había decretado la inadmisión y posterior rechazo de una demanda de constitucionalidad. Este último auto fue sustanciado por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Lo que esto quiere decir es que lo más probable es que sea en un auto del día 8 de junio del año 2001 en donde se hayan formulado por primera vez cuatro de los cinco requisitos de los argumentos de la demanda.

116 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia[117]. Estas características constituyen el eje central del sistema de filtros para el acceso a la revisión judicial de las leyes en Colombia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la certeza de un cargo de constitucionalidad implica que: i) la disposición legal demandada existe, ii) el contenido normativo que colige el accionante de la disposición legal demandada es una interpretación plausible de esa disposición[118] y iii) la totalidad del contenido normativo inferido por el demandante se deriva completamente de la disposición demandada y no es necesario integrarlo con otras disposiciones vigentes pero no demandadas[119].

En segundo lugar, el tribunal considera que un cargo de inconstitucionalidad satisface el requisito de claridad cuando existe un mínimo nivel de cohesión entre los argumentos que lo integran y estos son plenamente inteligibles[120].

El requisito de especificidad exige que haya un punto concreto en el que el cargo de inconstitucionalidad se dirija a demostrar "una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política"[121]. Esto quiere decir que el proceso de control de constitucionalidad no es un es-

---

117 En el caso concreto, la Corte señaló que la demanda no cumplía los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia. En todo caso, el incumplimiento de uno solo de los cinco requisitos es motivo de inadmisión de la demanda o de inhibición del tribunal. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.5.1.

118 Cabe preguntarse si este elemento no constituye, en algunos casos, el objeto central del debate de fondo sobre la potencial inconstitucionalidad de la ley demandada. También es necesario que la Corte aclare el contenido de la siguiente afirmación que realiza al referirse a la certeza de los argumentos: "esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2. En concreto, no queda claro cuál es esa extraña técnica de control de constitucionalidad que tiene los elementos que señala la Corte.

119 La Corte formula este requisito de la siguiente manera: "las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente 'y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita' e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

120 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

121 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

pacio para el discurso general o abstracto sino para la formulación de ataques precisos, definidos, individualizados y delimitados sobre la incompatibilidad de una ley con los valores públicos de la Constitución.

En cuarto lugar, el elemento de la pertinencia se dirige a distinguir entre el tipo de ataques que se pueden dirigir en contra de una ley ante la Corte Constitucional y otro tipo de ataques contra las leyes que son realizados fuera del tribunal. Como se ha afirmado en otro trabajo, la pertinencia de los argumentos "también sirve a la Corte para evitar que el proceso de constitucionalidad se convierta en un nuevo debate legislativo, que se pretenda hacer valer preferencias sectoriales de los ciudadanos y se utilice a la acción pública como un mecanismo para entorpecer la labor legislativa"[122].

Cuando se hizo referencia al filtro de la claridad se afirmó que este no implicaba un análisis técnico. Por el contrario, el filtro de la pertinencia exige que los argumentos de un cargo de invalidez se limiten a demostrar que el contenido normativo de una disposición legal se opone al contenido normativo de la Constitución. Resulta evidente que este tipo de razonamiento sí implica un nivel mínimo de técnica jurídica y, en especial, de técnica constitucional. En síntesis, la referencia a la pertinencia de los argumentos "denota un especial lenguaje admitido: el de los valores públicos constitucionales, que se manifiesta en argumentos jurídicos de orden constitucional"[123].

Por último, el filtro de la suficiencia involucra dos aspectos: i) la integralidad del cargo de constitucionalidad y ii) un principio de ruptura de la presunción de constitucionalidad de la ley demandada. Por una parte, la integralidad del cargo significa que este debe contener todos los elementos que respaldan la acusación concreta de inconstitucionalidad: los hechos que constituyen la violación de las normas procesales (en el caso de vicios de procedimiento), la jurisprudencia constitucional y los argumentos relevantes.

Por otra parte, el filtro de la suficiencia se refiere al alcance persuasivo de la demanda y su potencial para cuestionar la presunción de constitucionalidad que juega a favor de la ley. En los términos de la propia Corte, esto significa que los argumentos,

---

122 Roa Roa, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 44.

123 Ibíd., p. 43.

> … aunque no logren *prima facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional[124].

7.2. LA INTERPRETACIÓN *PRO ACTIONE* DEL SISTEMA DE FILTROS

Los cinco requisitos del sistema de filtros no han cambiado desde el año 2001. La Corte no los ha revisado ni corregido, y tampoco ha desarrollado elementos adicionales[125]. Así mismo, no se han variado los criterios que orientan el análisis de admisión que realiza el tribunal. La Corte ha considerado que el sistema de filtros es un conjunto de condiciones para el ejercicio de un derecho político, de manera que estas deben ser interpretadas restrictivamente y bajo la orientación del principio *pro actione*.

Las dos proyecciones principales del principio *pro actione* en el proceso de control de constitucionalidad son las siguientes. Por una parte, este principio sugiere que el juez constitucional debe ser deferente en la evaluación del cumplimiento de cada uno de los elementos del sistema de filtros. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, los fines legítimos de evitar la temeridad, de racionalizar el ejercicio del derecho de acción pública y de evitar el colapso del tribunal no pueden prevalecer sobre la apertura intrínseca del sistema, el modelo político de democracia participativa y el contenido mínimo del derecho político a defender la Constitución mediante la demanda de las leyes que le son contrarias.

En segundo lugar, en los casos de duda sobre el (in)cumplimiento de un determinado elemento del sistema de filtros en relación con una demanda concreta, el juez constitucional debe favorecer la posición que amplía el contenido del derecho de acción pública de constitucionalidad y proceder a admitir la demanda[126]. En todo caso, esta concreción del principio *pro actione* no tiene el nivel de optimización que se ha establecido en el sistema de control de constitucionalidad de Venezuela. En ese país, la sala constitucional puede subsanar

---

124 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

125 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-879 de 2014, fundamento jurídico 3.4.3, y C-612 de 2015, fundamento jurídico 5.

126 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.4.

las deficiencias de una demanda popular de constitucionalidad cuando el objeto de la misma sea de orden público[127].

A pesar de estas dos manifestaciones del principio *pro actione*, los filtros se han convertido en un desincentivo para el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y han tenido un efecto disuasorio para los demandantes asiduos y temerarios. Sin duda, este efecto ha beneficiado al propio sistema de control de constitucionalidad. Sin embargo, el desestímulo que genera el modelo de filtros en los ciudadanos no está exento de algunas críticas.

7.3. La privatización o elitización de la acción pública de constitucionalidad y el uso manipulativo del sistema de filtros por parte de la Corte Constitucional

Las preguntas que surgen de la existencia del mencionado sistema de filtros son las siguientes: ¿se puede considerar que estas barreras constituyen una limitación desproporcionada al derecho político de presentar acciones públicas de constitucionalidad?, y, ¿el sistema de filtros conduce a una especie de elitización del ejercicio del derecho a presentar acciones públicas de constitucionalidad? Se trata de dos cuestionamientos que cobran la mayor importancia en un modelo de acceso directo a la revisión judicial de las leyes. De la respuesta que se dé a estas dos preguntas dependen varios aspectos, en concreto, la calificación del sistema como verdaderamente abierto a los ciudadanos y la sostenibilidad de un esquema de acceso directo al control de constitucionalidad.

La Corte Constitucional tiene una respuesta clara para la primera pregunta. De acuerdo con la jurisprudencia de ese tribunal, el sistema de filtros no constituye una restricción desproporcionada al derecho de acceder directamente al control de constitucionalidad. Por el contrario, para la Corte estos mecanismos sirven para racionalizar el ejercicio de tal derecho y no afectan su contenido esencial. En consecuencia, cuando la Corte evalúa la idoneidad de los argumentos de una demanda:

> … simplemente exige del ciudadano un deber mínimo de diligencia, y ello con el exclusivo fin de que esta Corporación pueda cumplir adecuadamente sus funciones, ya que, tal y como se ha señalado en diversas sentencias, no corresponde

127 Cfr. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2010, art. 32.

> a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación de un ciudadano contra una norma legal y con base en disposiciones constitucionales efectivamente vigentes y con soporte en un concepto claro de violación[128].

La Corte Constitucional considera que el sistema de filtros es una manifestación central de la posibilidad de conciliar la revisión judicial de la ley con el principio democrático, toda vez que garantiza que el tribunal solo procederá al examen de una ley bajo una petición ciudadana de calidad. También significa que la Corte rechaza la potencial existencia de un sistema oficioso de revisión de la constitucionalidad de las leyes[129].

A pesar de lo anterior, el sistema de filtros ha sido criticado, tanto por su propia existencia como por el alto nivel de indeterminación de cada uno de los elementos que lo integran[130]. En contra de la existencia del sistema de filtros se sostienen tres objeciones. En primer lugar, se aduce que los filtros constituyen una restricción al ejercicio de un derecho político y al derecho de acceso a la justicia, e impiden la optimización del principio *pro actione*[131].

En segundo lugar, se objeta que la Corte haya impuesto el sistema de filtros mediante sus propias decisiones judiciales y no como el producto de un pro-

---

128 Corte Constitucional de Colombia. Auto 109 de 2003, fundamento jurídico IV.

129 Corte Constitucional de Colombia. Auto 109 de 2003, fundamento jurídico IV.

130 Algunos de los elementos básicos de las críticas al sistema de filtros fueron discutidos, incluso, antes de que la Corte cualificara los requisitos de la demanda de constitucionalidad en el año 2001. Por ejemplo, en la Sentencia C-131 de 1993 que realizó el control de constitucionalidad del Decreto 2067 de 1991, los accionantes sostuvieron que la introducción de un nuevo requisito (art. 2.3, "Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados") era una restricción desproporcionada para el ejercicio del derecho político porque exigía de los ciudadanos una formación técnica de la cual carecen quienes no son abogados: "el ejecutivo estableció condiciones y requisitos especiales para interponer ante la Corte Constitucional la acción pública de inconstitucionalidad, limitando de esta manera el derecho que la Carta había otorgado a todos los colombianos, porque no puede pensarse que un ciudadano común y corriente tenga los elementos técnicos y los conocimientos para darle cumplimiento a los requisitos que impone la norma acusada. En resumen, afirman los actores, se ha cambiado el sentido de la acción pública, pues se ha convertido en la práctica en una 'acción imposible'". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131 de 1993.

131 Quinche Ramírez. *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 69 y *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 136.

ceso de deliberación que condujera a la reforma legislativa de las normas que rigen el procedimiento de las acciones públicas de constitucionalidad[132]. Esta segunda crítica también sostiene que la Corte Constitucional tenía que haber ejercido las facultades de iniciativa legislativa que establece el artículo 156 de la Constitución y propuesto una modificación de las reglas de su propio procedimiento para que el Congreso decidiera sobre la pertinencia de tal reforma.

En tercer lugar, existe un fuerte rechazo a este sistema de filtros porque implica una elitización de la acción pública de constitucionalidad y una afectación a los intereses de los ciudadanos[133]. Desde esta postura se sostiene que estas barreras afectan a los ciudadanos que no pueden asumir el costo de contratar a un abogado para que prepare un escrito de demanda que pueda superar los obstáculos para el acceso al control de constitucionalidad.

De acuerdo con este argumento, se produce una privatización de la acción de constitucionalidad que, en lugar de evitar el acceso de intereses temerarios, privilegia la capacidad de estos para lograr que sus pretensiones sean evaluadas por la Corte Constitucional por encima de pretensiones legítimas pero carentes de recursos[134]. De esta manera, las mismas voces que son excluidas del proceso legislativo resultan excluidas del control de constitucionalidad, en la mayoría de las ocasiones, desplazadas por las mismas razones y por los mismos intereses que prevalecieron dentro del Congreso.

En el mismo sentido, se afirma que el sistema de filtros pone en cuestión el principio de gratuidad de las acciones constitucionales. En virtud de este principio, no se establecen tasas judiciales ni se exige la representación de un abogado en los procesos de acción pública de constitucionalidad. Sin embargo, la objeción señala que los estrictos requisitos de la demanda fuerzan a los ciudadanos a solicitar la asesoría o representación directa de un abogado, con lo cual el principio de gratuidad se desdibuja hasta perder su mínimo grado de optimización.

El segundo grupo de objeciones se basa en el alto grado de indeterminación de los elementos del sistema de filtros. Desde esta perspectiva se ha señalado que la Corte utiliza este tipo de barreras para subvertir la lógica del sistema

---

132 Mendieta González. "La acción pública", cit., p. 74.

133 "La aplicación rigurosa de estos requisitos limita el acceso a la acción, pues requiere un conocimiento especializado de temas jurídicos en general y constitucionales en particular, restringiendo su ejercicio, pues no todos los ciudadanos poseen o tienen a su alcance dicho conocimiento". Ibíd., p. 77.

134 Ibíd., p. 78.

de acción pública de constitucionalidad[135]. Esto quiere decir que el tribunal utiliza los filtros para eliminar uno de los aspectos centrales del modelo de acceso directo al control de constitucionalidad que radica, precisamente, en la importante cuestión de que los ciudadanos determinan la mayor parte de la agenda de la Corte Constitucional[136].

El elemento central de esta objeción es que el tribunal aplica el sistema de filtros con un baremo estricto para los casos que –por diferentes razones– trata de eludir. Por otra parte, la Corte aplica un baremo muy bajo o flexible para incluir dentro de su agenda ciertas demandas o temas. En otras palabras, la Corte tiene un grado de optimización diferenciado del principio *pro actione* que le permite escoger discrecionalmente las demandas que pretende admitir y las que pretende evitar.

En este punto resulta insoslayable distinguir dos tipos de uso instrumental del sistema de filtros y sus distintas repercusiones en el principio *pro actione*. En efecto, la Corte puede instrumentalizar el sistema de filtros para optimizar el principio *pro actione* o para restringirlo excesivamente hasta anularlo por completo. El primer caso ocurre con la admisión de demandas que *prima facie* no cumplen con los requisitos argumentativos. Esta práctica puede ser vista como una optimización inocua del principio *pro actione* porque no causa afectación a ningún ciudadano.

De cualquier modo, esta primera forma de uso instrumental podría ser objetada en virtud de que la Corte habría omitido o conferido un peso muy bajo a la presunción de constitucionalidad de las leyes durante la fase de admisión de las demandas. Adicionalmente, el legislador podría acusar a la Corte de disminuir discrecionalmente las barreras de acceso a la revisión judicial de las leyes con el fin de admitir una gran cantidad de demandas e interferir en la actividad legislativa.

7.4. UNA DEFENSA DEL SISTEMA DE FILTROS COMO RACIONALIZADOR DEL ACCESO DIRECTO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Frente a estas críticas, la Corte podría contestar que el bajo peso del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes durante la fase de admisión no

---

135 Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 137.

136 Roa Roa. *La acción pública*, cit., pp. 38-45.

implica que este no adquiera toda su relevancia en la decisión de fondo de las demandas. Es decir, la Corte puede admitir un elevado número de demandas, con lo cual reduce el valor de la presunción de validez de las leyes en la fase inicial, pero el dato relevante sería si le confiere todo su valor en la fase final de decisión[137]. Adicionalmente, un uso instrumental *pro actione* del sistema de filtros podría justificarse como una manera de reducir la fuerza de las críticas que se oponen a la existencia misma de tal sistema por restringir el acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

Por el contrario, si el uso instrumental del sistema de filtros se hace para anular el principio *pro actione* y restringir el acceso de ciertos grupos de interés o de algunos temas, esta práctica causa un problema desde el punto de vista de los derechos al acceso a la justicia, a la igualdad y a interponer acciones en defensa de la Constitución. Se trata, sin duda alguna, de un uso ilegítimo y distorsionado de un diseño institucional que tiene fines de racionalización y no de discriminación en el ejercicio de un derecho.

El modelo colombiano ofrece algunas respuestas institucionales a estas objeciones. Por una parte, la aplicación del sistema de filtros para impedir el acceso de ciertas demandas o de determinados temas a la agenda del tribunal queda sujeta a escrutinio público mediante la evaluación de los argumentos que expone la Corte en las decisiones de inadmisión. Esto es especialmente cierto porque, en la decisión de inadmisión, el tribunal debe indicarle al demandante los errores concretos de su escrito y conferirle la oportunidad para la corrección de los mismos.

Por otra parte, la existencia de una acción pública de constitucionalidad sin término de caducidad para la revisión judicial de las leyes conduce a que este uso instrumental negativo siempre tenga un carácter provisional porque –mientras exista el acto normativo cuya constitucionalidad se cuestiona– los demandantes tienen la posibilidad de presentar su demanda con nuevos o mejores argumentos hasta que finalmente el tribunal no tenga una opción distinta a admitirla.

La Corte Constitucional no puede evitar indefinidamente un tema o el control de una ley porque se trata de un tribunal que funciona en un sistema que, a pesar de la acusada manipulación del sistema de filtros, tiene en su

---

137 Sobre los efectos diferenciados de la presunción de constitucionalidad de las leyes durante las fases inicial y final del proceso de control de constitucionalidad, cfr. Ferreres Comella. "La presunción de constitucionalidad", cit., pp. 51-53.

esencia el hecho de que los ciudadanos son quienes fijan la agenda del tribunal. De manera que, en el sistema de Colombia, la propia apertura del control de constitucionalidad impide que se consoliden las *sentencias Pilatos* a las que se hizo referencia en el segundo capítulo de este libro.

Esto es precisamente lo que ha sucedido en casos como el de la interrupción voluntaria del embarazo o el de la igualdad de las parejas del mismo sexo. Después de algunas decisiones inhibitorias muy cuestionadas por el uso manipulativo del sistema de filtros, y ante la insistencia de los demandantes, el tribunal ha tenido que pronunciarse de fondo sobre estos dos temas[138]. Estos ejemplos demuestran que lo máximo que la Corte puede lograr con el uso manipulativo del sistema de filtros es postergar ciertas discusiones. No obstante, tal diferimiento será breve en función de la proactividad de los propios demandantes.

En cualquier caso, el escenario descrito anteriormente no es plenamente defendible y, por el contrario, es necesario rechazar ese uso manipulativo del sistema de filtros. Sin embargo, vale la pena insistir, no se trata de una práctica sistemática, no queda exenta del control ciudadano y, sobre todo, no es concluyente respecto de la tesis que defiende la eliminación del sistema de filtros.

Adicionalmente, aunque tal uso instrumental negativo del sistema de filtros se haya producido, quizá no de manera sistemática sino en casos puntuales, es insoslayable advertir que el sistema de filtros no debe ser confundido con las virtudes pasivas o con el canon de evitación a los que se refirió Bickel[139]. En efecto, la Corte Constitucional de Colombia carece de la competencia para controlar plenamente y con absoluta discrecionalidad su propia agenda. El tribunal no puede evitar analizar y decidir problemas jurídicos cuando las demandas ciudadanas cumplen los requisitos para su admisión establecidos en la ley y en la jurisprudencia. De acuerdo con la idea de Bickel, esto puede ser considerado como un problema desde el punto de vista de las virtudes pasivas de los jueces. Sin embargo, también se trata de una ventaja desde el

---

138 En la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional de Colombia declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal y estableció tres casos en los que se puede interrumpir el embarazo. Previamente, la misma disposición había sido demandada y la Corte se había inhibido para decidir de fondo por ineptitud sustancial de las demandas. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-1299 de 2005 y C-1300 de 2005. También en materia de igualdad entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, la comentada Sentencia C-577 de 2011 se produjo con posterioridad a decisiones inhibitorias por ineptitud sustancial de la demanda. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010.

139 Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 111-198.

punto de vista del control ciudadano de la agenda del tribunal según ha sido señalado por Fiss[140].

En cualquier caso, el sistema de filtros tampoco es un mecanismo de espera para afrontar discusiones constitucionales solamente cuando la sociedad se encuentre preparada para esa deliberación. El conjunto de filtros es una herramienta para evitar que accedan demandas temerarias o una gran cantidad de ataques contra la constitucionalidad de las leyes sin que aquellos satisfagan unos parámetros mínimos de calidad. La lógica interna del sistema de acción pública se distingue absolutamente de otros modelos, como el norteamericano, donde hay un mayor espacio para aplicar el mecanismo de espera mediante la selección de casos. Como señala Groppi:

> La discrecionalidad en la selección de los asuntos es uno de los elementos más destacados en la relación entre jurisdicción constitucional y los demás poderes del Estado, y sobre todo los poderes políticos. No admitir cuestiones políticamente difíciles puede ayudar a la relación entre justicia constitucional y poderes políticos 'democráticos' (Gobierno y Parlamento). La tentación de que la discrecionalidad en la evaluación de la legitimación se convierta, impropiamente, en un instrumento para la selección de casos es, por tanto, fuerte[141].

Del mismo modo, en contra de lo que afirman algunas de las críticas mencionadas, el cambio que se produjo en el año 2001 redujo la discrecionalidad de la Corte para decidir sobre la admisión de las demandas porque hizo explícitos y generales los criterios para evaluar la calidad de los argumentos de una acción de constitucionalidad. El reproche sobre el aumento de la discrecionalidad se sustenta en la idea equivocada de que antes del año 2001 se podía incluir cualquier tipo de argumento en la demanda de constitucionalidad y después de ese año solo se admiten argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Al contrario de este supuesto, antes del año 2001 también existía una evaluación de la idoneidad argumentativa de la demanda, pero esta se realizaba sin atender a criterios ampliamente difundidos y homogéneos.

En ese sentido, a pesar de la indeterminación de los elementos que integran el sistema de filtros, con este ha aumentado la carga del ciudadano de presentar

---

140 Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Esteban Restrepo Saldarriaga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 33-34. Una visión del proceso colombiano de constitucionalidad como un diálogo público en Roa Roa. *La acción pública*, cit., pp. 38-45.

141 Groppi. "Titularidad y legitimación", cit., pp. 253 y 254.

una demanda cualificada, pero también ha aumentado la carga que debe asumir la Corte para demostrar que una demanda no satisface los requerimientos necesarios para ser admitida. Desde ese punto de vista, la posibilidad de que la Corte controle su propia agenda se ha reducido para quedar sometida a un escrutinio sobre la fundamentación de las decisiones en las que el tribunal inadmite las demandas con base en el incumplimiento de alguno de los requisitos del sistema de filtros.

Con el sistema de filtros establecido desde el año 2001 se inició un proceso todavía inacabado para precisar los requisitos generales del Decreto 2067 de 1991. Esto ha contribuido a conferir certeza jurídica a los ciudadanos respecto de las condiciones de ejercicio del derecho político a demandar las leyes ante la Corte Constitucional.

Si se piensa en el riesgo de la temeridad, los filtros no pueden ser considerados como restricciones desproporcionadas al acceso directo, ni implican un cambio de modelo, una privatización o elitización del mismo. Tampoco son un cambio en la concepción de la acción pública como un derecho político. Las restricciones frente a la temeridad parten de la base de que una acción temeraria es, en sí misma, un ejercicio abusivo del derecho[142]. Por esa razón, como se verá más adelante, el sistema de filtros no solo ha causado un aumento de las decisiones inhibitorias y una cualificación de los argumentos que invoca el tribunal para adoptar ese tipo de decisiones, sino que no es descartable que el sistema de filtros haya contribuido a delimitar los extremos en los que discurren las discusiones constitucionales.

Frente al riesgo de la superación de la capacidad razonable de trabajo de la Corte, estos filtros son esenciales como desincentivos. Eso significa que "la Corte está enviando mensajes claros al ciudadano que se dirige contra los poderes públicos por medio de la acción de inconstitucionalidad, los cuales podrían interpretarse de la siguiente manera: la acción pública no es una herramienta que se concibió para sobrecargar el aparato judicial"[143].

---

142 "[L]os requisitos para ejercer el derecho político a controlar la reforma a la constitución son razonables. Por tanto, la inclusión y cualificación de los requisitos para que la ciudadanía active el ejercicio del control que adelanta la Corte Constitucional no se erigen en obstáculos insalvables". Castellanos Morales, Ethel Nataly y Sánchez Castillo, Camilo Ernesto. "El derecho político a demandar por inconstitucionalidad reformas constitucionales: límites y potencialidades". *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 41, 2014, p. 320.

143 Gómez-Pinto. "El control constitucional", cit., p. 193.

En consecuencia, la pregunta decisiva para evaluar la exigencia de unos requisitos mínimos en los argumentos de la demanda de constitucionalidad es la siguiente: ¿anula el sistema de filtros el elemento esencial de un sistema de acceso directo al control de constitucionalidad? La repuesta de este trabajo es negativa y se dirige a demostrar que existe un equilibrio funcional dentro del sistema de control abstracto de constitucionalidad entre los siguientes elementos: la amplia legitimación activa, el sistema de filtros y la posibilidad de que el tribunal se inhiba de decidir ciertas demandas cuando se cumplen unas determinadas condiciones. Al desarrollo de esta idea se dedicará la última parte de este capítulo.

8. El equilibrio entre la amplia legitimación activa, los requisitos de la demanda y la posibilidad de sentencias inhibitorias

Para finalizar este capítulo es necesario retomar lo que se ha dicho hasta ahora sobre el modelo colombiano de control de constitucionalidad: este se caracteriza por incorporar uno de los más amplios sistemas de acceso al control de constitucionalidad en el que se reciben los ataques contra la constitucionalidad de las leyes que formula cualquier ciudadano. Ante el riesgo de que uno de esos ataques sea temerario, o de que la suma de ataques legítimos y temerarios colapsen al tribunal, se ha establecido un sistema de filtros que constituye una barrera razonable para acceder al control de constitucionalidad. No obstante, como el sistema de filtros es falible, la Corte Constitucional también puede inhibirse de decidir de fondo una demanda que ha superado, sin razón suficiente, todos los filtros. Este esquema representa un equilibrio interno y racionalizador de todo el sistema de control centralizado de constitucionalidad.

El desarrollo de este argumento sobre el equilibrio interno del sistema es el siguiente. Frente al amplio acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad existe el sistema de filtros. Cuando el sistema de filtros funciona correctamente, este garantiza que las demandas inadmitidas lo fueron por ser temerarias o por no cumplir con el mínimo de argumentación requerido por el tribunal. De manera que se racionaliza el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad.

Ahora bien, el sistema de filtros puede fallar de dos maneras. El primer caso de fallo se presenta cuando el sistema de filtros no permite el ingreso de una demanda que cumplía con las calidades para constituir un ataque legítimo contra la constitucionalidad de una ley. Este caso de fallo contra el principio

pro actione es, como ya se dijo, inocuo porque el demandante puede volver a tocar las puertas del tribunal con la misma o con una nueva demanda. Aunque nada impide que sea con la misma demanda, la expectativa razonable es que el demandante regrese a la Corte Constitucional con un escrito que conteste a los reparos que tuvo el tribunal respecto de la primera demanda.

Frente a este primer caso de aplicación incorrecta del sistema de filtros es razonable esperar que, cuanto más grave haya sido el error del magistrado sustanciador para impedir el acceso de una demanda legítima, menor será la dificultad de que esta sea admitida al presentarla nuevamente o menores los cambios que habrán de introducirse a la misma para que logre superar los filtros del tribunal. En conclusión, un error por exclusión injustificada no es excesivamente grave en un modelo de acceso directo al control de constitucionalidad.

El segundo caso de fallo se presenta cuando el sistema de filtros deja pasar una demanda que no ha debido ingresar por carecer de los requisitos establecidos o, lo que es lo mismo, cuando el análisis individual de la demanda realizado por el magistrado sustanciador no detecta la existencia de una demanda que incumple los requisitos del sistema de filtros. Ante esta hipótesis, que en principio parece grave, existen dos opciones.

Por una parte, una vez admitida la demanda, la sala plena del tribunal se puede percatar de que el magistrado sustanciador ha cometido un error al admitir la demanda y, en consecuencia, declararse inhibida para decidirla de fondo por ausencia de un cargo sólido de constitucionalidad. En la práctica constitucional, la Corte utiliza con prudencia las sentencias inhibitorias cuando apela a la causal de ausencia de cargo con el fin de evitar decisiones de inhibición absoluta. De manera que si el tribunal encuentra unos cargos que cumplen los requisitos y otros que no, procede a decidir los primeros y a declararse inhibida solamente sobre los segundos. Esta práctica a favor de los demandantes explica que las decisiones de inhibición absoluta sean una excepción.

Dentro de las cuatro causas principales de inhibición (sustracción de materia, caducidad de la acción, incompetencia del tribunal y ausencia de cargo), la inexistencia de un reproche sólido de inconstitucionalidad es la más invocada desde el año 2000[144]. Algunos estudios demuestran que el número de sentencias inhibitorias de la Corte Constitucional de Colombia aumentó

144 "[L]a Corte, en respuesta a la oleada de demandas presentadas como resultado de la efectividad que la acción pública había demostrado en sus primeros nueve años, modifica su jurisprudencia para reducir sus fallos de fondo, lo que genera consecuentemente un aumento considerable de los fallos inhibitorios en los que la Corte se declara incompetente para conocer de deman-

mientras que el número de demandas disminuyó a partir del establecimiento del sistema de filtros[145]. Eso quiere decir que, sin que necesariamente la Corte Constitucional haya continuado la tradición de la Corte Suprema de Justicia que consistía en convertir a las decisiones inhibitorias en la regla general[146], la Corte Constitucional sí ha utilizado las sentencias inhibitorias como un respaldo de su sistema de filtros.

De acuerdo con esta práctica, el fallo en el sistema de filtros por la aplicación insuficiente del mismo por parte del magistrado sustanciador no es grave porque, cuanto más grave sea el error del magistrado sustanciador, mayor será la probabilidad de que la sala plena se percate del mismo y se declare inhibida. En este caso, el tribunal hará valer el sistema de filtros y, si el demandante está en desacuerdo con la inhibición de la Corte, podrá volver a tocar las puertas del tribunal con la misma o con una nueva demanda[147].

No obstante, también puede ocurrir que el conjunto del tribunal no se percate del error del magistrado sustanciador y decida la demanda de fondo. Ante esta situación pueden suscitarse dos consecuencias. Por una parte, el tribunal puede considerar que la presunción de constitucionalidad de la ley no ha sido desvirtuada con los argumentos del demandante y declarar la constitucionalidad de la ley objeto de la demanda.

Cuanto más débil haya sido el ataque de constitucionalidad y más grave haya sido el error del magistrado sustanciador y de todo el tribunal, menor será

---

das de inconstitucionalidad contra las leyes y repercute en una reducción de las demandas". Gómez-Pinto. "El control constitucional", cit., p. 191.

145 "[L]a Corte ha ido definiendo los criterios exigidos para entrar a estudiar a fondo una acción pública de inconstitucionalidad, y con el paso de los años ha sido más exigente en el estudio de las acciones públicas de inconstitucionalidad. En consecuencia, en los últimos años ha aumentado el número de fallos inhibitorios". Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., pp. 482-483 y 508.

146 "En vigencia de la Constitución de 1886, la inhibición fue una práctica extendida, tanto en la justicia ordinaria como en la constitucional. De hecho, la Corte Suprema de Justicia se inhibía de ejercer el control de constitucional sobre los tratados públicos, las reformas constitucionales y las declaratorias de estados de excepción". Quinche Ramírez. *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 158.

147 De acuerdo con la información proporcionada por la secretaría general de la Corte Constitucional de Colombia, hasta el mes de agosto de 2016, el tribunal había recibido 11.707 demandas de constitucionalidad. Aproximadamente el 40% de esas demandas fueron inadmitidas o se emitió respecto de ellas una sentencia inhibitoria. Por esa razón, en el mismo periodo solo se han proferido 6.111 sentencias de constitucionalidad. Cfr. Sáchica Méndez. "Balance panorámico. Veinticuatro mil sentencias", cit.

la posibilidad de que los argumentos de la demanda derroten la presunción de constitucionalidad de la ley. En consecuencia, en esta hipótesis, el fallo del sistema de filtros y de su respaldo en las sentencias inhibitorias se resuelve con un bajo coste para el sistema jurídico porque el tribunal ha confirmado la validez de la ley.

Pero también puede suceder que el tribunal decida la demanda de fondo y considere que la ley es contraria a la Constitución. Esta sería la situación más preocupante que puede ser suscitada tanto por el fallo del sistema de filtros como por la inoperancia de su respaldo en las decisiones inhibitorias. Sin embargo, se trata de una situación que representa un bajo coste para el sistema jurídico, porque la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley implica que el demandante tenía la razón pero no tuvo la pericia suficiente para formular un cargo de inconstitucionalidad con todos los elementos del sistema de filtros. En este caso, el tribunal habría aplicado el principio *pro actione* y el de presunción de constitucionalidad de las leyes, pero este último no habría sido suficiente para decidir a favor de mantener la ley dentro del ordenamiento jurídico.

En virtud de todo lo anterior, se puede concluir que hay una tendencia al equilibrio entre una de las más amplias modalidades de apertura del control de constitucionalidad y el sistema de filtros con posibilidad de decisiones inhibitorias. Sin embargo, no se puede desconocer que este equilibrio tiene un costo en términos de trabajo para la Corte Constitucional. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente funcional, parece un sacrificio mínimo necesario a cambio de incorporar un sistema de acceso directo al control de constitucionalidad de las leyes.

En conclusión, en este capítulo se han abordado las dos objeciones funcionales a la acción pública de constitucionalidad: la temeridad y el exceso de recursos. Estos no han sido debatidos con profundidad en otros sistemas de acceso al control de constitucionalidad, quizás debido a la creencia manifiestamente infundada de que la restricción de la legitimación activa en esos sistemas evitará la temeridad y el exceso de recursos. La práctica demuestra que tal creencia carece de respaldo teórico y empírico. Sin embargo, todavía queda por comprobar los costos del acceso directo al control de constitucionalidad de las leyes fuera del ámbito funcional, esto es, los problemas de legitimidad democrática que surgen de adoptar el diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad.

CAPÍTULO CUARTO

El acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional como respuesta al problema de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad

En el capítulo anterior se demostró que el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad es un diseño institucional plausible de la justicia constitucional. Se argumentó a favor de la idea de que ese esquema no es, por decirlo de alguna manera, autodestructible si se toman algunas precauciones que son razonables y que no ponen en peligro la esencia del modelo que consiste en concebir al ciudadano como el primer eslabón de la sentencia de (in)constitucionalidad. Sin embargo, todo esto dice poco –quizá muy poco– sobre la compatibilidad de este diseño institucional del control de constitucionalidad con la democracia. Aún queda por saber si el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad resulta afectado por la denominada objeción democrática o contramayoritaria, si representa una versión todavía más criticable del *judicial review* o si, desde esta perspectiva, puede aportar algún argumento en su propia defensa. Este es el objeto de los siguientes cuatro capítulos de esta investigación.

Sin embargo, en lo que sigue no se intentará una fundamentación general del control de constitucionalidad en relación con el principio democrático. El universo argumentativo de esta investigación tiene dos límites: por una parte, el estudio concreto del mecanismo de acción pública de constitucionalidad y, por otra, su desarrollo en un sistema político determinado. Se trata entonces de demostrar las ventajas del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad en clave contextual.

Se sigue en este aspecto la idea de Grimm, para quien la cuestión de si un Estado debe tener un sistema de revisión judicial de las leyes y qué tipo de sistema debe ser tal no es solamente un debate contextual, sino que debe responder a un análisis de coste-beneficio. Cada Estado debe ponderar los riesgos y las ventajas que conlleva el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad[1]. Del mismo modo, se asume la pertinente advertencia de Ferreres cuando afirma que el diseño institucional de un determinado esquema de justicia constitucional debe ser compatible con las características propias del contexto político, social y cultural de cada país, con el fin de que las potencialidades de un diseño concreto reduzcan o minimicen los problemas que el control de constitucionalidad pueda generar[2].

---

1 Grimm. "Constitutional adjudication", cit., p. 196.

2 "El reto práctico, entonces, es el de perfilar el sistema concreto de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones políticas, sociales y culturales de cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución y de reducir sus posibles efectos colaterales negativos". Ferreres Comella. "El control judicial", cit., p. 357.

Los siguientes capítulos se rigen por esas dos ideas orientadoras. Eso quiere decir que plantean una serie de argumentos que contribuyen a destacar las ventajas de conferir acceso directo a los ciudadanos al control de constitucionalidad con base en elementos teóricos abstractos pero aplicados al sistema constitucional de Colombia. La pretensión es que los argumentos tengan una validez general, pero, en cualquier caso, serán formulados con el fin de contribuir al debate concreto sobre el modelo de control de constitucionalidad establecido en Colombia a partir de la Constitución de 1991. Solo el lector puede decidir si alguna de estas tesis tiene la potencia suficiente para trascender los elementos jurídicos, políticos y culturales colombianos de manera que el sistema de acción pública se convierta en un diseño plausible en otras latitudes.

La organización de este capítulo será la siguiente. En primer lugar, se describirá la dimensión representativa de la objeción democrática a la revisión judicial de las leyes y algunas de las principales respuestas que se han elaborado para enfrentar esa crítica (secc. 1). A continuación, se propondrán cuatro argumentos que se dirigen a refutar la objeción democrática al control de constitucionalidad. En concreto, los cuatro argumentos tienen como objetivo demostrar que la acción pública de constitucionalidad empodera a los ciudadanos para lograr: la representación de sus intereses (secc. 2), la protección de intereses públicos y de terceros (secc. 3), la garantía del interés general establecido en los valores públicos de la Constitución (secc. 4) y la contención de las manifestaciones del constitucionalismo abusivo (secc. 5).

Este capítulo dará paso a un conjunto de reflexiones posteriores sobre la relación entre el diseño y funcionamiento institucional del sistema de acceso directo al control de constitucionalidad establecido en Colombia y las respuestas o ventajas que este comporta en relación con la objeción democrática a la justicia constitucional.

1. LA DIMENSIÓN REPRESENTATIVA DE LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD[3]

Antes de proceder a destacar las credenciales democráticas de la acción pública de constitucionalidad conviene centrarse en el contenido y posibles respuestas

3 Es bien sabido que la expresión 'dificultad contramayoritaria' fue difundida exitosamente por Bickel: "*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*".

a la crítica que se formula en contra de la compatibilidad del control de constitucionalidad con la democracia. Se pondrá el énfasis en los elementos representativos de esa objeción con el fin de contextualizar los argumentos que se formularán posteriormente a favor del modelo colombiano de acceso directo a la revisión judicial de las leyes como un escenario para la representación argumentativa, deliberativa y meritocrática de los ciudadanos.

Uno de los elementos centrales de la objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes es el carácter no representativo y, por ende, no responsable (*accountable*) de los jueces constitucionales[4]. Se puede resumir el argumento de la siguiente forma: si las leyes son aprobadas por el Congreso –que reúne a un grupo de personas que fueron elegidas popularmente, representan a la voluntad general y responden electoralmente ante la ciudadanía–, resulta contrario al principio democrático que los jueces –quienes no fueron elegidos popularmente, no tienen un carácter representativo y no responden ante el electorado– puedan inaplicar o invalidar los actos normativos de los primeros[5]. Como señala Friedman:

Bickel. *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 16. Para una serie de trabajos que recupera el desarrollo de esa objeción en el constitucionalismo de Estados Unidos cfr. Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy". *New York University Law Review*, vol. 73, n.º 2, 1998, pp. 333-433; "The history of the countermajoritarian difficulty, part two: reconstruction's political Court". *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, n.º 1, 2002, pp. 1-65; "The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner". *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1455; "The history of the countermajoritarian difficulty, part four: law's politics". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, n.º 4, 2000, pp. 971-1064 y "The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five". *Yale Law Journal*, vol. 112, n.º 2, 2002, pp. 153-259.

4 "*A constitutional court has three institutional properties. First, it is a small collegiate organ formed by non-elected members who are thus deprived of the periodical and competitive certification of authority*". Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., p. 74.

5 La objeción se ha formulado de distintas maneras: "*Whoever gave Nine Old Lawyers authority to overrule the judgments of democratically elected politicians?*". Ackerman, Bruce. *We the People. Foundations*. Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 9; "¿cómo es posible permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que, en su opinión, violan lo dispuesto en el texto constitucional? ¿No es esto regresivo, más que progresivo, desde un punto de vista democrático?". Ferreres Comella. "El control judicial", cit., p. 357; "¿por qué es que los jueces, y no los legisladores, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? […] ¿es aceptable que, en el marco de una comunidad democrática, los jueces asuman el derecho a pronunciar la 'última palabra', respecto de cómo resolver los problemas constitucionales más básicos?". Gargarella. *Por una justicia dialógica*, cit., p. 9; "¿qué justifica que unos jueces que no son elegidos por el pueblo –y que por lo tanto no

> La primera premisa sobre la cual descansa la dificultad contramayoritaria es que las decisiones en nuestro gobierno deben ser adoptadas de una manera electoralmente controlable por el propio pueblo o por sus representantes. De acuerdo con uno de los presupuestos familiares de la dificultad contramayoritaria, el problema con las decisiones judiciales es que estas frecuentemente 'frustran' la voluntad de las mayorías. [...] Aquellos enamorados de la dificultad contramayoritaria tienen reparos porque sostienen que lo importante es que los tribunales anulan la voluntad de los poderes representativos[6].

Se trata de un argumento muy fuerte en contra de la revisión judicial de las leyes porque se basa en elementos estructurales del sistema democrático. El control de constitucionalidad, según esta objeción, es contrario al concepto mismo de democracia, al principio de igualdad política y a la reflexión colectiva como procedimiento de decisión.

El punto de partida de esta crítica señala que la democracia consiste en un procedimiento mediante el cual los partidos políticos y sus candidatos compiten entre sí por obtener el voto de los ciudadanos. Estos pueden participar en condiciones de igualdad en unas elecciones libres en las que designan a las personas que tomarán las decisiones públicas en representación de sus intereses. Las decisiones son el producto final de la deliberación dentro del órgano legislativo y constituyen la definición de los desacuerdos que la pluralidad de intereses pudo generar[7]. En ese contexto, el *judicial review* resulta

---

rinden cuentas ante él– tengan la autoridad para invalidar las leyes del Congreso?". LINARES. *La (i)legitimidad democrática*, cit., p. 46; "No sólo las cartas constitucionales limitan las posibilidades disponibles a los cuerpos legislativos, sino que los límites atrincherados son de tal naturaleza que invariablemente deben ser interpretados y aplicados por jueces no elegidos democráticamente. Dicho arreglo constitucional, la objeción continúa, sirve para frustrar la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes elegidos, y les confiere a los jueces un poder que no deben tener". WALUCHOW, WILFRID. "Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo". En FABRA, JORGE y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, IIJ, México, 2015, p. 255.

6 FRIEDMAN, BARRY. "Dialogue and judicial review". *Michigan Law Review*, n.º 91, 1992-1993, pp. 629 y 630.

7 "*Democracy, understood as a procedure involving regular elections for competing parties, universal suffrage based on one person one vote, and majority rule, is held to provide a mechanism whereby all citizens can see they are treated as equals by virtue of having an equal say in making the collective decisions and rules that shape their common institutions and social interactions, albeit indirectly through their electorally authorized and accountable representatives in the legislature*". BELLAMY, RICHARD. "The democratic qualities of Courts: a critical analysis of three arguments". *Representation*, vol. 49, n.º 3, 2013, pp. 333 y 334.

antidemocrático porque no participa de ninguna de estas tres características esenciales del concepto de democracia.

En segundo lugar, la objeción señala que uno de los elementos centrales del sistema democrático es el principio de igual dignidad democrática. El fundamento de este principio es la capacidad de cada individuo para definir sus propios intereses, sus metas personales y los medios adecuados para lograrlas. El individuo tiene derecho a que el proceso de decisión colectiva tome en cuenta esos intereses y les asigne el mismo peso que atribuye a los intereses de los demás. Por esa razón, el principio de igualdad política se manifiesta en: i) la igualdad de voto mediante la regla *un ciudadano, un voto* y ii) la composición del órgano legislativo que refleja la agregación de esos votos individuales en la formación de las distintas mayorías dentro del Congreso[8].

En tercer lugar, la crítica encuentra fundamento en el postulado según el cual las decisiones en la democracia deben ser el producto de la reflexión colectiva con el fin de que los resultados sean aceptados por todos los ciudadanos, tanto por aquellos que se benefician como por aquellos que resultan perjudicados. Estos últimos aceptarán la decisión que les perjudica en virtud de que esta se ha adoptado como producto de un proceso en el que tuvieron la misma capacidad de participación, en el que se aplicó la regla de la mayoría y durante el cual se ofrecieron argumentos razonables que respaldan la medida finalmente aprobada[9].

Esta objeción ha sido formulada en diferentes contextos. Como señalan algunos autores, en Europa la contradicción entre el *judicial review* y el principio democrático no solo ha fundamentado la objeción democrática al control de constitucionalidad, sino que fue, durante mucho tiempo, un impedimento para que surgiera un sistema de revisión judicial de las leyes. Por esa razón, en muchos aspectos el debate sobre el carácter antidemocrático del control de constitucionalidad tuvo lugar en Europa antes que en Estados Unidos y, por supuesto, precedió a la implementación del modelo kelseniano de justicia constitucional[10].

---

8 "*[I]f a group of people are all roughly equally affected by the totality of collective decisions, and may be regarded as the best judges of their own interest most of the time –especially when moral and epistemological disagreements prevail– then they all should have an equal say in those decisions*". Bellamy, Richard y Parau, Cristina. "Introduction: democracy, courts and the dilemmas of representation". *Representation*, vol. 49, n.º 3, 2013, p. 255.

9 Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 156-166.

10 "*Prior to the appearance of Kelsen's court, it was widely assumed that constitutional review was incompatible with parliamentary governance. The parliamentary system owes its popularity to its capacity*

La defensa del control de constitucionalidad frente a esta objeción toma diferentes formas: i) se propone una transposición de algunos elementos del sistema de representación al control de constitucionalidad mediante la elección popular de los jueces, ii) se critica el funcionamiento del sistema de representación para matizar el idealismo del cual parte la objeción contramayoritaria, iii) se afirma que el control de constitucionalidad puede ser un garante de las condiciones que hacen posible la democracia, iv) se sostiene que la intervención excepcional de los jueces es idónea para garantizar algunos aspectos sustanciales de la democracia (*e.g.*, la autonomía individual) y v) se sostiene que el control de constitucionalidad también puede ser un escenario para una forma especial de representación que se denomina deliberativa, argumentativa o meritocrática.

Antes de desarrollar la tesis de que el modelo de acción pública de constitucionalidad es compatible con esta última forma de defensa de la revisión judicial de las leyes, resulta pertinente resumir algunas de las diferentes respuestas del control de constitucionalidad frente a la objeción democrática.

I.1. LA LEGITIMIDAD DE ORIGEN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Como se enunció previamente, uno de los ejes centrales de la objeción contramayoritaria es que existe un déficit de legitimidad democrática de la institución que realiza el control de constitucionalidad en razón de que los jueces encargados de contrastar las leyes con la Constitución son funcionarios escogidos mediante el sistema de designación y no mediante una elección popular. A diferencia de la elección, la designación no crea un vínculo directo de representación y ofrece menores garantías de control público sobre los designados.

En respuesta al carácter no representativo del control de constitucionalidad se ha sugerido que los ciudadanos intervengan directamente en la elección de los

---

to combine centralized political authority with representative democracy. The system privileges the ideology of majority rule, what the French call 'the general will'. Constitutional review, by contrast, was thought to 'fit' only in polities where unfettered majority rule had been rejected". STONE SWEET, ALEC. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 49 y 50. La misma idea en STONE SWEET, ALEC. "Why Europe rejected American judicial review. And why it may not matter". *Michigan Law Review*, vol. 101, n.º 8, pp. 2744-2780 y "Constitutional Courts and Parliamentary", cit., pp. 78 y 79. También en AHUMADA RUIZ. *La jurisdicción constitucional*, cit., pp. 243-261.

miembros de la Corte Constitucional. De esta manera los jueces ostentarán, en principio, las mismas condiciones de los miembros del Congreso: elección popular, un mandato representativo y responsabilidad directa frente al electorado.

Dentro de los estudios comparados, los sistemas de elección de los jueces constitucionales han sido clasificados sin tener en cuenta el grado de participación de los ciudadanos en esos procedimientos. Por ejemplo, Ginsburg afirma que existen tres modelos de designación de los integrantes de un tribunal: los nombramientos profesionales, los nombramientos cooperativos y los nombramientos representativos. Los primeros se encuentran en los Estados en los cuales una sola autoridad puede –formalmente o *de facto*– nombrar a los jueces constitucionales (*e.g.*, Taiwán). El segundo modelo implica la participación de dos autoridades mediante el sistema de nominación y confirmación (*e.g.*, Estados Unidos). Finalmente, el tercero ocurre cuando participan múltiples autoridades en la nominación y confirmación de los jueces (*e.g.*, Italia o Colombia)[11].

Además de estos tres modelos, recientemente también se ha recuperado la idea de que los miembros de los tribunales constitucionales sean escogidos al azar. Con el fin de lograr que los ciudadanos tengan la misma posibilidad de participar en la elección y conformación del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, se ha propuesto la creación de un *jurado constitucional* compuesto por un número amplio de ciudadanos (*e.g.*, 500) elegidos al azar. De acuerdo con esta propuesta, la elección aleatoria de los miembros del jurado confiere a todos los miembros de la comunidad política la misma posibilidad de hacer parte del órgano que toma las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes. De esa manera, se afirma, el órgano constitucional y la forma de selección de sus integrantes resultan compatibles con la idea de igual dignidad política[12].

1.1.1. La participación ciudadana directa en la elección de los jueces constitucionales

Ahora bien, si se tiene en cuenta a los ciudadanos, es plausible afirmar que su intervención directa en la elección de los jueces constitucionales ocurre de

---

11 Ginsburg. *Judicial Review*, cit., pp. 43-45.

12 Cfr. Ghosh, Eric. "Deliberative democracy and the countermajoritarian difficulty: considering constitutional juries". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 2, 2010, pp. 327-359 y Spector, Horacio. "Un sistema democrático de control de constitucionalidad". En Fabra y García (coords.). *Filosofía del derecho*, cit., pp. 281-289.

diferentes maneras. Por una parte, la ciudadanía puede elegir directamente a los magistrados en unas elecciones generales en las que se vota por las listas de candidatos a integrar el tribunal constitucional. En segundo lugar, el pueblo puede refrendar la decisión que han tomado el ejecutivo y/o el legislador respecto de la integración del tribunal constitucional (legitimidad de origen de primer grado).

En tercer lugar, se puede considerar que los electores participan indirectamente en la elección de los jueces constitucionales cuando votan en unas elecciones para elegir a quienes designarán a los miembros del tribunal constitucional[13]. Este último sería el caso de Colombia, donde los ciudadanos no eligen directamente a los magistrados de la Corte Constitucional pero sí eligen a los senadores que tendrán la función de escoger finalmente a los integrantes del tribunal constitucional (legitimidad de origen de segundo grado).

Estas tres formas de intervención son la fuente de la legitimidad de origen de los jueces constitucionales. Se denomina legitimidad de origen porque el mandato de los jueces proviene de una decisión directa o indirecta de los ciudadanos. Según este concepto, la mayor o menor participación de los ciudadanos en los actos de elección de los jueces constitucionales confiere a los miembros del tribunal constitucional un grado de legitimidad similar al de los miembros del Congreso cuando se trata de las formas de legitimidad de origen de primer grado.

Para algunos autores, la introducción de formas de legitimidad de primer grado de la justicia constitucional es un desarrollo o superación del modelo europeo de control de constitucionalidad. Este rasgo sería propio del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, esta opinión es equivocada porque, por una parte, la elección popular de los jueces constitucionales no se ha intentado solamente en países de América Latina y, por otra, tampoco se trata de un diseño constitucional común en todos los países de la región[14].

---

13 Para un estudio comparado sobre la forma de elección de los jueces en distintos contextos jurídicos –con especial énfasis en Alemania, Argentina, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, cfr. Verrelli, Nadia (ed.). *The Democratic Dilemma*. Institute of Intergovernmental Relations, Montreal, 2013, pp. 191-274.

14 Cfr. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Gaceta Constitucional*, n.º 48, 2010, pp. 307-328.

Por su parte, la legitimidad de origen de segundo grado se denomina de esta manera porque los jueces constitucionales no son elegidos directamente por los ciudadanos, pero sí por aquellos a quienes estos escogieron para la representación de sus intereses. En este esquema, los jueces constitucionales reciben una porción de la legitimidad democrática que los miembros del Congreso o del Gobierno recibieron al ser elegidos popularmente.

Las dos primeras formas de legitimidad de origen se presentan en Bolivia (sistema de elección popular) y Japón (sistema de refrendación). La Constitución de Bolivia de 2009 establece que a la Asamblea Legislativa Plurinacional le corresponde escoger a los precandidatos para ocupar los cargos de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional[15]. La Asamblea recibe las postulaciones, analiza el cumplimiento de los requisitos constitucionales por parte de los candidatos, publica la lista de postulados, estudia las eventuales impugnaciones y entrevista a los finalistas. Adicionalmente, la Asamblea se reúne en una sesión plenaria para votar y elaborar una lista de veintiocho preseleccionados.

La lista se envía al Tribunal Supremo Electoral para que organice y convoque una votación popular en la que deberán ser elegidos, por mayoría simple, siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes. Ninguno de los candidatos a magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional puede ser miembro de un partido político. Adicionalmente, ni los candidatos, ni los demás ciudadanos pueden realizar actos de propaganda o campaña. Solo el Tribunal Supremo Electoral puede realizar actividades para difundir los méritos de cada uno de los candidatos[16].

La segunda forma de legitimidad de origen ha sido implementada en Japón. De acuerdo con el artículo 81 de la Constitución japonesa de 1946, la Corte Suprema tiene la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, órdenes, regulaciones y actos oficiales[17]. El artículo 79 de la Constitución establece que los quince jueces de la Corte Suprema son designados por el Gobierno[18]. Sin embargo, el acto de elección queda sujeto a la refrendación popular que debe

---

15 Cfr. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 158.

16 Cfr. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 182 y 198.

17 Sobre el origen y funcionamiento del control de constitucionalidad en Japón, cfr. KAWAGISHI, NORIKAZU. "The birth of judicial review in Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n.º 2, 2007, pp. 308-331.

18 MATSUI, SHIGENORI. *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis.* Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 91-118.

ocurrir en las siguientes elecciones que se realicen para escoger a los miembros de la cámara baja del Parlamento[19]. Después de la primera designación y refrendación de los jueces de la Corte Suprema, su permanencia debe someterse a referendos de retención cada diez años. Estos referendos de retención también deben coincidir con las elecciones de la cámara baja del Parlamento[20].

Estas dos formas de elección de los jueces constitucionales son atípicas en el constitucionalismo mundial. La más común es la tercera forma de elección (legitimidad de segundo grado), en la que los miembros del tribunal constitucional son designados mediante la intervención del ejecutivo y/o del legislador. En algunos casos, también se permite la intervención de los órganos de la judicatura. Este es el tipo de designación que Ginsburg denomina representativa, porque cada una de las autoridades que participa en el proceso de elección intenta que su porción del tribunal sea representativa o leal a los intereses institucionales de su nominador[21].

1.1.2. La insuficiencia de la elección directa de los miembros del tribunal constitucional

El punto en común de las dos primeras formas de escoger a los jueces constitucionales es que ambas son una manifestación de la tesis según la cual el control de constitucionalidad será legítimo democráticamente en la medida en que la elección de los miembros del tribunal constitucional se parezca a la de otras autoridades elegidas democráticamente, como los miembros del Congreso o el presidente[22].

Bajo esa lógica, resulta coherente que a la objeción sobre el carácter no electo, no representativo y no controlable electoralmente de los jueces constitucionales se conteste mediante una propuesta que se dirige a demostrar

---

19 "*The appointment of the Justices of the Supreme Court shall be reviewed by the people at the first general election of members of the House of Representatives following their appointment, and shall be reviewed again at the first general election of members of the House of Representatives after a lapse of ten years and in the same manner thereafter. When the majority of the voters favours the dismissal of a Justice, he or she shall be dismissed*". Ibíd., p. 123.

20 Una crítica a este procedimiento de elección en Ginsburg. *Judicial Review*, cit., p. 99.

21 Ibíd., pp. 44 y 45.

22 "No sobra recordar que todos los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos, luego de un procedimiento complejo, por el Senado, que 'unge' así de poder democrático a los elegidos". Henao, Juan Carlos. "El juez constitucional: un actor de las políticas públicas". *Revista de Economía Institucional*, vol. xv, n.º 29, 2013, p. 80.

que los tribunales constitucionales también son conformados mediante procedimientos altamente democráticos que pueden ser semejantes o, en cierta medida, iguales a la elección parlamentaria. Además, se afirma que la elección popular de los jueces del tribunal constitucional les obliga a someterse a procedimientos democráticos de rendición de cuentas, con lo cual también aumenta su legitimidad social.

Sin embargo, tanto los defensores como los críticos del *judicial review* consideran que para superar la objeción democrática no es suficiente con acercar el procedimiento de elección de los jueces constitucionales a la elección parlamentaria. Aún más, se ha cuestionado si esta es una buena idea para aumentar las credenciales democráticas del órgano que realiza el control de constitucionalidad. Como mucho, la configuración de un procedimiento mínimamente democrático de elección de los jueces constitucionales es una condición necesaria pero no suficiente de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la tesis de la legitimidad democrática de segundo grado de los jueces constitucionales pretende obtener una fuente de la legitimidad de los tribunales con base en la designación de sus integrantes por quienes sí fueron elegidos popularmente. Esta no es una respuesta satisfactoria a la cuestión de la legitimidad democrática de la justicia constitucional porque no explica la manera como la intervención de funcionarios elegidos democráticamente, en la designación de otros que no lo son, puede sanear los vicios antidemocráticos de la función que realizan los designados. El eje central de la objeción contramayoritaria no se basa exclusivamente en la elección de los jueces, sino que se refiere con especial interés a la función que estos realizan. Eso significa que habría que centrarse en encontrar fuentes que confieran a los jueces constitucionales legitimidad de ejercicio y no solamente legitimidad de origen.

En algunos casos resulta menos democrático pero más conveniente alejar a los jueces constitucionales del electorado o de las presiones políticas para centrarse en el diseño de un sistema de equilibrio entre la independencia judicial y la posibilidad de control público[23]. Por esa razón, respecto de los diseños institucionales que buscan la legitimidad democrática de origen de los jueces constitucionales (elecciones populares o refrendación) se pueden enunciar algunos problemas teóricos y prácticos.

---

23 "*Appointment mechanisms are designed to insulate judges from short term political pressures, yet ensure some accountability*". GINSBURG. *Judicial Review*, cit., p. 42.

Desde la perspectiva teórica, por ejemplo, Ronald Dworkin se enfrentó al que denominó el *problema desagradable* sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Dworkin sostuvo que la mayoría de los académicos en Estados Unidos habían gastado una *cuota extraordinaria de talento* en pensar sobre las formas de convertir al órgano contramayoritario en un órgano similar al órgano mayoritario[24]. Para Dworkin esto era una pérdida de tiempo porque existían funcionarios elegidos que podían causar mayores daños al sistema democrático y funcionarios no elegidos sobre cuya legitimidad se discutía poco:

> No nos parece seriamente no democrático el hecho de que otros funcionarios con gran poder no sean elegidos. Los secretarios de Estado, de Defensa o de Hacienda no son elegidos, y pueden causar más daño en una semana que cualquier juez en toda su carrera. Por supuesto, los presidentes son elegidos. Pero una vez en su cargo, pueden ejercer sus poderes prometeicos casi sin necesidad de rendir cuentas, por lo menos durante cuatro años, en el curso de los cuales pueden fácilmente destruir el mundo[25].

En su criterio, en materia de control de constitucionalidad, el verdadero problema era construir una explicación holística y satisfactoria de la legitimidad democrática de la justicia constitucional sobre la base de su carácter contramayoritario. Esta connotación se manifiesta tanto en la forma de elección de los jueces como en su régimen de responsabilidad y en su función como evaluadores de los actos del legislador. Sobre este último aspecto, Dworkin señaló acertadamente que el control de constitucionalidad es contramayoritario. Esta característica no proviene de una disfuncionalidad del sistema de *judicial review* sino que se presenta en toda su dimensión cuando, precisamente, el sistema de revisión judicial de las leyes funciona adecuadamente[26].

Además de la visión de Dworkin, también se pueden sostener otros argumentos para oponerse a estos mecanismos de elección o refrendación popular de los miembros de un tribunal constitucional. En la misma línea de

---

24 "La amenaza real que una Constitución plantea a la democracia es más profunda, y no tiene nada que ver con el hecho de que los jueces no sean elegidos". DWORKIN, RONALD. "Igualdad, democracia y Constitución. Nosotros, el Pueblo, en los tribunales". En CARBONELL y GARCÍA (coords.). *El canon neoconstitucional*, cit., p. 118.

25 DWORKIN. "Igualdad, democracia y Constitución", cit., p. 118.

26 Ibíd., pp. 117 y 118.

argumentación, Tushnet reconoce que el proceso de designación de los jueces es mucho menos importante para conciliar el control de constitucionalidad con la democracia de lo que se suele afirmar[27].

Del mismo modo, es importante señalar que la elección o la refrendación ciudadana aportan muy poco a aumentar las credenciales democráticas de la judicatura, y que la conexión electoral entre los jueces y los ciudadanos no implica la asunción de una relación de representación entre estos. Como lo ha señalado Gargarella:

> Tampoco resulta suficientemente atractiva la idea de "democratizar" la elección de los jueces, hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía. Esta solución no es atractiva por diversas razones. Primero, porque parte de la errónea, y muy peligrosa, "ilusión" o "magia" electoral, a la que antes hice referencia. En este caso, el problema radicaría en pensar que por el solo hecho de haber sido elegido mediante el voto directo alguien se convierte en auténtico representante de sus electores[28].

Adicionalmente, con base en las ideas de Waldron, otros autores –como Linares– afirman que la elección popular de los jueces constitucionales no es suficiente para legitimar democráticamente a la justicia constitucional. En su criterio, la comparación entre las credenciales democráticas del legislador y las credenciales democráticas que pueden ostentar los jueces, por el hecho de haber sido elegidos, permite concluir que estas "no son ni remotamente competitivas con las credenciales democráticas de los legisladores electos"[29].

En segundo lugar, se debe distinguir entre los mecanismos que sirven para aumentar la legitimidad de la judicatura y aquellos que no son funcionales a ese cometido e implican una simple politización del órgano de control de constitucionalidad. Con base en esa distinción, la elección popular de los miembros de la Corte Constitucional aparece como un medio dirigido a permitir la influencia política directa en el tribunal, en lugar de ser una vía para fortalecer los atributos democráticos del control de constitucionalidad.

---

27 Tushnet, Mark. "Judicial review of legislation". En Cane, Peter y Tushnet, Mark. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 167.

28 Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, 1.ª reimp., Quito, 2011, p. 137.

29 Linares. *La (i)legitimidad democrática*, cit., p. 79.

En tercer lugar, la elección popular de los jueces puede poner en riesgo su imparcialidad al vincularlos a los intereses de los diferentes grupos dentro de la sociedad[30]. En ese sentido, la elección indirecta de los miembros de un tribunal constitucional les protege de la influencia de factores económicos, políticos o sociales hegemónicos que pueden incidir en el electorado.

Por el contrario, la desconexión de los jueces constitucionales con determinadas dinámicas electorales les pone en una buena posición para enfrentar fenómenos de populismo. En efecto, al no ser elegidos en procesos electorales discutidos, los jueces pueden deliberar y expresar profundas convicciones de la sociedad que no están necesariamente conectadas con los partidos políticos o con movimientos y grupos de ciudadanos con fuerte poder electoral.

Desde el punto de vista práctico, la elección popular de los jueces constitucionales puede conferirles algunas ventajas democráticas pero también implica trasladarle al tribunal constitucional los inconvenientes propios del sistema electoral[31]. De acuerdo con este argumento, la elección de los jueces constitucionales se vería afectada por los problemas de abstencionismo, corrupción, desinformación, tráfico de intereses, presiones armadas, entre otras falencias del sistema electoral.

Finalmente, en contra de la elección popular de los miembros de la Corte Constitucional juegan las experiencias de aquellos Estados en los que se ha implementado este mecanismo y los malos resultados de tal experimento. En el ámbito latinoamericano, el caso de Bolivia es un claro ejemplo de un sistema de elección popular diseñado para favorecer los intereses del Gobierno y de la instrumentalización de la participación ciudadana[32].

---

30 "En los regímenes constitucionales más modernos, los jueces de los tribunales superiores no son elegidos popularmente y, por ello, no están vinculados indirectamente a los intereses inmediatos (personales o políticos) de los miembros de su comunidad política". SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 202.

31 "*Elections may make judges vulnerable to behavioral incentives that are not easy to perceive or to control, and, besides, make them accountable to public opinion in a pernicious way*". HÜBNER MENDES. *Constitutional Courts*, cit., p. 157.

32 El caso de Bolivia es paradigmático en este sentido. Algunas críticas al proceso de elección popular de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional se pueden consultar en CLAVERO, BARTOLOMÉ. "Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, 2012, pp. 29-60; DRISCOLL, AMANDA y NELSON, MICHAEL. "The 2011 judicial elections in Bolivia". *Electoral Studies*, vol. 31, n.º 3, 2012, pp. 628-632; NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT. "¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y el nuevo constitucionalismo". *Oñati Socio Legal Series*, vol. 1, n.º 2, 2011, pp. 21 y 22 y MILLÁN TERÁN, ÓSCAR. "El sistema

En conclusión, ante los inconvenientes y la insatisfacción que generan las respuestas que se limitan a la democratización del control de constitucionalidad mediante la elección popular de los jueces, es necesario enfocar la atención en otro tipo de respuestas que justifican la compatibilidad o complementariedad de la revisión judicial de las leyes con el principio democrático.

1.2. LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL, LA APERTURA DE LOS CANALES DEL CAMBIO POLÍTICO Y LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS INSULARES

Una segunda respuesta al carácter no representativo del control de constitucionalidad se soporta en la idea de que no existe una relación de incompatibilidad absoluta entre la representación que ejerce el Congreso y la existencia del control de constitucionalidad. En lugar de afectar la democracia, el *judicial review* puede contribuir a preservar las condiciones que hacen valioso al procedimiento democrático, mejorar la calidad de la representación o proteger los derechos de las minorías. Todo lo anterior, con el fin de vigilar y garantizar el buen funcionamiento de la actividad realizada por el legislador[33].

En el plano de la teoría, este argumento fue desarrollado y difundido con éxito, entre otros, por John Hart Ely. Para ilustrar su idea, Ely sugiere una analogía entre el sistema político y los siguientes dos casos: el rol de las instituciones antimonopolio que corrigen las disfuncionalidades del mercado sin imponerle objetivos específicos, y el papel del árbitro en los deportes, quien garantiza el cumplimiento de las reglas del juego sin tener la capacidad para determinar cuál equipo será el ganador.

Según Ely, así como el mercado es intervenido para corregir sus disfuncionalidades o, en el deporte, el árbitro se encarga de que los equipos en contienda no obtengan una ventaja violando las reglas del juego, los jueces constitucionales solo intervienen en el procedimiento político cuando este falla. Desde el

---

electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional". *Ciencia y Cultura*, n.º 35, 2007, pp. 107-132.

33 ELY, JOHN HART. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980. La versión extensa del argumento en las páginas 73 a 183 y la versión resumida en la página 103. También en ELY, JOHN HART. "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review". *Maryland Law Review*, vol. 37, n.º 3, 1978, pp. 451-487. Para otro autor que sigue esta tesis, cfr. REPLOGLE, RON. "The scope of representation-reinforcing judicial review". *Columbia Law Review*, vol. 92, n.º 6, 1992, pp. 1592-1624.

punto de vista procedimental, el sistema político puede fallar de dos maneras distintas: cuando se cierran o bloquean los canales del cambio político y cuando la mayoría afecta los derechos de una minoría subrepresentada[34].

Este es el núcleo del conocido argumento sobre la teoría del fallo legislativo[35]. Esta teoría fue expresada por el juez Harlan Fiske Stone en los párrafos segundo y tercero de la nota a pie de página número cuatro del caso *United States v. Carolene Products Co.*[36]. De acuerdo con Fiss, la teoría del fallo legislativo puede ser sintetizada de la siguiente manera:

> … los jueces deben respetar las decisiones de la legislatura a menos que sea posible detectar alguna razón para asumir que los procesos legislativos fueron inadecuados. La nota a pie de página identificaba dos tipos de fallo legislativo: la restricción del derecho al voto y la victimización de una minoría discreta e insular; es decir, un grupo impedido para formar coaliciones y, por tanto, para participar de manera efectiva en la política de mayorías[37].

Sobre el primer caso de fallo, Ely sostiene que una buena razón para defender al sistema representativo es la posibilidad de que los electores decidan sobre la continuidad de sus representantes en los cargos para los cuales fueron elegidos. De esa manera, la aspiración a ser reelegidos forzará a los representantes a mantenerse fieles a los intereses de sus representados. Bajo ese esquema, el primer error se produce cuando quienes se encuentran en el poder actúan en

---

34 ELY. "Toward a representation", cit., p. 486.

35 Un análisis del contenido y limitaciones de la teoría del fallo legislativo en FISS. *El derecho como razón pública*, cit., pp. 26-38.

36 Párrafo 1: "*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth […]*". Párrafo 2: "*It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation*". Párrafo 3: "*Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious […] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*". *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S., 144, 152 n.º 4 (1938). Un análisis del contexto y elementos de esta decisión judicial se puede consultar en ACKERMAN. *We, the People. Foundations*, cit., pp. 119-130.

37 FISS. *El derecho como razón pública*, cit., p. 26.

su propio interés con el fin de asegurar que se mantendrán en esa posición de manera indefinida y con independencia o prescindencia de la voluntad popular. Esta práctica implica una correlativa exclusión de otras personas que aspiran a llegar a esa misma posición o, como lo denomina Ely, una obstrucción o cierre de los canales para el cambio político[38].

El segundo fallo ocurre cuando, basados en prejuicios o en una actitud hostil, los representantes actúan de manera sistemática en contra de los derechos de una minoría que no tiene representación dentro del órgano legislativo o que tiene una representación exigua dentro del Congreso[39].

La obstaculización de los canales del cambio político y la tiranía de las mayorías tienen un aspecto en común como errores del procedimiento político. En efecto, estos dos fallos subvierten las razones que conferían una ventaja comparativa al proceso político como medio idóneo para definir los desacuerdos dentro de la sociedad[40]. En otras palabras, las razones que justificaban un mayor grado de confianza en el órgano legislativo desaparecen cuando se presenta uno o ambos fallos. Cuando, al menos, uno de estos dos errores se produce es muy probable que los representantes no hayan actuado en función de los intereses de sus representados sino en contra de esos intereses.

1.2.1. Los jueces como agentes externos con experticia en aspectos procedimentales

El punto central de Ely es que, cuando el sistema político falla, los menos indicados para percatarse de esa situación y reconocerla son los propios representantes. Por el contrario, los jueces ostentan dos condiciones relevantes para determinar la existencia y remediar los errores del procedimiento democrático:

---

38 Ely. *Democracy and Distrust*, cit., p. 78.

39 "*Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system*". Ibíd., p. 103.

40 "*Judicial review should therefore secure precisely those procedural conditions necessary to ensure that the legislative process, which gives rise to substantive decisions, is fair and open to all actors in the political marketplace*". Zurn, Christopher. "Deliberative Democracy and Constitutional Review". *Law and Philosophy*, junio, 2002, pp. 481 y 482.

su experticia en materia de procedimientos y su condición de observadores o agentes externos al proceso político[41].

En virtud de la primera condición, los jueces resultan idóneos para realizar esa evaluación porque son expertos en resolver controversias que implican la sujeción a procedimientos. En segundo lugar, los jueces ostentan una posición privilegiada como observadores externos para determinar si se produjo uno de los casos de error del procedimiento político.

Además, el hecho de que los jueces no sean elegidos popularmente y no respondan electoralmente ante la ciudadanía, en lugar de ser un problema –como afirma la objeción democrática–, se convierte en una ventaja para los jueces porque los ubica en una posición institucional privilegiada para evaluar las decisiones que han tomado quienes sí fueron elegidos popularmente y cuya continuidad en el cargo depende de los ciudadanos[42].

Adicionalmente, los jueces son autoridades capaces de remediar la discriminación contra las minorías en virtud de su disposición para considerar seriamente un conjunto de intereses que tiene una baja probabilidad de ser tomado en cuenta por el legislador porque corresponde a los intereses de minorías que no tienen representación, que tienen una representación deficiente o que carecen de la capacidad de movilización para lograr alianzas con otros sectores de la sociedad[43].

Como señala Zurn, la posición de Ely refleja, al mismo tiempo, un compromiso con una concepción de la legitimidad basada exclusivamente en los procedimientos y con una idea del sistema democrático como un escenario para la libre competencia entre los diferentes intereses individuales. En un esquema como ese, los desacuerdos solo pueden ser resueltos por un tercero desinteresado e imparcial con la autoridad suficiente para tomar una decisión definitiva[44].

---

41 "*[O]ur elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely*". ELY. *Democracy and Distrust*, cit., p. 103.

42 ELY. "Toward a representation", cit., p. 487.

43 ELY, JOHN HART. "The wages of crying wolf: a comment on *Roe v. Wade*". *Yale Law Journal*, vol. 82, n.º 1, 1972-1973, p. 933.

44 ZURN. "Deliberative democracy", cit., pp. 482-483.

1.2.2. LOS PROBLEMAS DE LA DEFENSA BASADA EN LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

La tesis de Ely sobre la democracia procedimental es una fundamentación minimalista del control de constitucionalidad. Aun así, ha sido criticada desde diferentes puntos de vista[45]. En primer lugar, se ha señalado el carácter incompleto o insuficiente de la teoría del fallo legislativo para respaldar la idea de que los problemas del sistema político deben ser reparados por el poder judicial. Del mismo modo, se objeta que esta teoría no da cuenta del tipo de medidas que debe ordenar el poder judicial para remediar cualquiera de las dos deficiencias del procedimiento democrático[46].

Adicionalmente, uno de los principales problemas de esta teoría se encuentra en el tipo de test necesario para determinar el segundo tipo de fallo del sistema político, esto es, la existencia de un acto discriminatorio o prejuicioso del legislador en contra de una minoría. Se argumenta que esta función conduce inevitablemente a que los jueces realicen un análisis sustancial de las leyes. De acuerdo con esta crítica, la tesis de Ely no ofrece un parámetro para determinar hasta dónde puede llegar el juez constitucional al evaluar una ley que puede afectar a una minoría sin que eso implique apartarse de un análisis estrictamente procedimental.

En ese mismo sentido, la protección judicial de las reglas procedimentales que confieren valor al proceso democrático resulta compleja en la práctica porque es difícil distinguir las dimensiones estrictamente procedimentales de las dimensiones sustanciales de esas reglas. En concreto, existen restricciones a derechos sustanciales que afectan directamente las condiciones que hacen valioso al proceso político. Por ejemplo, al controlar la constitucionalidad de una ley que limita la libertad de expresión de los ciudadanos para proteger la intimidad, el honor y el buen nombre de los funcionarios públicos, es dudoso que los jueces puedan señalar solamente aspectos procedimentales sin definir el alcance material de la libertad de expresión en un determinado sistema democrático. En este ejemplo, ¿cómo puede señalar el juez que esa ley

---

45 Para un conjunto de críticas desde la democracia deliberativa a la defensa del control de constitucionalidad de Ely, cfr. ibíd., pp. 484-488. Sobre la exclusión implícita en el concepto de minorías discretas, cfr. LINARES, SEBASTIÁN. "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes". *Isonomia*, n.º 28, 2008, pp. 164-168.

46 FISS. *El derecho como razón pública*, cit., pp. 28-30.

cierra los canales del cambio político sin analizar el contenido sustancial de los derechos que entran en colisión? Por lo tanto, los jueces deberían evaluar aspectos procedimentales y sustanciales al examinar una ley aprobada por el Congreso. Sin embargo, si los jueces hacen esa doble evaluación, no estarían limitando el parámetro de constitucionalidad a garantizar una versión procedimental de la democracia.

De esta manera, la tesis de Ely cae en una paradoja, porque cuanto más cualificados sean los requisitos para valorar el proceso político, mayor será el ámbito de acción de los jueces, y cuanta menor exigencia se imponga al proceso político, menor será la intervención judicial. No obstante, una reducción extrema de la exigencia que se hace al proceso político puede conducir a la desaparición de las condiciones que justificaban su mayor valor como proceso de decisión dentro de la sociedad.

Es probable que el propio Ely haya dado la razón a sus críticos al defender algunas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos adoptadas durante la presidencia del juez Earl Warren. Estas sentencias fueron consideradas como ejemplos de activismo judicial o de invasión de las competencias legislativas por parte de la judicatura. No obstante, la línea de defensa de Ely consistió en demostrar que, al margen del impacto de esas decisiones, los jueces habían actuado con el fin de garantizar que el procedimiento político se mantuviera abierto para todos los puntos de vista e intereses que podían resultar afectados. En su criterio, la Corte se había limitado a ejercer su función de inspección del cumplimiento de los procedimientos políticos de decisión[47].

En conclusión, el argumento de la democracia procedimental es que, ante los fallos del proceso político, se requiere la intervención de los jueces. Esta no se produce como un escenario concomitante de representación sino como una oportunidad para corregir las disfuncionalidades de la representación legislativa. Para Ely, los jueces no son representantes, ni pueden reflejar los intereses de los ciudadanos de una mejor manera que los miembros del Congreso, pero sí pueden ser unos buenos observadores y correctores de las disfuncionalidades del sistema de representación[48].

---

47 Ely. "Toward a representation", cit., p. 453.

48 Ely. *Democracy and Distrust*, cit., p. 103.

1.3. La intervención judicial para asegurar el valor epistémico de la democracia deliberativa y la eficacia de las decisiones legislativas

Con algunas diferencias sobre el tipo de valores que justifican la intervención judicial, una posición similar a la de la democracia procedimental fue defendida por Carlos Santiago Nino.

El punto de partida de las tesis de Nino es un conjunto de reproches al control de constitucionalidad. Según Nino, el *judicial review* puede ser criticado porque i) desconoce el principio de división de poderes, ii) carece de las condiciones necesarias para obtener resultados correctos, a menos que se funde en una teoría del elitismo epistemológico que afirme que los jueces son un grupo de ciudadanos iluminados y especialmente dotados de condiciones intelectuales y de imparcialidad, y iii) los tribunales constitucionales son un cuerpo aristocrático que actúa con base en sus propios intereses y solo protege a las minorías cuando los intereses de estas coinciden con los intereses de los integrantes del propio tribunal[49].

Por estas razones, Nino propuso y defendió la tesis de que el modelo de democracia deliberativa era el sistema idóneo para tomar decisiones colectivas compatibles con los derechos individuales. La confianza de Nino en la democracia deliberativa se basaba en la ventaja epistémica del procedimiento democrático cuando este cumplía cinco precondiciones, referidas estas a i) la existencia de una verdadera deliberación en la que participaran libremente y en condiciones de igualdad todas las personas interesadas, ii) el igual derecho de todos los participantes a presentar propuestas y argumentar a favor de las mismas con el fin de obtener el respaldo de los demás, iii) la realización de debates profundos sobre el contenido de las propuestas, iv) una decisión final adoptada de acuerdo con la regla de la mayoría y v) el carácter revisable y revocable de la decisión final[50].

A pesar de su preferencia por el procedimiento deliberativo de decisión, Nino reconoció que los problemas de fundamentación del control de constitucionalidad y las ventajas de la democracia deliberativa no eran una razón suficiente para descartar de manera absoluta la necesidad de un mecanismo

---

49 Nino, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press, New Haven, 1996, pp. 187 ss.

50 Ibíd., pp. 144-187.

de revisión judicial de las leyes. Por esa razón, aceptó que los jueces debían intervenir de forma excepcional cuando el órgano legislativo incumplía las precondiciones que daban superioridad epistémica al proceso democrático y cuando se ponía en peligro la eficacia de las decisiones adoptadas por el legislador. En la idea de Nino, lo primero sucedía cuando se incumplían las reglas que hacían valioso el procedimiento democrático o se adoptaban decisiones perfeccionistas que violaban la autonomía personal. Por su parte, lo segundo ocurría si se modificaban elementos sustanciales de la Constitución histórica[51].

La primera excepción, que para Nino justifica la intervención judicial, tiene puntos de conexión con la idea comentada previamente de la democracia procedimental de Ely. De acuerdo con Nino, es importante que exista un órgano diferente al propio Congreso para que se encargue de inspeccionar que el procedimiento legislativo haya seguido las reglas que le confieren prevalencia epistémica y que lo hacen un método democráticamente valioso. Dado que estas reglas de procedimiento se encuentran establecidas en leyes, los jueces son autoridades idóneas para vigilar su cumplimiento porque están acostumbrados a contrastar la realidad con el parámetro normativo. Según Nino, en estos casos la intervención judicial es inocua porque solo puede tener como efecto una ampliación de la democracia y no su restricción[52].

En este punto, la idea de Nino –como la de Ely– también resulta afectada por la paradoja de las precondiciones de la democracia. Esto significa que, cuantas más precondiciones se establecen para el proceso democrático, i) mayor es su valor epistémico, ii) menores son los ámbitos sobre los cuales se puede decidir mediante ese procedimiento, iii) mayor el ámbito de decisión del juez constitucional y iv) mayor el grado de deferencia que este debe mostrar por las decisiones legislativas. Inversamente, cuanto menores son las precondiciones que se exigen al procedimiento democrático, i) menor es también su ventaja epistémica, ii) mayores son los ámbitos sobre los cuales se puede decidir mediante ese procedimiento, iii) menor el ámbito de decisión del juez constitucional y iv) menor el grado de deferencia que este debe mostrar por las decisiones legislativas (tabla 1).

---

51 "*I generally argue against the justifiability of judicial review for laws originating through a democratic process, there are three ample exceptions to that denial. These exceptions involve the determination of whether the law respects the preconditions of the democratic process; disqualification of laws grounded on perfectionist reasons; and the examination of whether the law in question undermines the preservation of the morally acceptable legal practice*". Ibíd., pp. 199, 214 y 215.

52 Ibíd., pp. 199-203.

TABLA 1. PARADOJA DE LAS PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA

Catálogo de precondiciones del procedimiento democrático	Grado de valor epistémico del procedimiento democrático	Ámbito de decisión del procedimiento democrático	Ámbito de decisión del juez constitucional	Deferencia del juez hacia el legislador
Exigentes	Alto	Restringido	Extenso	Mayor
Flexibles	Bajo	Extenso	Restringido	Menor

Fuente: elaboración propia.

La segunda excepción en la que Nino acepta la intervención judicial es cuando la decisión adoptada por el procedimiento legislativo vulnera la autonomía individual. Esto ocurre si el legislador establece parámetros de conducta ideales que no pretenden la protección de los derechos de terceros, sino que buscan que los ciudadanos se ajusten a un determinado modelo de vida[53].

Este tipo de leyes, que Nino denomina perfeccionistas, pueden ser controladas por los jueces para evitar que el legislador vulnere el principio de igual consideración de todos los intereses afectados. Este principio es la fuente del valor epistémico del proceso democrático. De esta manera, el operador jurídico debe analizar si una determinada orden o prohibición se fundamenta en la necesidad de proteger los derechos de terceros o si esta se basa exclusivamente en el establecimiento de un parámetro ideal de conducta elegido por el legislador. En este último caso, esa decisión legislativa debe ser invalidada por los jueces para proteger la autonomía de los individuos.

La tercera excepción aceptada por el autor no tiene relación con las precondiciones o con la imparcialidad del procedimiento legislativo sino con la eficacia de los resultados del mismo. En virtud de esta tercera causal, los jueces pueden intervenir para evitar la ineficacia de las decisiones legislativas que son conformes con la Constitución ideal pero que contravienen la Constitución histórica[54]. Esta idea de Nino parte del supuesto de que existen dos tipos de Constitución: la Constitución ideal y la Constitución histórica. La segunda es una práctica social o colectiva que, "una vez que se justifica a la luz de las constituciones ideales de los derechos y del poder, sirve como base para justificar acciones y decisiones individuales"[55].

---

53 Ibíd., pp. 203-205.

54 Ibíd., pp. 205-207.

55 Ibíd., p. 205. La traducción ha sido tomada de NINO, CARLOS SANTIAGO. *La Constitución de la*

En algunos casos, la Constitución ideal y la Constitución histórica entran en tensión. En esos supuestos, una decisión legislativa plenamente coherente con la Constitución ideal puede devenir ineficaz porque la práctica social (Constitución histórica) no constituye un entorno viable para su cumplimiento. Cuando eso sucede, los jueces pueden invalidar esa decisión legislativa compatible con la Constitución ideal con el fin de mantener la Constitución histórica y garantizar la preservación de "una práctica que les otorga eficacia a las decisiones democráticas"[56].

En síntesis, sobre la posición de Nino se puede afirmar que su preferencia por el procedimiento democrático no es absoluta porque, como Ely, acepta la existencia de hipótesis en las cuales la intervención judicial puede mantener las condiciones deliberativas que confieren prevalencia al debate democrático y garantizar la eficacia o prevenir la ineficacia de las decisiones legislativas. En ambos casos, esto implica una intervención sustancial de los jueces, y no meramente una intervención restringida a ámbitos procedimentales. Esto ocurre por la dificultad para establecer límites estrictos entre ambas esferas cuando se trata de controlar la constitucionalidad de una ley.

1.4. El control de constitucionalidad en la teoría dualista de la democracia

Una cuarta respuesta frente al carácter no representativo de los jueces constitucionales se ha dirigido a cuestionar directamente los postulados de la representación parlamentaria, a poner en duda la existencia y el carácter cognoscible de la voluntad general, y a dudar de la posibilidad de un control efectivo de los ciudadanos sobre el legislador[57].

Los autores que siguen esta perspectiva no llegan al punto de sostener que los jueces puedan ser mejores representantes del pueblo que los legisladores; sin embargo, reconocen un mínimo nivel de carácter representativo en el *judicial*

---

democracia deliberativa. Roberto P. Saba (trad.), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 280. A continuación se cita el texto en inglés y entre paréntesis la página correspondiente de la traducción al castellano.

56 Ibíd., p. 207 (282).

57 La conexión entre la elección popular y la representación de la voluntad general ha sido cuestionada desde diferentes ámbitos. Cfr. Eule, Julian. "Judicial review of direct democracy". *Yale Law Journal*, n.º 99, 1989-1990, pp. 1503-1590 y Kyritsis, Dimitrios. "Representation and Waldron's objection to judicial review". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, 2006, pp. 735-749.

review. Adicionalmente, de acuerdo con Ackerman, el vínculo entre la elección popular y la decisión legislativa es tenue. Este autor también critica que se afirme que el resultado del proceso legislativo es un producto de la voluntad general. En su criterio, en tiempos de normalidad política, ni el ejecutivo ni el legislador representan adecuadamente la voluntad del pueblo[58].

1.4.1. Monismo y dualismo constitucional: momentos de política ordinaria y momentos de política constitucional

El punto de partida de la tesis de Ackerman es la distinción entre la democracia monista y la democracia dualista. Ackerman afirma que en la versión monista de la democracia, las decisiones legislativas tienen una autoridad incuestionable cuando cumplen dos condiciones: haber sido adoptadas por las mayorías elegidas libre y democráticamente, y no tener como objetivo cerrar los canales del cambio político[59]. Como se puede inferir, el monismo tiene relación directa con las tesis de Ely y Nino descritas previamente. Según Ackerman:

> … en el fondo, el monismo es muy simple: la democracia requiere la concesión de una autoridad legislativa plena a los ganadores de las últimas elecciones generales, en la medida, al menos, en que las elecciones hayan tenido lugar de forma libre y de acuerdo con unas normas justas y en tanto los vencedores de las mismas no traten de impedir la siguiente ronda programada de contiendas electorales[60].

Por otra parte, la democracia dualista se denomina así porque implica una distinción entre dos tipos de decisiones con diferentes grados de legitimidad democrática. Por un lado, se encuentran las decisiones que adopta el pueblo

---

58 "*I do not suggest that even a Court that discharged its interpretative responsibilities with great insight can pretend to represent People better than the President or the Congress. My point is quite different: During normal politics, nobody represents the People in an unproblematic way –not the Court nor the President nor the Congress nor the Gallup polls […] We must instead face up to the Publian truth: during normal politics, the People simply do not exist; the can only be represented by 'stand-ins'*". Ackerman. *We, the People. Foundations*, cit., p. 263.

59 Ibíd., p. 8.

60 Ibíd., p. 8. La traducción ha sido tomada de Ackerman, Bruce. *We, the People 1. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Josep Sarret Grau (trad.), iaen, Quito, 2014, p. 26. A continuación se cita el texto en inglés y entre paréntesis la página correspondiente de la traducción al castellano.

en momentos excepcionales desde el punto de vista temporal y de las condiciones de deliberación. Estas decisiones gozan del máximo grado de legitimidad democrática porque son adoptadas en los *momentos de la política constitucional*.

Un momento constitucional es un periodo complejo, difícil de distinguir e incluye seis fases. Cada una de estas etapas sirve para identificar un nuevo desacuerdo social o la intención de la comunidad política de cambiar la forma como un viejo desacuerdo ha sido resuelto (*signaling*). Dentro de ese proceso también surgen las propuestas que conforman los extremos del debate (*proposal*), el pueblo se pronuncia a favor de algunas de esas propuestas –bien sea en consultas populares y referendos o en elecciones parlamentarias y presidenciales– (*triggering election*), el movimiento social se activa a favor o en contra de las propuestas (*mobilized elaboration*), ocurren elecciones que confieren prevalencia a las opciones o candidatos que apoyan una de las propuestas (*ratifying election*) y se implementa la nueva decisión (*consolidating*)[61].

Ackerman señala que existen momentos constitucionales que satisfacen las anteriores condiciones pero en los cuales no se produce un cambio o reforma constitucional. Del mismo modo, pueden existir reformas constitucionales que se aprueban en medio de momentos de política ordinaria. En ese sentido, no toda reforma constitucional refleja o es producto de un momento constitucional, y la ausencia de un cambio formal de la Constitución no impide la existencia de un momento constitucional[62].

Por otro lado, las decisiones que toman diariamente el legislador y el Gobierno son adoptadas en los *momentos de la política legislativa o gubernamental* y tienen un grado menor de legitimidad democrática. Cuando el pueblo no está de acuerdo con el segundo tipo de decisiones, las puede modificar votando en las siguientes elecciones por las opciones que representan un cambio de los miembros del Gobierno o del Congreso, o bien convocando a la realización de un proceso de decisión constitucional que se oponga a la decisión adoptada en un momento legislativo o de gobierno.

Como se puede inferir de la anterior clasificación entre dos tipos de decisiones que corresponden con los tiempos constitucionales y los tiempos legislativos o de gobierno, hay momentos de la historia de un sistema político

---

61 Ackerman, Bruce. *We, the People 3. The Civil Rights Revolution*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2014, pp. 63-82.

62 Ibíd., pp. 63-82.

en los que el pueblo se involucra más en el proceso de decisión y momentos en los cuales se involucra menos en esos procesos y, en consecuencia, deja un mayor o menor espacio de discrecionalidad para sus representantes. Ese grado de intromisión del pueblo en el proceso de decisión tiene efectos sobre el grado de legitimidad democrática de la decisión misma.

1.4.2. El control de constitucionalidad en el monismo y en el dualismo constitucional

En relación con el control de constitucionalidad, la versión monista de la democracia afirma que la intervención judicial siempre es contraria al principio democrático y, por esa razón, debe ser excepcional[63]. De acuerdo con esa tesis básica, el *judicial review*, con el coste democrático que involucra, debe ser un instrumento limitado a la función de mantener las condiciones que confieren valor al proceso democrático[64]. Como Ackerman describe la posición de los monistas, estos se basan en el siguiente pilar:

> … durante el periodo entre elección y elección, todos los controles institucionales a los vencedores son presuntamente antidemocráticos […] [E]s posible que determinados controles constitucionales puedan impedir que los vencedores revoquen las siguientes elecciones programadas; es posible que otros estén justificados si consideramos formas más profundas en que unas elecciones no satisfacen nuestros ideales de justicia electoral[65].

Para Ackerman, esta visión monista de la democracia y de la función del control de constitucionalidad es objetable porque "incurre en una petición de principio crucial cuando afirma que el ganador de unas elecciones libres y justas tiene derecho a gobernar con toda la autoridad de *Nosotros, el Pueblo*"[66].

---

63 "*Such Wilsonianisms have shaped the dominant school of modern constitutional theory. These monistic democrats, as I called them, begin by placing each and every exercise of judicial review under the cloud of the 'countermajoritarian difficulty'. In Alexander Bickel's classic statement, judicial invalidation of a Congressional statute puts the Justices on a collision course with 'the actual people of the here and now'*". Ackerman. *We, the People. Foundations*, cit., p. 262.

64 Ibíd., p. 8 (26).

65 Ibíd., p. 8 (26).

66 Ibíd., p. 9 (27).

Por el contrario, desde la visión dualista, la función del control de constitucionalidad es asegurar que las decisiones con menor grado de legitimidad democrática (tiempo legislativo) sean coherentes con las decisiones de mayor legitimidad democrática (tiempo constitucional). Como el propio Ackerman señala, la función del *judicial review* es conservadora porque consiste en preservar el estado actual de cosas que se encuentra reflejado en las decisiones adoptadas por el pueblo[67].

Según el esquema dualista, el control de constitucionalidad es un buen mecanismo para hacer efectivas y vinculantes las decisiones de los momentos constitucionales[68]. De esta manera, el *judicial review* no entra en tensión con la democracia, sino que se convierte en un mecanismo para protegerla "cuando preserva derechos constitucionales frente a la erosión por parte de unas élites políticamente influyentes que aún tienen que movilizar al Pueblo para que respalde la revocación de unos principios legislativos superiores previos"[69].

Desde luego, Ackerman reconoce que el *judicial review* tiene un coste democrático, pero considera que es un coste mucho menor que el frecuentemente señalado (exagerado) por la objeción democrática. La pérdida democrática que implica el *judicial review* sería muy alta si la legitimidad democrática de los miembros del Congreso o del presidente fuera absoluta; pero, en la idea de Ackerman:

> Si bien todos ellos han ganado unas elecciones, lo han hecho normalmente sobre la base del voto blando de una mayoría de ciudadanos *privados* que reconocen que no han prestado a muchos temas clave el tipo de sobria consideración que merecen. El presidente y el Congreso no tienen normalmente el tipo de apoyo *meditado* del Pueblo para atacar los principios establecidos por pasados éxitos en la política constitucional. Si el Tribunal está en lo cierto al dictaminar que estos

---

67 "*A two-track system 'merely' requires preservationist institutions like the Supreme Court to eliminate lower-track laws that are inconsistent with higher-track principles*". Ibíd., p. 300.

68 Es importante señalar que Ackerman reconoce que los jueces deben someterse a las disposiciones constitucionales aun cuando estas no hayan sido aprobadas en momentos constitucionales. Esta posición ha sido criticada por su excesivo positivismo y porque involucra una contradicción dentro de la propia tesis dualista de Ackerman que aboga por la separación entre dos momentos cualitativamente diferentes: los momentos constitucionales y los momentos de la política ordinaria. Al final, Ackerman acepta la fuerza vinculante de una disposición constitucional aprobada en un momento de política ordinaria. Sobre esta crítica, cfr. TUSHNET. "Judicial review of legislation", cit., p. 168.

69 ACKERMAN. *We, the People. Foundations*, cit., p. 13 (31).

> políticos/estadistas han ido más allá del mandato recibido, está fomentando la democracia, no frustrándola, al poner de manifiesto que nuestros representantes son meros 'sucedáneos' del Pueblo y que su palabra no ha de confundirse con el juicio colectivo *del propio pueblo*[70].

En conclusión, para Ackerman hay un cierto nivel de exageración en la tesis que afirma que la invalidación de una ley por parte de un tribunal es un golpe a la democracia. En su visión, la inconstitucionalidad de una ley no es un acto esencial y absolutamente antidemocrático sino la invalidación de una decisión adoptada por el grupo de personas que fueron designadas para ocupar los escaños del Congreso.

Además, frente a los resultados del control de constitucionalidad, el pueblo puede reaccionar de dos maneras. Por una parte, puede respaldar la decisión de los tribunales mediante la elección de otros representantes en las siguientes elecciones con el fin de castigar a quienes aprobaron una ley contraria a la Constitución; por la otra, el pueblo puede elegir manifestarse en contra del tribunal y de las conclusiones que este ha obtenido mediante la convocatoria a una reforma constitucional[71].

En cualquiera de los dos casos, la intervención del juez se realiza en un contexto dentro del cual hay un debate y la posición del tribunal no es la conclusión de esa deliberación sino solamente una de las primeras voces. La voz final será la del propio pueblo que debe definir qué aspectos de las decisiones del pasado deben ser modificados y el contenido de las nuevas decisiones constitucionales[72].

Ahora bien, aunque el dualismo ofrece una visión sólida sobre la supremacía democrática de las normas elaboradas en momentos constitucionales frente a otros textos normativos elaborados en los momentos de la política ordinaria, todavía se puede objetar que no queda claro por qué ha de ser el juez y no otra autoridad quien controle que las decisiones de los momentos legislativos se ajusten a las decisiones de los momentos constitucionales. Aquí el dualismo de

---

70 Ibíd., p. 262 (298 y 299).

71 Ibíd., p. 304.

72 "*These twin dangers have informed my treatment of the Supreme Court, as the leading (but not the only) preservationist institution of the dualist Constitution. By striking down recent statutes which seem inconsistent with the constitutional solutions of the deep past, the Court begins but does not end the popular debate*". Ibíd., p. 303.

Ackerman también tiene un punto débil, como le sucedía a las teorías de Ely y Nino con la paradoja de las precondiciones de la democracia.

Una vez descrita la posición de Ackerman se puede recapitular lo señalado hasta ahora de la siguiente manera. Las tesis de Ely y Nino que se han descrito previamente se basan en la misma idea de la objeción democrática: el control de constitucionalidad es contrario al principio democrático y solo funciona como un medio excepcional para corregir algunos problemas del sistema político. Como mucho, los dos autores aceptan que el *judicial review* puede ser un complemento de la democracia en algunos supuestos muy concretos. Por su parte, Ackerman contribuye significativamente a mostrar que las deficiencias del proceso político no son fallos ocasionales sino elementos estructurales. De esta manera, la visión de Ackerman reduce notablemente el coste democrático que la objeción democrática imputa al *judicial review*, incluso en ausencia de los errores o fallos que, en la visión de Ely y Nino, abrían paso a la intervención judicial.

Sin embargo, existe otro tipo de respuestas a la objeción contramayoritaria que no solo consideran que el control de constitucionalidad puede corregir los errores excepcionales o estructurales del procedimiento legislativo, sino que mantienen que i) los tribunales constitucionales también son escenarios de representación, ii) los jueces pueden ser controlables por los ciudadanos y iii) sus decisiones pueden tener un nivel deliberativo cualitativamente superior a las decisiones legislativas. Esas respuestas formulan profundas críticas al sistema de representación parlamentaria y demuestran la necesidad de encontrar espacios complementarios de representación de los ciudadanos.

En la siguiente sección de este capítulo se analizarán esas tesis con el fin de demostrar, por una parte, que el proceso de control de constitucionalidad puede ser concebido como un escenario de un tipo especial de representación: la representación argumentativa. En segundo lugar, se defenderá la tesis de que la acción pública de constitucionalidad confiere al ciudadano la capacidad de agenciar individualmente la representación argumentativa ante la Corte Constitucional. El argumento seguirá esos dos pasos. En primera instancia se retomarán las ideas que han forjado la tesis de que puede existir un tipo especial de representación argumentativa que acontece, entre otros escenarios, en los tribunales constitucionales. En segundo término, se establecerá la forma como la acción pública de constitucionalidad se articula con este tipo especial de representación.

2. EL PROCESO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN ESCENARIO DE REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA O DELIBERATIVA

La tesis de que el control de constitucionalidad es un escenario de representación ha sido afirmada desde distintos enfoques, entre otros, desde la postura sobre la representación argumentativa de Robert Alexy, el modelo de control de constitucionalidad como discurso socrático de Mattias Kumm, la representación meritocrática de Philip Pettit y el *judicial review* como un escenario para la representación deliberativa de Lawrence Sager[73]. A continuación se expondrá cada una de estas tesis, y se concluirá que ninguna de estas hace referencia a un diseño institucional concreto que materialice la idea de representación por parte del juez constitucional y permita establecer un vínculo concreto entre los representantes y los representados. Sobre esa base, se sostendrá que la acción pública de constitucionalidad es un mecanismo idóneo para que sean los propios ciudadanos quienes activen el mecanismo de representación.

2.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN ESPACIO PARA LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA[74]

En "Balancing, constitutional review, and representation", Robert Alexy enfrenta el problema de la legitimidad democrática del control de constituciona-

---

73 También se podría citar el trabajo de Christopher Eisgruber. Este autor sostiene que la Corte Suprema de los Estados Unidos es un órgano de representación del pueblo porque ostenta unas condiciones que le convierten en un foro de representación de los ciudadanos cuando se trata de cuestiones morales: "*People often regard judicial review as an external constraint upon the democratic process. That is a mistake; judicial review is an ingredient in the process. Unelected judges, and especially the Supreme Court form a representative institution with special characteristics. That institution combines a democratic pedigree with disinterestedness and moral responsibility. In a very simple procedural sense, judges are representatives of the people*". EISGRUBER, CHRISTOPHER. *Constitutional Self-Government*. Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 77 y 78. Las tesis de este autor no serán abordadas en esta sección, pero se retomarán cuando se haga referencia al control de constitucionalidad como escenario de deliberación.

74 En este capítulo se abordarán las teorías de la representación relacionadas directamente con el control de constitucionalidad. Sobre la representación política en general, sus características y clasificación, cfr. MANIN, BERNARD. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 161-238; PITKIN, HANNA FENICHEL. *The Concept of Representation*. University of California Press, Berkeley, 1967, pp. 38-240 y SAWARD, MICHAEL. *The Representative Claim*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 8-168.

lidad. Tal como se dijo con anterioridad, el núcleo del problema es que tanto el legislador como los jueces ejercen autoridad pero, mientras que la autoridad de los primeros es democráticamente legítima porque deviene de la elección popular, de su carácter representativo y de la responsabilidad de los legisladores frente a los ciudadanos, por el contrario, la autoridad de los jueces carece de legitimidad democrática por cuanto los ciudadanos no eligen al tribunal y tienen pocas opciones de controlarlo o hacerlo responsable (*accountable*)[75]. En ese contexto es razonable preguntarse "cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del Parlamento"[76].

La respuesta de Alexy a este problema consiste en demostrar la existencia de una relación de compatibilidad entre la democracia representativa y el control de constitucionalidad o, lo que es lo mismo, en demostrar la existencia de una fuente de legitimidad democrática del *judicial review*. Adicionalmente, Alexy tiene el objetivo de probar que en algunos casos existen buenas razones para que las decisiones del control de constitucionalidad prevalezcan sobre los resultados de la representación electoral[77]. Estos dos propósitos solo se logran, de acuerdo con el autor, si se acredita que el control de constitucionalidad también es una forma de representación del pueblo[78].

La fórmula de Alexy para conciliar el principio democrático con el de supremacía constitucional consiste en afirmar la existencia de una forma especial de representación que se denomina argumentativa. Esta tesis pone en relación tres de los cinco elementos del constitucionalismo discursivo: el principio de

---

75 "*The exercise of state authority by the parliament is legitimate, for the parliament represents the people. This representation is democratic, for the members of parliament are selected and controlled by free and general elections. Matters are, at least in general, different in the case of constitutional review. The judges of the constitutional court have, as a rule, no direct democratic legitimation, and the people have, normally, no possibility of control by denying them reelection. Is this compatible with democracy?*". Alexy, Robert. "Balancing, constitutional review, and representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005, p. 578. Existe traducción al castellano en Alexy, Robert e Ibáñez, Perfecto Andrés. *Jueces y ponderación argumentativa*. unam, México, 2006, pp. 1-18. A continuación se cita el texto en inglés y entre paréntesis la página correspondiente de esta traducción.

76 Ibíd., p. 578 (12).

77 Cfr. Kumm, Mattias. "Alexy's Theory of Constitutional Rights and the problem of judicial review". En Klatt, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 205.

78 "*The only way to reconcile constitutional review with democracy is to conceive of it, too, as representation of the people*". Alexy. "Balancing, constitutional review", cit., p. 578.

proporcionalidad y la fórmula del peso, el control de constitucionalidad, y la representación[79].

El núcleo de esta tesis afirma que la revisión judicial de las leyes puede ser considerada como democráticamente legítima cuando se erige en una especie de representación argumentativa. Esto sucede cuando el juez constitucional aplica la fórmula del peso con el fin de garantizar que, dentro del proceso de control de constitucionalidad, solo prevalezcan los argumentos correctos o razonables[80].

Cuando lo anterior acontece, los argumentos de la Corte tendrán aceptación entre un número suficiente de personas razonables dentro de la sociedad, quienes se sentirán persuadidas por los argumentos del tribunal en virtud del alto nivel de corrección o razonabilidad de esos argumentos. Por esa razón, afirma Alexy, "el control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad es capaz de ejercitar sus capacidades racionales y desea hacerlo"[81].

Adicionalmente, cuando el control de constitucionalidad funciona como un espacio de representación argumentativa, las decisiones judiciales no tienen un coste sino un beneficio democrático, en especial si la intervención del tribunal tiene el propósito de garantizar los derechos constitucionales. Ante una ley que viola los derechos establecidos por la Constitución, la norma superior no solo no prohíbe, sino que ordena la intervención del juez constitucional:

> Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución[82].

---

79 De acuerdo con Alexy, los cinco elementos del constitucionalismo discursivo son: los derechos fundamentales, la ponderación (incluida la fórmula del peso), el discurso, el control de constitucionalidad y la representación. Ibíd., p. 572.

80 Ibíd., pp. 572-581.

81 Ibíd., p. 580 (17).

82 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Carlos Bernal Pulido (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 484.

En síntesis, la idea de Alexy es que los ciudadanos tienen dos escenarios de representación: el Congreso y la Corte Constitucional. En el primero, los ciudadanos están representados por las personas que han elegido mediante el voto en procesos abiertos e igualitarios. En el segundo, los ciudadanos pueden encontrar a un grupo de personas que no han elegido pero que pueden representarles argumentativamente para lograr que las decisiones del primer escenario de representación sean compatibles con la Constitución.

La tesis del control de constitucionalidad como una forma de representación argumentativa ha sido aceptada en el ámbito latinoamericano por Luís Roberto Barroso y Rodolfo Arango. El primero la ha aplicado a los estudios sobre el rol del Supremo Tribunal Federal de Brasil[83]. El segundo sostiene que, en Colombia, la "función principal de la jurisdicción constitucional es hacer valer la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta tarea los jueces constitucionales representan argumentativamente a las personas o grupos que recurren a ellos"[84].

Detrás de esta tesis sobre la representación argumentativa se encuentra el concepto de democracia de Alexy. Para este autor, la democracia tiene una dimensión real y una dimensión ideal[85]. En su versión real, la democracia es un proceso para tomar decisiones orientado por la regla de la mayoría (democracia decisional), mientras que en su versión ideal esta es un procedimiento discursivo o argumentativo (democracia deliberativa).

A cada una de estas nociones de democracia corresponde una forma de representación: la representación parlamentaria y la representación argumentativa o deliberativa[86]. El procedimiento de elaboración de las leyes es el escenario por excelencia para el primer tipo de representación, mientras que el control de constitucionalidad lo es para el segundo. Las dos clases de representación son absolutamente necesarias dentro del Estado constitucional

---

83 Barroso. "Reason without vote", cit., pp. 78-88.

84 Arango, Rodolfo. "Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional". En Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. unam, México, 2014, p. 34.

85 Alexy, Robert. "The dual nature of law". *Ratio Juris*, vol. 23, n.º 2, 2010, pp. 167-182.

86 Alexy. "Balancing, constitutional review", cit., p. 579. Esta diferencia ya aparecía expresada en Alexy. *Teoría de los derechos*, cit., pp. 487-489.

porque el Congreso no puede realizar el control de sus propios actos, lo cual implica que es necesario que un agente externo deba asumir esa función[87].

Según Alexy, la conjunción de las dos dimensiones de la democracia solo se puede realizar en el modelo de democracia deliberativa[88]. Dentro de esta, el control de constitucionalidad puede ser comprendido como un escenario de representación del pueblo de tipo argumentativo, en el que se permite que los ciudadanos canalicen sus preocupaciones constitucionales frente al resultado final del procedimiento legislativo[89].

Las decisiones del sistema de representación deliberativa o argumentativa serán razonables en cuanto la respuesta se emita con base en la aplicación de un método racional que atienda a las exigencias del principio de proporcionalidad y aplique el método de la ponderación[90]. Eso quiere decir que la ponderación, y muy específicamente la fórmula del peso, es el mecanismo mediante el cual el tribunal constitucional garantiza el carácter racional de su deliberación tanto interna como externa[91].

---

87 "La inseguridad relativa a los resultados, que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, lo que significaría ser juez en causa propia, queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma. No tiene nada de irrazonable que un Tribunal Constitucional no sólo argumente, sino que también decida". Alexy. *Teoría de los derechos*, cit., p. 509.

88 Alexy. "The dual nature", cit., pp. 177 y 178.

89 "*Constitutional review claims to be closer than the parliament to the ideal dimension of law. This claim is justified if constitutional review can be understood as an argumentative or a discursive representation of the people*". Alexy. "The dual nature", cit., p. 178.

90 Alexy. *Teoría de los derechos*, cit., pp. 70-79 y 529-562, y "La fórmula del peso". En Carbonell, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 15-49; Barak, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 340-370 y "Proportionality (2)". En Rosenfeld y Sajó (eds.). *The Oxford Handbook*, cit., pp. 738-755; Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009 y *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 763-811; Montealegre, Eduardo (coord.). *La ponderación en el derecho.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008 y Schlink, Bernhard. "Proportionality (1)". En Rosenfeld y Sajó (eds.). *The Oxford Handbook*, cit., pp. 718-737.

91 "La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables". Alexy. *Teoría de los derechos*, cit., p. 486.

2.1.1. Representación argumentativa y ponderación: la centralidad de la fórmula del peso

De acuerdo con la teoría de Alexy, la ponderación tiene tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación señala que, en los casos de colisión entre dos principios de derecho fundamental, cuanto mayor sea la afectación de uno de los principios, mayor debe ser la satisfacción del otro principio involucrado en la colisión[92].

La fórmula del peso se refiere a una ecuación que permite establecer la relación de precedencia condicionada entre dos principios que colisionan. La ecuación es un cociente entre tres variables: el peso abstracto, el peso concreto y la certeza sobre la afectación de cada uno de los principios. A las primeras dos variables (peso abstracto y concreto) se les asigna un valor con base en una escala triádica que tiene los siguientes baremos: afectación leve (2^0 o 1), intermedia (2^1 o 2) y grave (2^2 o 4). A la tercera variable se le asigna valor de acuerdo con el mayor o menor grado de certeza de que tal afectación efectivamente se producirá. En ese sentido, los valores se modificarán si la afectación es cierta o segura (2^0 o 1), probable (2^{-1} o 0,5) o casi falsa (2^{-2} o 0,25)[93].

Finalmente, las cargas de la argumentación son un mecanismo para resolver los casos de empate. En esos supuestos, como indica Bernal Pulido, en la *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy sugirió conferir prevalencia a la libertad e igualdad jurídica. En el epílogo a dicha obra, el autor defendió una carga de argumentación a favor del legislador, de manera que, si una ley que restringe un derecho para dar prevalencia a otro no resulta desproporcionada bajo los parámetros de la fórmula del peso, esta debe ser declarada constitucional y su validez debe ser confirmada por el juez constitucional[94].

De los tres elementos de la ponderación descritos previamente, la fuente principal de racionalidad de las decisiones del órgano de representación argumentativa es la fórmula del peso. En efecto, la ponderación y, en concreto, la fórmula del peso limitan la discrecionalidad y el tipo de argumentos sobre los cuales los miembros del tribunal pueden debatir (deliberación interna), a la

---

92 Alexy, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, p. 31.

93 Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 26, 2003, pp. 229-230.

94 Bernal Pulido. "Estructura y límites", cit., pp. 230-232.

vez que contribuyen a la exposición de la decisión final para que sea comprendida y aceptada por la opinión pública (deliberación externa). De acuerdo con ese esquema, los resultados del control de constitucionalidad serán legítimos si corresponden con los argumentos de un número significativo de personas dentro de la sociedad y son aceptados por los demás ciudadanos en virtud del alto grado de corrección de la decisión del juez constitucional[95].

2.1.2. Objeciones a la ponderación y a su relación con la representación argumentativa

La tesis sobre la ponderación y su conexión con la representación argumentativa ha sido objeto de dos críticas, una de carácter general y otra específica[96]. En relación con la primera (general), se ha cuestionado a la ponderación en sí misma al afirmar que la judicatura toma determinadas decisiones que invaden las competencias del legislador. Esta actuación es antidemocrática y, como tal, no puede ser avalada por el mero hecho de que los jueces apliquen un método de decisión que tiene un dudoso potencial para limitar su discrecionalidad. Según esta crítica, el *judicial review* es antidemocrático con independencia de que los tribunales utilicen o prescindan del juicio de ponderación.

De acuerdo con lo anterior, la primera crítica a la tesis de Alexy cuestiona la idea misma de la ponderación y su potencial para convertir al juez constitucional en un representante argumentativo. Desde este punto de vista, la objeción democrática no se supera por el mero hecho de que los jueces tomen sus decisiones bajo los parámetros del principio de proporcionalidad o mediante la aplicación de los tres elementos de la ponderación. De acuerdo con Bernal, el núcleo de este ataque ha sido formulado de la siguiente manera:

> … cuando el Juez Constitucional lleva a cabo una ponderación, termina inevitablemente ejerciendo la función de armonizar los intereses sociales que en todo Estado democrático está atribuida al poder legislativo. Equilibrar los costos y los beneficios de las actuaciones públicas que inciden en los derechos fundamentales

95 Alexy. "Balancing, constitutional review", cit., p. 580.

96 Las dos críticas que se describirán a continuación no son las únicas que se han formulado en contra de la ponderación. Por ejemplo, sobre los límites de racionalidad de la ponderación, cfr. Bernal Pulido. "Estructura y límites", cit., pp. 225-238.

> es por definición una actividad política, cuyo resultado debe ser producto de la discusión entre los representantes de los ciudadanos[97].

Esta crítica sobre la incapacidad de la ponderación para limitar la discrecionalidad de los jueces, aumentar la racionalidad de sus decisiones y posicionarlos como representantes argumentativos puede ser contestada desde dos posturas diferentes. La primera vía es retomar las tesis comentadas previamente de Ely. La idea central de esta respuesta consiste en reconocer que el órgano legislativo es el escenario principal para conciliar los diferentes intereses dentro de la sociedad. Sin embargo, el control de constitucionalidad constituye un mecanismo idóneo para evaluar si la conciliación de intereses realizada por el Congreso se hizo respetando las reglas procedimentales, si fueron vulnerados los derechos de las minorías y si todos los intereses de los integrantes de la sociedad fueron tenidos en cuenta durante el proceso de decisión.

La segunda respuesta también parte del reconocimiento de que el juez constitucional no es el encargado de realizar la conciliación de los diferentes intereses sociales y de que esta es una actividad atribuida principalmente al órgano legislativo. En esa medida, el juez constitucional tiene pocas credenciales democráticas para actuar como un foro para resolver los desacuerdos que se presentan dentro de la sociedad. No obstante, de esa tesis no se colige que el juez no tenga ningún rol funcional respecto de la decisión adoptada por el legislador al resolver esos desacuerdos. La insuficiencia de legitimidad democrática de la justicia constitucional para realizar esa conciliación no excluye una intervención posterior de los jueces para supervisar la compatibilidad con la Constitución de la conciliación que ha realizado el órgano legislativo.

Esta segunda forma de contestar a esa crítica tiene relación con la idea de Dworkin sobre la justicia constitucional como el foro de los principios[98]. Esa tesis reconoce que el legislador posee un amplio margen para aprobar políticas que concilian diferentes intereses sociales. Ahora bien, el resultado de esa conciliación puede ser revisado posteriormente por los jueces constitucionales. Estos últimos no tienen el mismo grado de discrecionalidad del legislador para revisar una política pública porque deben regirse exclusivamente por las disposiciones constitucionales y evitar todo análisis sobre la conveniencia de

---

97 Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 202.

98 Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 33-71. También en "The forum of principle". *New York University Law Review*, n.º 56, 1981, pp. 469-518.

la ley aprobada por el Congreso. Los tribunales, como foros de los principios, pueden revisar las decisiones legislativas pero solo pueden invalidarlas si estas han violado un principio constitucional[99].

Si se sigue la idea anterior es plausible negar que el juez constitucional realiza una conciliación de intereses semejante a la llevada a cabo por el Congreso. Esto quiere decir que el control de constitucionalidad no es una invasión en las competencias del legislador porque el juez se limita a realizar una actividad interpretativa –reglada o no discrecional– del texto constitucional con el fin de determinar si deben prevalecer los objetivos perseguidos por el legislador o los derechos afectados por la medida legislativa[100].

Los defensores de la ponderación consideran que esta es la respuesta más adecuada a la crítica externa a la ponderación. En su visión, el núcleo del debate sobre la legitimidad del control de constitucionalidad no es la supuesta usurpación de las funciones del legislador por parte de los jueces sino la racionalidad y el grado de corrección de las decisiones constitucionales. En ese debate, el principio de proporcionalidad y la ponderación juegan a favor de la legitimidad del juez constitucional porque "el mayor grado de racionalidad comparativa de que este principio (proporcionalidad) se reviste, comunica un mayor grado de legitimidad comparativa a las decisiones que son producto de su aplicación"[101].

Aharon Barak comparte esta idea y mantiene la tesis de que el núcleo del problema sobre la legitimidad democrática del *judicial review* se encuentra en el grado de discrecionalidad de los jueces constitucionales para interpretar la Constitución[102]. En su visión, la utilización de la proporcionalidad como método de decisión es una vía adecuada para afirmar la compatibilidad del control de constitucionalidad con el principio democrático.

---

99 "*My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy –decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general well fare is best promoted– and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken from the root principle that government must treat people as equals*". DWORKIN. *A Matter of Principle*, cit., p. 34. Una visión que denuncia el carácter idealista de la tesis de Dworkin sobre los tribunales como foros de los principios se puede consultar en FALLON, RICHARD. *Implementing the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 26-36.

100 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad*, cit., pp. 202-205.

101 Ibíd., p. 213.

102 BARAK. *Proportionality*, cit., p. 381.

De acuerdo con Barak, el juez constitucional tiene dos deberes principales: decidir con base en el juicio de ponderación y controlar que la proporcionalidad haya sido el criterio orientador de la actividad de las otras ramas del poder público[103]. Este autor reconoce que la proporcionalidad no garantiza la objetividad de los jueces, pero defiende que se trata de un método que ofrece las herramientas necesarias para estructurar la decisión judicial y hacer más transparente el ejercicio de la interpretación constitucional[104].

Esta defensa de la racionalidad de la ponderación es funcional tanto a la propia ponderación como a la tesis de la representación argumentativa de Alexy. Como se dijo, la idea de la representación argumentativa descansa en la ponderación y en el grado de aceptación de los argumentos que respaldan a la decisión judicial. Para que aumente la aceptación del control de constitucionalidad se requiere que su actividad responda fielmente a una idea racional de corrección. De esta manera, si la ponderación confiere un alto nivel de racionalidad a las decisiones judiciales y limita –hasta donde sea posible– la discrecionalidad del juez, la idea de Alexy de concebir al juez constitucional como un representante argumentativo queda a salvo de una parte de la objeción democrática.

Sin embargo, algunos autores que reconocen el potencial y la idoneidad de la ponderación para racionalizar la decisión judicial y limitar la discrecionalidad de los tribunales albergan serias dudas sobre el paso siguiente dado por Alexy, esto es, dudan sobre la tesis de que la combinación del control de constitucionalidad con el principio de proporcionalidad y la ponderación pueda dar lugar a un escenario de representación argumentativa que supera la objeción contramayoritaria al *judicial review*. Este es el núcleo de la segunda crítica o reparo específico a la tesis de Alexy sobre la representación en el control de constitucionalidad.

Sobre esta crítica específica, Mattias Kumm, por ejemplo, mantiene que la tesis de Alexy es una vía idónea pero insuficiente para fundamentar la legitimidad

---

103 "*Judicial review should be exercised in a way that would allow the judges the full ability to inquire whether the other branches –who limited a constitutional protected human right– have properly followed the requirements of proportionality as prescribed by the constitution's 'we the people*'". Ibíd., p. 383.

104 Barak se opone a la tesis de David Beatty, quien afirma que la proporcionalidad transforma los problemas morales de interpretación de la Constitución en problemas sobre los hechos. Para Barak, esa tesis es infundada y confunde los razonamientos basados en hechos que se realizan en la proporcionalidad con el carácter legal de esos razonamientos. Cfr. ibíd., p. 478 y Beatty, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 159-189.

democrática del juez constitucional como representante argumentativo. Kumm sostiene que esa propuesta debe ser complementada con una visión sobre el derecho de los ciudadanos a recurrir las decisiones políticas y a recibir buenos argumentos para aceptar tales decisiones. Como se describirá a continuación, la idea de Kumm es que esto sucede cuando, además de considerar al control de constitucionalidad como un escenario de representación argumentativa, se lo concibe como un caso especial de la conversación socrática.

2.2. La representación argumentativa y el control de constitucionalidad como un paradigma de la conversación socrática

La concepción de la justicia constitucional como un escenario de representación argumentativa y su potencial para establecer un nexo de compatibilidad entre el control de constitucionalidad de las leyes y la democracia representativa ha sido objetada desde diferentes enfoques y, en concreto, ha sido considerada como incompleta para defender la existencia misma del control de constitucionalidad. Por ejemplo, Kumm sostiene que, a pesar de que Alexy acierta al no reducir todas las posibilidades de representación al ámbito de la representación voluntaria, de allí no se deriva que puedan existir instituciones que basen su legitimidad exclusivamente en la representación argumentativa[105].

A pesar de sus críticas a la tesis de Alexy, Kumm destaca que la difusión del principio de proporcionalidad ha tenido cuatro ventajas para el constitucionalismo: i) dotar a los jueces de herramientas argumentativas que permitan limitar los debates constitucionales, ii) abrir un espacio para que los jueces sean deferentes con el legislador y sensibles frente a circunstancias empíricas que justifican determinadas políticas, iii) establecer un grado de conexión entre la deliberación judicial, los argumentos del legislador y las preocupaciones e intereses de los ciudadanos y iv) ofrecer un baremo para controlar la actividad y los resultados de los jueces constitucionales[106].

---

105 En este último aspecto, la representación argumentativa tendría el mismo problema de la representación virtual porque ambas descartan cualquier nexo electoral pero esta se basa en la existencia de un conjunto de simpatías o deseos comunes, mientras que aquella lo hace en la idea de las razones correctas a las que, según Alexy, se arriba mediante la fórmula del peso y la ponderación. Cfr. Kumm. "Alexy's theory", cit., p. 207.

106 "*[W]hen applying the proportionality test, judges have the conceptual tools to address the arguments and concerns that were the focus of political debate […] Moreover the proportionality test can be*

Estas cuatro consecuencias de la difusión del principio de proporcionalidad y de la ponderación también han generado un nuevo enfoque en el debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional[107]. En especial, Kumm sostiene que una de las ventajas de la tesis de Alexy es que contribuye a establecer ciertos niveles de responsabilidad de los jueces constitucionales como representantes argumentativos. De esta manera pierde fuerza una parte de la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad que señala que los jueces no son responsables (*accountables*) porque no son elegidos democráticamente.

Según Kumm, frente al déficit de control ciudadano de la judicatura, la visión de Alexy tiene el mérito de concebir a los jueces no solo como representantes argumentativos sino como representantes que deben rendir cuentas ante la ciudadanía por el grado de corrección de los fundamentos de sus decisiones. Si los jueces tienen una herramienta para estructurar los argumentos que respaldan sus sentencias, eso quiere decir que los ciudadanos disponen de un parámetro racional para evaluar esas decisiones y aceptar o rechazar fundadamente la decisión de un tribunal constitucional.

Ahora bien, para Kumm esta contribución de Alexy al debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad no es suficiente para superar toda la objeción democrática. Por esa razón, el autor considera que, si se complementa la tesis de Alexy, se puede llegar a afirmar que el control de constitucionalidad no es antidemocrático, sino que es un complemento adecuado de las democracias liberales.

Para Kumm, en el constitucionalismo liberal y democrático deben regir simultáneamente los principios de responsabilidad electoral y supremacía constitucional. El primero se manifiesta en el derecho de los ciudadanos a elegir a sus autoridades, el segundo, en el derecho de los mismos ciudadanos a impugnar las decisiones proferidas por las autoridades que han elegido.

En ese marco, la existencia del *judicial review* reflejaría la idea clásica de no dominación que afirma que los individuos no deben someterse a aquellas leyes

---

applied in a way that allows for some degree of deference to the political process when attempting to assess contested empirical claims and difficult trade-offs. In both of these ways courts tend to connect the practice of decision making and argumentation to the deliberations of the political process and to people's concerns. Furthermore, there are good reasons to believe that judges not only could, but actually will behave in this responsive way when applying proportionality tests". Ibíd., p. 205.

107 Kumm, Mattias. "Democracy is not enough: rights, proportionality and the point of judicial review". *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 09-10, 2009, p. 2.

que razonablemente no habrían consentido. Eso implica que toda decisión pública debe ser concebida como un ejercicio colectivo de la razón que conduce a determinar lo que la justicia y la buena política requieren. El principio de no dominación que fundamenta al control de constitucionalidad no se opone a la idea de igualdad política, sino que la complementa porque la legitimidad de la decisión política no descansa exclusivamente en el carácter representativo o electoralmente elegido de la autoridad que la profiere sino también en las razones que respaldan una determinada ley[108].

2.2.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UNA CONVERSACIÓN SOCRÁTICA

La propuesta concreta de Kumm se enmarca dentro de lo que el autor denomina el *paradigma racional de los derechos humanos*. Dentro de este paradigma, el control de constitucionalidad puede ser concebido bajo la idea socrática de un diálogo en el que siempre se buscan las mejores razones[109]. La conjunción del control de constitucionalidad y el principio de proporcionalidad crean un escenario deliberativo (*socratic contestation*) en el cual los ciudadanos tienen derecho a impugnar los actos del legislador con base en sus propias razones con el fin de buscar las razones que llevaron al legislador a aprobar una determinada ley[110].

Desde ese punto de vista, el control de constitucionalidad realizado con aplicación del principio de proporcionalidad resulta una opción deseable democráticamente porque contribuye a encontrar las razones públicas que justifican los actos del legislador o las razones públicas que determinan la invalidación de esos actos por parte del juez constitucional[111].

---

108 Ibíd., p. 21.

109 KUMM, MATTIAS. "Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review". *European Journal of Legal Studies*, n.º 1, 2007-2008, pp. 153-183 y "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review". *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n.º 2, 2010, pp. 142–175.

110 "*When individuals bring claims grounded in human or constitutional rights, they enlist courts to critically engage public authorities in order to assess whether their acts and the burdens they impose on the rights-claimants are susceptible to plausible justification*". KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 5 y "The Idea of Socratic Contestation", cit., pp. 142-175.

111 KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 3.

El proceso de *socratic contestation* en el que piensa Kumm se desarrolla en varios pasos. En primer lugar, el juez constitucional no asume ninguna posición inicial, sino que se limita a escuchar los argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad de una ley con el fin de determinar los extremos del debate. En esta fase concurren las autoridades públicas que emitieron el acto normativo para exponer las razones que respaldan la constitucionalidad de esa decisión y quienes atacan la constitucionalidad de ese acto normativo. En segundo lugar, el juez puede formular preguntas a las dos partes en clave de los elementos del juicio de proporcionalidad. A continuación, el juez evalúa la calidad de los argumentos planteados y sus posibles contradicciones. Finalmente, en un espacio deliberativo, sosegado y alejado de la política ordinaria y de la propia tensión de la discusión, el juez constitucional decide cuál de las dos posiciones debe prevalecer[112].

La conexión con la tesis de Alexy ocurre porque Kumm acepta que, para decidir, el juez ha debido seguir los pasos establecidos por el principio de proporcionalidad porque esta es la manera de asegurar que el resultado de su deliberación será formulado en términos de razón pública y que sus argumentos serán aceptados por todos los ciudadanos[113].

De acuerdo con Kumm, este procedimiento de *socratic contestation* constituye una respuesta adecuada frente algunas de las patologías que afectan a los sistemas políticos más desarrollados (*i.e.*, la corrupción, la crisis de la representación o la influencia de intereses económicos hegemónicos en las decisiones políticas)[114]. Frente a estas deficiencias, el control de constitucionalidad o *socratic contestation* asegura que la deliberación pública recuperará las cargas del juicio –en términos de Rawls– cuando no ha existido un razonamiento crítico e imparcial durante la deliberación parlamentaria[115]. Como el propio Kumm advierte, la "*socratic contestation* es el mecanismo mediante el cual los tribunales determinan si la solución a un desacuerdo entre las autoridades públicas y los demandantes es razonable"[116].

---

112 Ibíd., pp. 17 y 18.

113 KUMM. "The idea of socratic contestation", cit., pp. 168 y 169.

114 KUMM. "Institutionalising socratic contestation", cit., p. 169 y "The idea of socratic contestation", cit., pp. 157-164.

115 KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 20.

116 KUMM. "The idea of socratic contestation", cit., p. 170.

2.2.2. CONVERSACIÓN SOCRÁTICA, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, hasta este punto se ha señalado que Kumm comparte la idea de Alexy sobre el potencial representativo y deliberativo del control de constitucionalidad realizado mediante el principio de proporcionalidad y la ponderación. También se ha establecido que Kumm complementa esa tesis con la idea del *paradigma racional de los derechos humanos*, dentro del cual el control de constitucionalidad se convierte en una especie de la conversación socrática. Tanto la versión de Alexy como la de Kumm se dirigen a fundamentar una relación de compatibilidad y complementariedad entre la democracia y el control de constitucionalidad. La pregunta que surge es: ¿cuál es la conexión de esas dos tesis con el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad?

El vínculo de las tesis de Alexy y Kumm con los diseños institucionales de acceso directo al control de constitucionalidad lo sugiere el propio Kumm. En efecto, la concepción del control de constitucionalidad como una conversación socrática implica que el *judicial review* se convierte en una garantía del derecho de los ciudadanos a ser escuchados, a que la administración justifique el origen de una decisión que les afecta y a que el legislador argumente sobre los motivos por los cuales una ley no debe ser modificada o invalidada[117]. Si el control de constitucionalidad es un escenario de representación argumentativa que se desarrolla mediante la conversación socrática, el Estado debe garantizar la participación ciudadana en estos procesos de deliberación cualificados como una manifestación del deber de las autoridades de consultar a los ciudadanos sobre las decisiones públicas[118].

---

117 Alon Harel y Tsvi Kahana comparten la tesis de Kumm: "Courts provide individuals an opportunity to challenge what individuals perceive as a violation of their rights; courts also engage in moral deliberation and provide an explanation for the alleged violation, and last, courts reconsider the presumed violation in light of the deliberation". HAREL, ALON y KAHANA, TSVI. "The easy core case for judicial review". *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n.º 1, 2010, p. 250.

118 Alon Harel y Tsvi Kahana afirman que el control de constitucionalidad puede estar justificado porque es un mecanismo idóneo para garantizar el derecho de los ciudadanos a ser escuchado o a formular una queja o un reclamo: "*What is distinctive about courts is not the special wisdom of judicial decisions or other special desirable contingent consequences that follow from judicial decisions, but the procedures and the model of deliberation that characterize courts. These procedures are intrinsically valuable independently of the quality of decisions rendered by courts because these*

El derecho de los ciudadanos a participar en ese espacio deliberativo se materializa en la facultad ciudadana para activar el mecanismo de representación argumentativa y de conversación socrática. Si el espacio deliberativo es cualificado porque solo se aceptan argumentos basados en derechos[119], es razonable pensar que la primera intervención la deben realizar los propios ciudadanos cuando consideran que el legislador ha violado un derecho del cual son titulares, cuando tienen dudas sobre la existencia de tal violación o cuando dudan respecto de su condición de titulares de un derecho[120].

Como se establecerá más adelante, la acción pública de constitucionalidad tiene el potencial de convertirse en el instrumento que permite a los ciudadanos activar el mecanismo de representación argumentativa e iniciar la conversación socrática. De esta manera, la idea de que el control de constitucionalidad es un escenario deliberativo y de representación no solo aparece acreditada por las tesis de la representación argumentativa y el diálogo socrático, sino que muestra una conexión relevante con mecanismos como la acción pública de constitucionalidad.

No obstante, todavía es necesario completar este argumento a favor del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad mediante la teoría de Philip Pettit que abre la puerta a la existencia de un nexo entre representante y representado diferente del electoral, en este caso, basado en las especiales condiciones personales o méritos de ciertos funcionarios y en la posición institucional del órgano al que pertenecen. Se trata de la fórmula de la representación meritocrática que se examinará a continuación.

---

procedures are, in themselves, a realization of the right to a hearing". Harel, Alon y Kahana, Tsvi. "The Easy Core", cit., p. 238.

119 "*Our proposal can provide an alternative way of understanding what the control of rightholders consists of. Under this view, control of rightholders (or purported rightholders) grants rightholders an opportunity to participate in rights-based reasoning or deliberation*". Ibíd., p. 245.

120 "*There are two types of cases that, under our view, justify judicial review of legislation. First, when a person has a right and that right is (justifiably or unjustifiably) infringed by the legislature, that person is owed a right to a hearing. Second, when there is a dispute over whether a person has a right and the legislature passes a statute that, arguably, violates the disputed right, the individual is owed a right to a hearing*". Ibíd., p. 246. Como se verá más adelante, esta idea también aparece en Pettit, Philip. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 210.

2.3. LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO REPRESENTANTES MERITOCRÁTICOS

Desde la filosofía política y la teoría de la representación, Philip Pettit ha realizado una contribución que sirve para demostrar los problemas de la representación parlamentaria y para reforzar la idea de que el control de constitucionalidad también puede ser concebido como una forma especial de representación compatible con la democracia.

En sus trabajos sobre representación y democracia, Pettit ha señalado que la representación electoral y el principio de igual participación democrática resultan insuficientes para asegurar la igual capacidad de influencia de los ciudadanos en los procesos de decisión[121]. Por una parte, Pettit afirma que, aun si en el punto de partida existen condiciones en las cuales los votos de los ciudadanos tienen igual valor, existen otros factores para que, en el punto de llegada, los resultados reflejen que no hubo igual capacidad de influencia en los procesos de decisión. Esto sucede, por ejemplo, cuando hay barreras económicas para ejercer el voto, presiones sobre los votantes o leyes electorales que distribuyen los escaños entre diferentes zonas geográficas sin tomar en cuenta su población[122].

También Ronald Dworkin se había referido a este mismo problema al distinguir entre la capacidad de *impacto* y la capacidad de *influencia* de los ciudadanos[123]. La primera se refiere a la capacidad de cada persona para cambiar una decisión política mediante su voto individual. La segunda es la capacidad

---

121 Además de las tesis y artículos que se reseñan a continuación, el trabajo de Pettit sobre la representación es bastante prolijo. En relación con aspectos teóricos de la representación se deben consultar otros textos que aquí no se citan porque son previos a la idea de la representación meritocrática: cfr. PETTIT, PHILIP. "Varieties of public representation". En SHAPIRO, IAN (ed.). *Political Representation*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 61-89 y "Representation, responsive and indicative". *Constellations*, vol. 17, n.º. 3, 2010, pp. 426-434.

122 PETTIT. *On the People's Terms*, cit., p. 210. Para algunos autores, este problema no es una disfuncionalidad del sistema de representación sino parte de su esencia: "En mi opinión, el actual sistema representativo, desde el momento en que fue concebido, tuvo como objetivo el separar a los representantes de los representados. Quiero decir, […] se procuró poner distancia entre la clase dirigente y la ciudadanía, a resultas de lo cual no es en absoluto de extrañar que hoy contemos con sistemas políticos mucho más permeables a la influencia de los (así llamados) grupos de interés, que a la voluntad de las mayorías". GARGARELLA, ROBERTO. "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias". *Isonomía*, n.º 2, 1995, p. 89.

123 DWORKIN, RONALD. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality.* Harvard University Press, Cambridge, 2000, pp. 191-198.

de cada persona de atraer, influir o determinar a otros para que voten en el mismo sentido en que ella misma lo ha hecho[124].

Del mismo modo que Pettit, Dworkin reconoció la existencia de factores que, en condiciones de igualdad de impacto, causaban que los ciudadanos tuvieran diferencias considerables de influencia en el proceso democrático. Esto podía suceder, por ejemplo, en función de la desigualdad económica dentro de la sociedad. Por esa razón, Dworkin afirmó que la idea clásica de igual dignidad política, que coincidía con que todos los ciudadanos tuvieran la misma capacidad de impacto mediante la regla *un ciudadano, un voto*, era pobre e insuficiente. En ese sentido, Dworkin señaló la necesidad de superar las condiciones que generaban las disparidades sociales con el fin de que cada ciudadano tuviera el mismo grado de influencia en los procesos de decisión de las políticas públicas[125].

Pettit no es optimista respecto de esta idea de Dworkin y afirma que la superación de los factores de desigualdad estructural en la sociedad no asegura que los ciudadanos tengan igual capacidad de influencia en los procesos de decisión. Su ejemplo es muy interesante y resulta pertinente reconstruirlo: Pettit se refiere a un grupo de cinco amigos que viven en condiciones de igualdad material y quienes se reúnen semanalmente para jugar a las cartas o al ajedrez. Dentro del grupo de amigos, dos de ellos son vegetarianos y tres no lo son. El grupo se puede reunir en dos restaurantes de la ciudad, pero solo uno de los dos restaurantes se especializa en comida vegetariana. Finalmente, los cinco amigos han acordado que, cada vez que tengan una reunión, decidirán la sede del encuentro bajo la regla de la mayoría. El voto de cada uno de ellos tendrá el mismo valor.

Con base en esta hipótesis, la conclusión de Pettit es que los amigos siempre decidirán cenar en el restaurante no vegetariano[126]. Eso sucede porque "la igualdad de votos no es suficiente para asegurar el mismo poder de influencia

---

124 Dworkin. "Igualdad, democracia y Constitución", cit., p. 128.

125 Ibíd., p. 136.

126 Sobre el ejemplo se puede afirmar que la injusticia consistente en que siempre la minoría (los dos amigos vegetarianos) deba asistir al restaurante en el que no encuentra opciones gastronómicas adecuadas a sus preferencias se corrige mediante la introducción de una regla adicional al acuerdo inicial del grupo de amigos: solo votarán para decidir el lugar en el que se reunirán por primera vez pero, con independencia de la opción que prevalezca en la votación, en adelante las reuniones alternarán sucesivamente de sede entre el restaurante vegetariano y el restaurante no vegetariano. Desde luego, las decisiones de las políticas públicas son mucho más complicadas y no es posible resolver los desacuerdos con este tipo de reglas de alternancia.

a los diferentes votantes; aquellos que se encuentran en minoría están más o menos en una situación de permanente exclusión respecto de la posibilidad de estar entre los ganadores"[127].

2.3.1. EL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN MERITOCRÁTICA COMO REMEDIO A LOS DESEQUILIBRIOS EN LA CAPACIDAD DE INFLUENCIA DE LOS CIUDADANOS

La propuesta de Pettit para superar la dificultad descrita previamente y asegurar el ideal de no dominación es la creación de un mecanismo para que los individuos o los grupos de individuos verifiquen el grado de desconocimiento de los principios de igual participación e influencia que ocurren en el proceso mediante el cual son aprobadas las leyes. Ese mecanismo debería proveer de un juicio imparcial que tuviera en cuenta apropiadamente los argumentos de quienes se oponen a la decisión mayoritaria[128].

En ese sentido, Pettit ha elaborado una construcción teórica en torno al concepto de representación meritocrática[129]. La tesis de Pettit es que existen individuos que han sido escogidos para desempeñar una función pública de acuerdo con sus méritos o capacidades y a quienes se les confiere el estatus de representantes siempre que cumplan con ciertas condiciones[130].

El punto de partida es que no todos los representantes deben ser elegidos popularmente. Algunos representantes deben ser elegidos directamente por los ciudadanos pero también se pueden identificar representantes en razón de criterios diferentes, como el exigente proceso de reclutamiento para un cargo determinado, su alto grado de autonomía o sus capacidades personales[131]. Estos últimos no tienen un estatus representativo autónomo puesto que su posición deriva de la elección que han hecho de ellos los representantes elegidos popularmente[132].

---

127 PETTIT. *On the People's Terms*, cit., p. 212.

128 Ibíd., pp. 213-215.

129 "*Any government where things are reliably done in a manner that answers to the presumptive and legitimate expectations of the people must embody meritocratic representation*". PETTIT, PHILIP. "Meritocratic representation". En BELL, DANIEL y CHENYANG, LI. *The East Asian Challenge for Democracy: Political Meritocracy in Comparative Perspective*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 151.

130 Ibíd., pp. 138-159.

131 Ibíd., p. 156.

132 Ibíd., p. 147.

Por supuesto, no todos los funcionarios públicos elegidos por procedimientos meritocráticos pueden ser considerados representantes. En concreto, no pueden serlo quienes no son independientes porque forman parte de un esquema jerarquizado de mando[133]. Para ser representante meritocrático también se requiere i) que las autoridades sean elegidas con base en sus habilidades o en su tendencia a la imparcialidad, ii) que sean objeto de la censura o control público de la misma manera que las autoridades que fueron elegidas popularmente y iii) que puedan ser sancionados judicialmente por sus faltas disciplinarias[134].

De acuerdo con Pettit, existen tres categorías de funcionarios que ejercen la representación meritocrática. En primer lugar, las autoridades que elevan quejas o reclamos ante o contra el Gobierno u otros miembros de la administración (*e.g.*, el fiscal general o el *ombudsman*). En segundo lugar, las autoridades que deciden las quejas que interponen los ciudadanos contra el Gobierno o contra las demás autoridades (*e.g.*, los jueces y los tribunales). Finalmente, las autoridades que resuelven los problemas que las autoridades elegidas popularmente no pueden resolver imparcialmente porque involucran sus propios intereses (*e.g.*, autoridades electorales o el banco central)[135].

Esta forma de representación se caracteriza porque los representantes meritocráticos o argumentativos ostentan condiciones que permiten afirmar que, en un ámbito determinado, ellos harán el trabajo de representación mejor de lo que podrían hacerlo los representantes elegidos popularmente. Por ejemplo, tendrán un fuerte incentivo para apartarse de las preferencias de la mayoría a favor de ciertas minorías que son tradicionalmente ignoradas[136]. De allí la importancia de que los representantes meritocráticos sean independientes de los

---

133 Ibíd., p. 147.

134 "*If meritocratic authorities are suitably appointed, constrained, and briefed so that they are subject to suitable sanctions and incentives, then there is every reason to expect that their attitudes will be indicative of the attitudes, on matters within their domain, of the population in general*". Ibíd., p. 150.

135 Ibíd., pp. 147 y 148. Este argumento ya había sido formulado por Dworkin, quien sostuvo lo siguiente: "*Legislators who have been elected, and must be reelected, by a political majority are more likely to take that majority's side in a serious argument about the rights of a minority against it; if they oppose the majority's wishes too firmly, it will replace them with those who do not. For that reason legislators seem less likely to reach sound decisions about minority rights than officials who are less vulnerable in that way*". DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 375.

136 PETTIT. "Meritocratic representation", cit., p. 150.

representantes elegidos popularmente[137]. En su propia área, los representantes meritocráticos pueden reclamar válidamente que están hablando en nombre del pueblo (*in the people's name*) porque la fuente de su legitimidad proviene del mismo carácter meritocrático de su elección[138].

Aunque Pettit reconoce que la representación meritocrática conlleva algunos problemas para el sistema democrático, como la excesiva discrecionalidad del representante meritocrático o la forma de asegurar la prevalencia de los méritos en los procesos de elección, también señala que las condiciones de la representación meritocrática conducen al juicio de que, para esa posición institucional, la mejor opción es tener un representante meritocrático antes que un representante elegido popularmente[139].

Al final de su argumento, Pettit considera que los jueces y las demás autoridades meritocráticas ejercen una representación indicativa que no es incompatible con la democracia. Los jueces constitucionales –como representantes meritocráticos– se encuentran limitados porque solo pueden usar argumentos en clave constitucional y con el fin de dar voz a quienes no fueron escuchados dentro del foro parlamentario. Su objetivo es que los afectados cuestionen las decisiones adoptadas frente a un grupo de representantes que deben escucharles y quienes pueden decidir sobre la validez de las decisiones cuestionadas.

2.3.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTACIÓN MERITOCRÁTICA

La tesis de la representación meritocrática de Pettit tiene una conexión indudable con la representación argumentativa de Alexy y el diálogo socrático de Kumm. En efecto, Pettit ofrece una teoría sobre el tipo de vínculo que confiere carácter representativo al control de constitucionalidad.

Se puede afirmar que Alexy formuló la tesis general sobre el control de constitucionalidad como escenario de representación y confió la demostración de esa tesis a la posibilidad de control ciudadano sobre el tribunal mediante los criterios del principio de proporcionalidad y la ponderación. De esta

---

137 Ibíd., p. 151. Sobre la independencia como requisito esencial para que los jueces puedan ser considerados como representantes, cfr. KYRITSIS, DIMITRIOS. "Representation and Waldron's objection", cit., p. 747.

138 PETTIT. "Meritocratic representation", cit., pp. 151-155.

139 Ibíd., pp. 153-156.

manera, frente a la objeción democrática, Alexy provee una visión de un tribunal constitucional como una institución *accountable* por la ciudadanía. Por su parte, Kumm ofrece un método para que el control de constitucionalidad funcione como escenario de representación deliberativa o argumentativa. En contra de la crítica contramayoritaria, Kumm destaca el potencial epistémico del *judicial review* para obtener resultados cualitativamente mejores que los obtenidos mediante el proceso legislativo.

En medio de ese panorama, Pettit se centra en demostrar que el vínculo entre el representante y el representado no se crea exclusivamente mediante el voto, sino que puede tener origen en los méritos, las calidades y la posición institucional de quienes integran el tribunal constitucional. Por esta vía, Pettit ataca directamente la parte de la objeción contramayoritaria que pone todo su énfasis en el carácter no electo de los jueces constitucionales, a la vez que complementa las visiones de Alexy y Kumm al ofrecerles una manera de fundamentar el vínculo representativo cuando se trata del control de constitucionalidad.

Con base en todo lo anterior, es plausible sostener que el tribunal constitucional también constituye un espacio de representación argumentativa o deliberativa en el que el vínculo representativo proviene de los méritos, la independencia y la posición institucional de los jueces. Esta forma de representación es compatible con la democracia porque sus miembros son susceptibles de ser controlados (*accountables*) por los ciudadanos. Además, los resultados del *judicial review* son razonables cuando utilizan la ponderación, y son valiosos democráticamente cuando son el resultado de un procedimiento deliberativo o conversación socrática.

Ya se ha señalado que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad es funcional a las tesis de Alexy y de Kumm. Incluso, la acción pública de constitucionalidad puede resultar un instrumento muy importante para reforzar la idea del carácter representativo y deliberativo de la justicia constitucional y para garantizar el buen funcionamiento del esquema de la conversación socrática. Desde luego, la tesis de Pettit también resulta pertinente para nuestra perspectiva porque los jueces solo adquieren su posición de representantes meritocráticos si su función es canalizar las quejas ciudadanas contra la administración y el legislador. Como el propio autor señala, frente a las deficiencias del proceso político:

> Solo veo una posibilidad realista, que es introducir un sistema de queja individualizada que sea paralelo al control colectivo que ocurre durante las elecciones.

> Deberían existir amplias oportunidades para que los individuos y los grupos cuestionaran las leyes o proyectos para saber hasta qué punto el proceso en el que estas son aprobadas respeta el valor de la igualdad de influencia y, más generalmente, el valor de la igualdad de estatus[140].

De acuerdo con lo anterior, el sistema de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad funciona como uno de los mecanismos en los que piensa Pettit al señalar la necesidad de crear un sistema paralelo, en el que los ciudadanos solicitan la intervención de sus representantes meritocráticos con el fin de que estos revisen las decisiones que fueron tomadas por el órgano legislativo[141]. Si esto es así, la acción pública de constitucionalidad adquiere fuerza como uno de los diseños institucionales posibles de la justicia constitucional que mejor se ajusta a las ideas de representación argumentativa o deliberativa, conversación socrática y representación meritocrática.

Las tres tesis señaladas hasta aquí parten de un supuesto común en relación con el principio democrático y de igualdad política: la insuficiencia de ese principio o la pobreza de su contenido para garantizar la igual participación de los ciudadanos en el debate público. Como señala Dworkin, esta "no es un meta demasiado exigente, sino demasiado poco exigente"[142].

A partir de esa crítica, cada una de las tesis establece fórmulas para responder a esa disfuncionalidad democrática. Sin embargo, se puede objetar que ninguna de las tres afirma que el control de constitucionalidad pueda materializar el principio de igualdad política si se abren las puertas de los tribunales a la ciudadanía. Por esa razón, es necesario analizar la forma como Lawrence Sager ha desarrollado esa línea de argumentación para superar un elemento central de la crítica contramayoritaria al control de constitucionalidad y fundamentar el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional.

---

140 PETTIT. *On the people's terms*, cit., p. 213.

141 Pettit encuentra que su propia propuesta se enfrenta al riesgo de sobrecarga de trabajo por el alto número de reclamos individuales que pueden ser presentados ante el representante meritocrático. En el caso del control de constitucionalidad en Colombia, ese riesgo fue analizado en el tercer capítulo: "*There is an obvious danger that a system of individualized contestation may prove unworkable, creating a build-up and backlog of endless complaints. This argues for establishing standardized ways of dealing with different types of issue where people's equal access to influence is generally agreed to be in danger. Those standardized responses might authorize appeal to special decision-making forums or routines of the kind at which we gestured*". PETTIT. *On the people's terms*, cit., p. 217.

142 DWORKIN. "Igualdad, democracia y Constitución", cit., p. 129.

2.4. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REPRESENTACIÓN DELIBERATIVA: LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUAL DIGNIDAD POLÍTICA

Lawrence Sager también ha hecho una contribución significativa a la tesis de que el control de constitucionalidad es un escenario de representación. En particular, Sager ha enfrentado un problema específico de esta tesis en relación con el principio de igual dignidad política. Si bien es cierto que, como señalaron Kumm y Pettit, la igualdad política es insuficiente para lograr el mismo nivel de participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, eso no quiere decir que concebir al control de constitucionalidad como un escenario de representación no entre en colisión con ese principio de igualdad. Las tesis sobre el carácter representativo del *judicial review* se enfrentan al hecho de que este será un espacio de representación que no puede reflejar el principio de igual dignidad política del cual sí da cuenta la representación parlamentaria.

Sager reconoce que el proceso de elección popular de los representantes ante el órgano legislativo satisface la idea de igual dignidad democrática. Sin embargo, considera –como Pettit y Dworkin– que esta no es una vía perfecta para tomar las decisiones públicas porque se encuentra permeada por diferentes tipos de problemas. De acuerdo con Sager, la opción que apuesta solamente por la representación parlamentaria es "débil y peligrosa porque los representantes políticos responden inevitablemente, en algún modo que no es marginal, al poder de los votos o del dinero, en lugar de a la fuerza de la pretensión de determinado individuo o grupo de que el derecho está de su parte"[143].

Por esa razón, Sager ha refutado directamente la tesis que sostiene que el control de constitucionalidad es un peligro para el principio de igual dignidad política[144]. Para el autor, existen dos formas mediante las cuales los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad en las decisiones públicas: una forma electoral y una forma deliberativa. La primera se realiza cuando los

---

143 SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

144 Ronald Dworkin había sugerido previamente la idea de que el control de constitucionalidad también puede ser una expresión del principio de igualdad: "*My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy –decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted– and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken from the root principle that government must treat people as equals*". DWORKIN. *A Matter of Principle*, cit., p. 69.

ciudadanos participan en la elección de los miembros del Congreso, la segunda, cuando los ciudadanos acuden a los tribunales constitucionales para someter a control las decisiones legislativas:

> Una forma a través de la cual una persona puede participar como igual en el proceso de resolución de disputas acerca de los derechos que tienen los miembros de esa comunidad, es ejerciendo en condiciones de igualdad el derecho de elegir a los representantes políticos que tomarán las decisiones sobre los derechos [...]. La segunda forma en la que el miembro de una comunidad política puede participar como igual en el debate sobre sus derechos es que sus derechos e intereses (como miembro igual de la comunidad política y como titular de derechos) sean considerados seriamente por quienes tienen autoridad deliberativa[145].

En definitiva, para Sager, el principio de igualdad en el que se apoya la objeción democrática tiene dos dimensiones: una dimensión electoral y una dimensión deliberativa. La primera se satisface cuando los ciudadanos participan en los procesos de elección de sus representantes en el Congreso y la segunda se materializa cuando los ciudadanos acceden a los tribunales para reclamar por una decisión legislativa que viola sus derechos. En su criterio, la relación entre estas dos dimensiones no es de contradicción sino de complementariedad, porque la "mayor parte de los Estados democráticos modernos tienen un conjunto de estructuras institucionales en el marco de las cuales los Parlamentos prometen la igualdad electoral, mientras los tribunales constitucionales prometen la igualdad deliberativa"[146].

2.4.1. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO UNA AUTORIDAD DELIBERATIVA

La propuesta de Sager consiste en abrir las puertas del control de constitucionalidad a los ciudadanos con el fin de garantizarles el acceso directo a la representación deliberativa. Esta tesis de Sager se basa en una concepción del *judicial review* como un escenario adecuado para que los ciudadanos participen en condiciones de igualdad y de manera efectiva en el debate sobre los desacuerdos que existen dentro de la sociedad respecto de sus derechos, el

---

145 SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

146 Ibíd., p. 207.

contenido de los mismos y la forma de garantizarlos. Como se puede inferir, Sager piensa que el control de constitucionalidad es una opción adicional y no excluyente para hacer valer el principio de igual dignidad de los ciudadanos:

> Las asambleas legislativas, obviamente, son la sede preferida para el primer modo (el modo electoral) de participar como iguales en el proceso de elegir entre las diversas concepciones acerca de los derechos que todos deberíamos tener. Quizás menos obviamente, los tribunales son la sede preferida para el modo deliberativo de participar en ese proceso[147].

Esta concepción del control de constitucionalidad como instancia deliberativa a la que deben acceder directamente los ciudadanos para formular sus ataques contra la constitucionalidad de las leyes ha sido respaldada por Horacio Spector. La tesis central de Spector es que los individuos son titulares de derechos morales. Tal condición les faculta para expresar sus quejas sobre una potencial violación de sus derechos o para reclamar una respuesta imparcial y razonada cuando sus derechos han sido vulnerados.

Con base en la clasificación formulada por Wesley Hohfeld, Spector sostiene que la titularidad de los derechos morales tiene, como correlato, la obligación de las autoridades de dar una respuesta a los reclamos de los ciudadanos[148]. En ese contexto, el propio órgano legislativo aparece como una mala instancia para formular esas quejas en virtud del principio de imparcialidad. Este principio señala que no se puede ser juez en causa propia[149].

Spector indica que los teóricos de la democracia deliberativa se han negado a aceptar que el control de constitucionalidad puede ser un elemento central para la generación de la deliberación pública[150]. Por el contrario, los tribunales constitucionales resultan un buen escenario deliberativo para que

---

147 Ibíd., pp. 204 y 205.

148 Sobre las posiciones jurídicas fundamentales, sus opuestos y correlativos se remite directamente a HOHFELD, WESLEY NEWCOMB. *Fundamental Legal Conceptions*. Yale University Press, New Haven, 1919, pp. 23-114.

149 Como el propio Spector reconoce, la idea de que el legislador no puede ser juez de sus propios actos fue defendida, *inter alia*, por Madison, Kelsen y Schmitt. Por su parte, Jeremy Waldron se ha opuesto a este argumento como una defensa del control de constitucionalidad. Cfr. SPECTOR, HORACIO. "Judicial review, rights, and democracy". *Law and Philosophy*, vol. 22, n.º 3-4, 2003, pp. 300-305.

150 SPECTOR. "Judicial review, rights", cit., p. 319.

los ciudadanos formulen sus quejas, las autoridades ofrezcan sus respuestas y se adopten decisiones imparciales e independientes[151].

La razón principal por la que los tribunales se erigen en escenarios idóneos radica en sus atributos deliberativos: su capacidad para identificar problemas que el legislador no considera y la concepción de Owen Fiss del proceso judicial como un diálogo público. En este diálogo, el juez no se puede negar a participar, no puede dejar de escuchar, debe contestar y debe responder ante los ciudadanos por los resultados de la deliberación[152].

Por último, Spector coincide con todos los autores mencionados previamente en que esta visión deliberativa del control de constitucionalidad es un buen complemento de la democracia y, en concreto, una solución a los problemas que tiene la democracia representativa para realizar plenamente el ideal de igual dignidad política[153]. Por esa razón, su propuesta es coherente con el esquema propuesto por Sager para resolver el problema de la diferencia entre la capacidad de impacto y la capacidad de influencia de los ciudadanos[154].

En efecto, tanto Sager como Spector están de acuerdo en que la posibilidad de apelar directamente ante la autoridad deliberativa (los jueces) no se ve afectada por las condiciones estructurales y barreras sociales o económicas que niegan a los ciudadanos la misma influencia dentro del procedimiento legislativo. A diferencia de los desequilibrios que impiden a las minorías o a los sectores menos favorecidos incidir ante el Congreso, cuando se acude a los tribunales cada ciudadano tiene derecho "a que cada deliberante evalúe sus pretensiones en sus propios méritos, con independencia del número de

---

151 Ibíd., pp. 292 y 314.

152 Ibíd., pp. 293-319. Un desarrollo de la idea del proceso de constitucionalidad colombiano como diálogo público en ROA ROA. *La acción pública*, cit., pp. 38-45.

153 Esta tesis de Spector ha sido replicada por Laura Underkuffler, quien afirma que Spector ha seguido la línea de resaltar las deficiencias del procedimiento político para dar cuenta del principio de igualdad política con el fin de defender una concepción específica del control de constitucionalidad. Le acusa de cometer una falacia de asimetría: "*The failure of democratic assemblies to consider all viewpoints, the fact that public interest rhetoric can easily be used to defend any position, and the inhibition of public discourse due to complex political, economic, and social realities all combine to make the deliberative democratic ideal more theoretical than real*". UNDERKUFFLER, LAURA. "Moral rights, judicial review, and democracy: a response to Horacio Spector". *Law and Philosophy*, vol. 22, 2002, pp. 332-352.

154 "*We saw that representative democracy does not deliver a robust conception of political equality; in particular, it does not realize equality of influence or equality of chances to take political decisions*". SPECTOR. "Judicial review, rights", cit., p. 333.

votos que le respalde, con independencia de la cantidad de dinero que pueda utilizar en su propio apoyo y con independencia de la influencia que tenga en la comunidad"[155].

2.4.2. EL ACCESO DIRECTO DE LOS CIUDADANOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PUERTA DE INGRESO A LA AUTORIDAD DELIBERATIVA

En relación con el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, el enfoque de Sager adquiere mayor relevancia porque no solo reconoce la autoridad deliberativa de los jueces, sino que se muestra favorable a una apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía. Sobre este punto, la idea de Sager es que, cuanto mayor es el grado en que se presentan los problemas del sistema de elección, la crisis de la representación y los vicios estructurales del sistema electoral, mayor es la fuerza de las razones que juegan a favor del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

En el marco de esta concepción del control de constitucionalidad como un foro deliberativo en el que los ciudadanos hacen valer su derecho a participar en condiciones de igualdad en la resolución de los desacuerdos que surgen dentro de la sociedad, el tipo de control de constitucionalidad que mejor se adecua a este marco es uno en el que exista una amplia legitimación ciudadana para elevar las pretensiones de inconstitucionalidad ante los tribunales. Como el mismo Sager afirma:

> Toda persona que sufra un daño del tipo pertinente tiene derecho a ser oído por los tribunales, a plantear sus pretensiones y argumentos en su defensa y, en el peor de los casos, a una explicación razonada de los motivos por los que sus pretensiones no han sido consideradas persuasivas por la mayoría de los jueces. Obviamente, los jueces pueden ser malos deliberantes, y la misma independencia que los hace imparciales también los hace relativamente inmunes al control electoral. Pero cuando alguien tiene una pretensión constitucional y apela a los tribunales, ese alguien puede ser cualquiera: puede representar a una minoría de uno, o pertenecer a un grupo que es ampliamente ridiculizado o discriminado. En la práctica buena parte de los progresos realizados en el derecho constitucional han sido provocados por las pretensiones de tales grupos[156].

---

155 SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

156 Ibíd., p. 205.

Probablemente, del texto citado previamente se infiere la inclinación de Sager por un sistema de acceso interesado y no por uno de acceso directo porque hace referencia al derecho de quienes han sufrido un daño. Sin perjuicio de ocuparse de esa objeción más adelante, lo que resulta innegable es que las tesis de Alexy, Pettit, Kumm, Sager y Spector representan un cambio de visión frente a posturas como las de Ely o Nino que se describieron al inicio de este capítulo. Como ya se enunció, estas últimas reconocían que el control de constitucionalidad podía ser un garante o vigilante de la deliberación parlamentaria (supervisión), pero negaban la posibilidad de que el control de constitucionalidad fuera un escenario deliberativo en sí mismo[157].

Adicionalmente, las tesis descritas en esta sección tienen un presupuesto diametralmente opuesto al de la objeción democrática con la que se inició este capítulo. La respuesta a esa objeción es que la desconexión de los jueces con el proceso electoral no es una negación de su carácter representativo y no implica una deficiencia de la posición institucional de los tribunales. Por el contrario, esas condiciones les generan otro tipo de vínculo con los ciudadanos (meritocrático) y les proporcionan un conjunto de garantías de imparcialidad que son necesarias para una deliberación de calidad[158]. Como lo describe José Luis Martí, este cambio de enfoque coincide con un fenómeno que se caracteriza por "abrir espacios de participación directa de los ciudadanos. Esto es, por poner en marcha mecanismos de participación en los procesos de toma de decisiones, complementarios de las estructuras representativas"[159].

Sin embargo, el propio Martí advierte que este movimiento no cuestiona la existencia o la centralidad del órgano de representación parlamentaria; solo reconoce la aparición de otros espacios de decisión y procura el aumento de

---

157 Para Conrado Hübner, una buena descripción del cambio de postura frente al carácter deliberativo del control de constitucionalidad también debe hacer referencia a las tesis de John Rawls y Ronald Dworkin. El primero aceptó la idea de que los tribunales eran unos buenos interlocutores porque utilizaban exclusivamente argumentos de razón pública. El segundo consideró que las cortes eran los 'foros de los principios' en los que no cabían las razones basadas exclusivamente en conveniencia o política. Aquí no nos ocupamos de esas dos tesis porque no adoptan la perspectiva de la representación que sí encuentra eco en los autores a los que se hizo mención previamente. Para un resumen de las posturas de Rawls y Dworkin, cfr. Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., pp. 86-91 y Bellamy. "The democratic qualities", cit., pp. 337-346.

158 Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., p. 92.

159 Martí, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 226.

la intervención ciudadana en esos nuevos escenarios. Una advertencia en el mismo sentido es formulada por Ferreres, quien considera que el argumento de Sager tiene el potencial de desplazar la participación electoral a favor de la participación deliberativa. Por esta razón, señala que es necesario aclarar que la participación deliberativa también tiene un coste democrático y buscar un equilibrio adecuado entre las dos formas de participación. En sus propias palabras:

> Los tribunales pueden ser mejores que las asambleas legislativas a la hora de valorar con cuidado los argumentos avanzados por un ciudadano, y de darles respuesta de manera articulada. Pero cuando se trata de decidir finalmente, una vez se ha clausurado el debate, los tribunales exhiben un déficit democrático en comparación con las asambleas legislativas [...]. Una cosa es destacar las virtudes democráticas del proceso judicial en términos de deliberación. Otra muy distinta es creer que esas virtudes tienen tanto peso como para neutralizar el coste que el control judicial significa desde un punto de vista electoral[160].

Además de ese matiz, ninguna de las tesis precedentes hace referencia específica a la influencia del diseño institucional del control de constitucionalidad, ni a su relación con el grado de deliberación o de representación argumentativa del *judicial review*. Por el contrario, algunos autores defienden la tesis del carácter deliberativo y representativo del control de constitucionalidad, siempre y cuando este sea diseñado de una manera específica. Por ejemplo, Richard Bellamy reconoce que los tribunales pueden ser unos foros deliberativos adecuados cuando esos tribunales no tienen la última palabra en el control de constitucionalidad de las leyes[161].

También se ha defendido que el modelo concreto y difuso de control de constitucionalidad tiene mayores ventajas deliberativas que un modelo de control de la constitucionalidad de carácter abstracto y concentrado. Se suele decir que el primero tiene a su favor el hecho de que los casos solo llegan al tribunal supremo cuando han transcurrido todas las instancias previas y se han escuchado las voces de las partes y de los jueces de inferior jerarquía. Adicionalmente, el control de constitucionalidad en el marco de un caso concreto ofrece un conjunto de elementos de juicio que contribuyen a enriquecer la

---

160 Ferreres Comella. "El control judicial", cit., p. 367.

161 Bellamy. "The democratic qualities", cit., p. 343 y "Political constitutionalism and the Human Rights Act". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n.º 1, pp. 86-111.

deliberación del tribunal. Sin embargo, esta posición favorable a los modelos concretos y difusos no solo es débil, sino que no es determinante para evaluar las potencialidades deliberativas de un tribunal. No obstante, el aspecto rescatable de este argumento es que indica algunos elementos del diseño institucional que deben ser considerados para evaluar las ventajas deliberativas del *judicial review*[162].

Tanto la defensa deliberativa del sistema difuso como la defensa deliberativa de los modelos débiles se diferencian de las tesis sobre el control de constitucionalidad como escenario de representación porque estas se despreocupan totalmente del diseño institucional. A lo sumo, el propio Kumm advierte sobre ese vacío y sobre la tarea pendiente de quienes defienden la tesis del control de constitucionalidad como institución representativa:

> Aquello que merece una gran reflexión es el diseño de los procedimientos y las instituciones que implementan la contestación socrática. Un compromiso con la institucionalización de un derecho a la justificación bajo el esquema de la proporcionalidad y basado en los derechos requiere que se detallen las características institucionales específicas que debe tener el poder judicial al que se asigna tal función[163].

Sin duda alguna, se trata de una omisión relevante porque la configuración del control de constitucionalidad puede ser un factor determinante para potenciar o disminuir las propiedades deliberativas de los tribunales, construir el vínculo meritocrático o implementar el principio de igualdad de participación. Por esta razón, a continuación se establecerá la conexión entre el diseño institucional del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y las tesis de la representación argumentativa, deliberativa o meritocrática.

2.5. Representación deliberativa, argumentativa o meritocrática y acción pública de constitucionalidad

Como se advirtió al inicio del capítulo, el objeto de esta investigación no es todo el diseño de la justicia constitucional sino un aspecto muy concreto relacionado

---

162 Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., pp. 142-145.

163 Kumm. "The idea of socratic", cit., p. 171.

con el grado de apertura de los tribunales constitucionales hacia la ciudadanía. Por esa razón, en el primer capítulo se relacionaron cuatro modelos de acceso a la justicia constitucional que van del mayor al menor grado de apertura. Ahora corresponde establecer si el modelo de acceso directo representa alguna ventaja especial en relación con las tesis que defienden la idea de que el control de constitucionalidad es un escenario de representación.

El argumento a favor del control de constitucionalidad como un tipo especial de representación argumentativa suscita las siguientes dos preguntas: ¿cómo evitar que las mismas élites económicas, sociales o políticas que afectaban la igual capacidad de influencia de los ciudadanos dentro del procedimiento parlamentario utilicen el escenario de representación argumentativa o deliberativa para salvaguardar sus propios intereses?, y, ¿qué diseño de la justicia constitucional resulta idóneo para conciliar las tesis de la representación argumentativa con el principio de igual dignidad política?

2.5.1. El riesgo de instrumentalización hegemónica del mecanismo de representación argumentativa o deliberativa

Detrás de las dos preguntas formuladas previamente se encuentran las críticas formuladas al control de constitucionalidad como un mecanismo institucional para la conservación del poder de las élites políticas, económicas y judiciales. En efecto, el eje central de estas objeciones es que la atribución de poderes contramayoritarios a los tribunales obedece a la intención de las élites de crear un escenario adicional para mantener su hegemonía dentro de la sociedad.

Por esa razón, se afirma que el nivel de poder de los tribunales constitucionales depende de tres factores: i) el grado de certeza de las élites sobre la forma como las decisiones judiciales expresarán sus preferencias o les beneficiarán, ii) el grado de influencia que pueden tener esas élites en el nombramiento de los jueces y iii) el grado de imparcialidad que puede mostrar el tribunal para fortalecer la confianza de toda la sociedad en las decisiones judiciales[164].

Bajo este argumento, si el control de constitucionalidad es un escenario de representación argumentativa, este se pondrá al servicio de los mismos grupos que dominan el espacio político y funcionará como un mecanismo para preservar

---

164 Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 43.

su hegemonía[165]. También puede ocurrir que el control de constitucionalidad se convierta en una respuesta de las élites a una actuación legislativa contraria a sus intereses[166]. En cualquiera de los dos casos, "el empoderamiento judicial mediante la constitucionalización y la correspondiente transferencia del poder de formulación de políticas desde las legislaturas y los ejecutivos hacia los tribunales puede resultar atractivo para las élites que ostentan mayor acceso e influencia sobre los tribunales"[167].

Estas críticas tienen un alcance limitado porque han sido inferidas con base en el estudio de algunas experiencias muy concretas (*e.g.*, Israel)[168] y no distinguen entre el tipo de personas que acceden a los tribunales y la actitud de los jueces constitucionales frente a las pretensiones de quienes acuden a la justicia constitucional. Sin embargo, es importante referirse a este riesgo de instrumentalización hegemónica del control de constitucionalidad como escenario de representación.

La tesis que se defenderá en esta sección es la siguiente: si el control de constitucionalidad es un escenario en el que se desarrolla un tipo especial de representación –como la que describen las tesis de Alexy, Pettit, Kumm y Sager–, la acción pública de constitucionalidad es el mecanismo idóneo para que sea el propio ciudadano quien active ese mecanismo de representación. De esta manera se evita la instrumentalización hegemónica de la revisión judicial de las leyes y se crea una vía para hacer compatible el sistema de representación argumentativa con el principio de igual dignidad política.

Al probar esta tesis no solo se resaltará el valor de la acción pública de constitucionalidad, sino que se refrendará la idea defendida por Owen Fiss, de acuerdo con la cual a pesar de que los tribunales "no son totalmente independientes de las mismas fuerzas que dominan la estructura social […] alcanzan mayores grados de independencia que la legislatura o los organismos administrativos"[169]. Bajo ese esquema, el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad contribuye notablemente a que la influencia

---

165 Ibíd., pp. 38-99.

166 Ibíd., p. 44.

167 Ibíd., pp. 170 y 171.

168 Estas críticas se basan en la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de Israel y fueron aplicadas también a los sistemas constitucionales de Canadá, Nueva Zelanda y Sudáfrica. Cfr. ibíd., pp. 38-99.

169 Fiss, Owen. "¿Por qué el Estado?". En Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría constitucional y derechos fundamentales.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, p. 405.

hegemónica sobre la Corte Constitucional ceda a favor de la influencia ciudadana sobre el tribunal.

2.5.2. EL ACCESO DIRECTO A LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA FRENTE AL RIESGO DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN HEGEMÓNICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El argumento central de esta sección es que el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad tiene ventajas comparativas en relación con los otros sistemas de acceso a los tribunales constitucionales. Adicionalmente, los factores que juegan a favor de la acción pública de constitucionalidad debilitan las objeciones sobre el carácter conservador, hegemónico y elitista del *judicial review*. Para respaldar esta conclusión es necesario hacer referencia a cada uno de los modelos de acceso al control de constitucionalidad. El análisis sobre los diseños institucionales se hará desde el menor hasta el mayor grado de apertura a la revisión judicial de las leyes.

En primer lugar, el sistema de acceso por medio de funcionarios tiene unas características que permiten concluir que este no conlleva ninguna ventaja comparativa en relación con la tesis de la representación argumentativa. El carácter restringido de este esquema deja fuera del espacio de representación argumentativa a los ciudadanos que también fueron excluidos del debate parlamentario.

Como se señaló previamente, la tesis de la representación argumentativa tiene por objeto demostrar que el control de constitucionalidad es un buen complemento de la democracia porque permite compensar las diferencias relativas a la capacidad de influencia dentro del procedimiento legislativo con la facultad de solicitar la revisión de las decisiones legislativas ante los tribunales constitucionales. Sin embargo, esa ventaja desaparece cuando el legitimado para acceder al control de constitucionalidad es el Gobierno, y apenas existe cuando se trata de las minorías parlamentarias.

Las voces de estos dos grupos de legitimados para acceder al tribunal constitucional ya fueron escuchadas porque el Gobierno, o bien propuso la ley o ya tuvo oportunidad de oponerse a la misma; mientras que las minorías parlamentarias han participado dentro del debate legislativo y se han opuesto –ineficazmente– a la aprobación de la ley. En cualquiera de las dos hipótesis, el punto es que se trata de sectores que ya fueron escuchados en el debate político.

Lo anterior significa que, en el modelo de acceso por medio de funcionarios, los ciudadanos que carecen de representación y cuyas voces no fueron escuchadas tampoco pueden acceder al control de constitucionalidad. Aquellos, a quienes su capacidad de influencia no les permite incidir efectivamente en las decisiones políticas, también están excluidos de la representación deliberativa. Bajo este sistema de acceso, la representación argumentativa se convierte en un debate entre las mismas élites que participaron en el proceso legislativo.

Así entonces, el modelo de acceso por medio de funcionarios no es idóneo para implementar la tesis de la representación argumentativa porque esta pretende corregir los errores del procedimiento político en lugar de favorecer su prolongación en otros escenarios.

En segundo lugar, el sistema de acceso colectivo u organizado favorece la capacidad de organización y de movilización de los ciudadanos porque reconoce legitimación activa a los grupos numerosos de personas o a quienes pertenecen a organizaciones (*i.e.*, sindicatos, gremios, asociaciones profesionales o partidos políticos). Aunque la capacidad de influencia de estos grupos sea débil en determinados contextos, no se puede omitir que la atribución de legitimación exclusiva a favor de estas asociaciones implica la exclusión de quienes no pertenecen a las organizaciones legitimadas y de quienes no tienen la capacidad de movilización para reunir el número de personas necesario para acceder al control de constitucionalidad.

Con este diseño institucional se crea un círculo vicioso en el que se castiga la menor capacidad de influencia de quienes no logran movilizar en torno a sus opiniones o intereses ni a la sociedad, ni a los grupos políticos. El mismo factor por el cual la decisión legislativa no tuvo en cuenta las opiniones individuales o no organizadas se convierte en una barrera para acceder al control de constitucionalidad.

Cuando los ciudadanos no reúnen el número necesario de personas para acceder a la justicia constitucional o no pertenecen a una de las organizaciones legitimadas, se ven privados de un remedio para compensar las diferencias en la capacidad de influencia que viciaron el proceso político. Paradójicamente, quienes más requieren de la representación deliberativa o argumentativa porque carecen de capacidad de influencia sobre el Congreso no pueden acceder al control de constitucionalidad precisamente por no poseer ese potencial de movilización.

En consecuencia, los modelos de acceso por medio de funcionarios y de acceso colectivo u organizado incorporan una visión elitista porque solo algunos funcionarios con alto rango dentro del diseño constitucional del Estado,

con una posición funcional destacada dentro del sistema político, ciertas asociaciones o grupos de personas son habilitados para detectar la incompatibilidad de una ley con la Constitución y formular contra aquella un ataque de constitucionalidad que merezca ser considerado por un tribunal. Nuestro análisis solo deja a salvo a los modelos de acceso interesado y de acceso directo al control de constitucionalidad.

En tercer lugar, el sistema de acceso interesado al control de constitucionalidad privilegia el acceso individual al mecanismo de representación argumentativa con el fin de solicitar la protección de un interés particular del cual el propio demandante es titular. En principio, este es el nivel mínimo de apertura al control de constitucionalidad que exigen las tesis de la representación argumentativa y, en concreto, la versión de Sager en la que se prohíja el acceso de los ciudadanos cuyos derechos pueden resultar amenazados o fueron efectivamente vulnerados por la medida legislativa.

El problema que se mantiene en este nivel de acceso es la tensión con el principio de igualdad política, porque el ámbito de aplicación de este principio no se limita a la participación en las decisiones que potencialmente puedan afectar a los ciudadanos. Por el contrario, los ciudadanos deben tener la misma posibilidad de participar en todas las decisiones, no solo en aquellas sobre las cuales tienen un interés directo o que pueden lesionar directamente sus derechos. La igualdad política también implica el derecho a participar en el conjunto de decisiones que gobiernan a la sociedad, con independencia del grado de afectación que esas decisiones tengan sobre cada uno de los individuos.

En ese contexto, el sistema de acceso interesado puede reflejar la idea de representación argumentativa pero no es plenamente compatible con la igualdad política, ni mucho menos con un control de constitucionalidad como foro para los argumentos de razón pública. Esta última, en términos de Rawls, es contraria a las razones privadas que se encuentran detrás de los intereses personales o de ciertos grupos y asociaciones. Incluso, el acceso interesado es un diseño institucional que propicia prácticas poco deseables dentro del control de constitucionalidad, como la presentación de demandas temerarias con el fin de obtener un beneficio personal, e invita a las élites a trasladar sus quejas ante los tribunales cuando el legislador ha afectado sus intereses.

Por último, el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad es el único diseño institucional que optimiza las tesis de la representación argumentativa con un coste muy bajo para el principio de igualdad política. Sistemas como el de la acción pública de constitucionalidad aparejan una concepción democrática del *judicial review* bajo la cual prevalece la confianza en la

capacidad individual y se fomenta la participación ciudadana en los espacios de decisión. Sin necesidad de llegar al extremo de permitir que cualquier ataque de constitucionalidad carente de fundamentos pueda poner en funcionamiento el mecanismo de control, el ciudadano es el encargado de activar el sistema de representación argumentativa o, en los términos de Kumm, de iniciar la conversación socrática.

En relación con el principio de igual participación democrática, que señala que todos los ciudadanos tienen un mismo derecho a que sus opiniones sean consideradas antes de tomar una decisión política, la acción pública de constitucionalidad se proyecta como una manifestación de ese principio en el ámbito del control de constitucionalidad porque confiere a todos los ciudadanos un igual derecho de agencia o de participación en el sistema de representación argumentativa. Esta puede ser una explicación plausible de que el constituyente colombiano de 1991 haya considerado que el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad es un derecho político cuyo ejercicio está reservado a los ciudadanos.

De esta manera, el control de constitucionalidad con acceso directo se convierte en un escenario para hacer realidad uno de los pilares de la concepción deliberativa republicana. Uno de los principales elementos de esa teoría, como señala Martí, es que los ciudadanos "deben tener idealmente garantizada la posibilidad de participar en la toma de decisiones que afectan a todos o, en su defecto, y como mínimo, la posibilidad de discrepar, discutir, y disputar las decisiones tomadas por sus representantes, obligándoles a cambiarlas si lo creen necesario"[170].

En ese marco, la mayor accesibilidad al control de constitucionalidad no es una invitación para que los ciudadanos sustituyan su interés por el proceso legislativo o abandonen su compromiso con el escrutinio de la actividad del Gobierno. Por el contrario, la acción pública de constitucionalidad funciona como una garantía de que los ciudadanos participarán, controlarán y escrutarán la compatibilidad de las decisiones legislativas con los valores públicos de la Constitución; con independencia de los factores que impiden la garantía efectiva de la igual capacidad de influencia en la adopción de esas decisiones.

En ese sentido, la acción pública de constitucionalidad articula perfectamente el objetivo de Alexy de conciliar las dos versiones de la democracia, la idea de Kumm de abrir un espacio para el diálogo socrático entre los ciudadanos

---

170 Martí. *La república deliberativa*, cit., p. 248.

y las autoridades, la visión de Pettit sobre la existencia de un conjunto de autoridades que son representantes en razón de sus méritos, y la posición de Sager y Spector a favor de la apertura de los tribunales a los individuos cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados.

Adicionalmente, en relación con los otros diseños institucionales, la acción pública tiene la ventaja comparativa de ofrecer un grado menor de tensión con el principio de igualdad política porque cada uno de los ciudadanos tiene efectivamente el mismo derecho a acceder a la representación deliberativa. Estos elementos ubican al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como un diseño deseable para abrir un espacio de representación argumentativa, deliberativa o meritocrática dentro de las democracias constitucionales.

Además de excluir la exigencia de acreditar un interés directo o la posible lesión de un derecho, el mayor grado de apertura del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad también favorece la actuación de los ciudadanos ante los tribunales para obtener la protección de intereses públicos o colectivos y de derechos ajenos. Esta es, desde luego, una ventaja institucional adicional de la acción pública de constitucionalidad y el objeto de la siguiente sección de este capítulo.

3. La acción pública de constitucionalidad como mecanismo de representación de intereses públicos y de terceros

En la sección anterior se señaló que la acción pública de constitucionalidad es un buen instrumento para que cada uno de los ciudadanos active individualmente el mecanismo de representación argumentativa. Según se dijo, el acceso directo de los ciudadanos a la revisión judicial de las leyes es un mecanismo que funciona tanto para lograr el punto de encuentro entre la democracia representativa y el control de constitucionalidad como para obtener el menor grado de tensión entre el *judicial review* y el principio de igualdad política. También se argumentó que esa manera de concebir el control de constitucionalidad superaba el problema relacionado con las diferencias entre la capacidad de impacto y de influencia de los ciudadanos porque, bajo este esquema, todos los individuos se encuentran en condiciones de igualdad para acceder a la representación deliberativa o para iniciar la conversación socrática.

3.1. LA DIFERENCIA ENTRE LA APERTURA FORMAL Y EL ACCESO EFECTIVO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Un argumento en contra del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad podría señalar que, incluso en un sistema que incorpore mecanismos como la acción pública de constitucionalidad, no todos los ciudadanos tienen acceso efectivo a la revisión judicial de las leyes, porque la apertura de los tribunales a la ciudadanía no es una condición suficiente que garantice las mismas posibilidades materiales de ingreso al control de constitucionalidad.

La distancia entre la apertura formal y el acceso efectivo al control de constitucionalidad tiene diferentes causas: las desigualdades económicas o educativas, los distintos grados de disposición para iniciar un proceso judicial, la existencia del sistema de filtros que se expuso en el capítulo anterior, entre otras razones. Esta objeción apunta a señalar que las disparidades en la capacidad de influencia que minan el procedimiento parlamentario también afectan al control de constitucionalidad y lo convierten en un diálogo entre las élites de la sociedad[171]. Esto puede suceder, se insiste, incluso cuando las puertas de los tribunales constitucionales se encuentran abiertas para todos los ciudadanos.

Frente a la tesis de Dworkin sobre los tribunales constitucionales como un foro de los principios, en el cual se adoptan decisiones con base en las disposiciones constitucionales, esta crítica afirmaría que los tribunales constitucionales son los foros de los principios, pero solo de aquellos principios que las élites políticas han querido que los jueces interpreten a su favor[172]. Esta es una crítica muy importante y merece la atención de cualquier trabajo que defienda el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

Una réplica plausible a favor de la ampliación del *standing* para impugnar la constitucionalidad de las leyes consiste en afirmar que no solo propicia que los individuos acudan al juez constitucional con el fin de obtener la representación argumentativa de sus propios intereses o derechos, sino que este

---

171 "[T]ambién he dado a conocer mi inquietud en relación con el hecho de que los tribunales supremos y constitucionales no satisfacen la igual libertad política y además pueden presentar en la práctica disfunciones cuando son sensibles a las demandas del Estado que integran o cuando son susceptibles a las influencias de elites o grupos de interés particulares". SPECTOR. "Un sistema democrático", cit., p. 288.

172 HIRSCHL. *Towards Juristocracy*, cit., p. 172.

modelo permite que los ciudadanos o los grupos de ciudadanos actúen como litigantes a favor de los derechos de otras personas. En estos casos, el ciudadano que acude ante los tribunales generalmente carece de un interés directo en el litigio y actúa en defensa de un interés público o de los derechos de terceros.

En concreto, esta es una respuesta a la objeción que se respalda en la supuesta prolongación de las diferencias de influencia del proceso político en el proceso de control de constitucionalidad porque, como se argumentará a continuación, la función de la acción pública de constitucionalidad tiene el potencial de abrir espacios para que los ciudadanos actúen a favor de la protección de los derechos e intereses de quienes han sido marginados o excluidos del procedimiento político.

3.2. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DE INTERESES DE TERCEROS[173]

El punto de partida de la objeción que se describió al inicio de este argumento es que las desigualdades que afectan al proceso político se pueden prolongar en el control de constitucionalidad. Según este razonamiento, si los intereses privados, corporativos o económicos tienen una capacidad de influencia superior que les permite incidir efectivamente en el órgano legislativo, la apertura del control de constitucionalidad creará una oportunidad de acceso a los tribunales constitucionales para esos mismos intereses. Será una vía privilegiada, señala la objeción, debido a que también podrán ejercer su capacidad de influencia ante la Corte Constitucional. Aún más, si por alguna razón el proceso político logra disipar los factores que generan las disparidades en la capacidad de influencia de los ciudadanos o actúa al margen de los intereses prevalentes, la acción pública de constitucionalidad crea una segunda oportunidad para que las facciones hegemónicas hagan valer su mayor potencial de influencia dentro del escenario judicial.

La reacción de esta investigación frente a esa objeción no consiste en negar que las disparidades en la capacidad de influencia pueden repercutir en el control de constitucionalidad. No hay razón para pensar que los favorecidos

---

173 Una referencia a los puntos de conexión entre la acción pública de constitucionalidad y la protección de intereses de terceros en CAIELLI, MIA. "El derecho de participación política a través del acceso directo a la justicia constitucional: algunas consideraciones comparativas a partir de la acción pública de constitucionalidad colombiana". En ROA ROA. *La acción pública*, cit., pp. 118-123.

por la política legislativa dejarán de defenderla ante los tribunales constitucionales o que los perjudicados dejarán de atacarla ante la Corte Constitucional. El punto central, entonces, es analizar si el modelo de acción pública tiene una ventaja comparativa en relación con la posición de quienes, en virtud de su menor capacidad de influencia, han sido excluidos o desdeñados en el proceso de decisión política.

En ese sentido, el modelo de la acción pública de constitucionalidad implica una reducción general de las barreras para acceder a la justicia constitucional e, inevitablemente, eso facilita que determinados intereses hegemónicos accedan a la revisión judicial de las leyes. Sin embargo, de esa premisa no se infiere que en los modelos más restringidos de acceso al *judicial review* esos intereses queden marginados. En consecuencia, no hay una ventaja para ninguno de los diseños del acceso al control de constitucionalidad.

No obstante, si el análisis se hace desde el punto de vista de los intereses no hegemónicos, el modelo de acceso directo demuestra una ventaja significativa porque permite que se canalicen los intereses de los excluidos del proceso político. En otros diseños, estos últimos encuentran totalmente cerradas las puertas de la justicia constitucional. La ganancia que se obtiene de permitir que los excluidos del proceso político u otras personas, en su nombre, puedan participar en condiciones de igualdad en el control de constitucionalidad compensa el riesgo de que los mismos intereses que predominaron en la política legislativa influyan nuevamente en el juicio de contraste constitucional.

Adicionalmente, del argumento anterior se puede inferir la siguiente regla: cuanto más se cierran las puertas del control de constitucionalidad para los excluidos del sistema político, mayor es el grado en que las desigualdades en la capacidad de influencia ante el órgano legislativo les perjudican. En efecto, el establecimiento de un modelo restringido de legitimación activa ante los tribunales constitucionales (*i.e.*, acceso por medio de funcionarios) deja efectivamente fuera a los ciudadanos, pero no disminuye notablemente las posibilidades de acceso de quienes tienen mayor capacidad de influencia. En otras palabras, si los intereses hegemónicos tenían capacidad de influencia para incidir en el proceso político, resulta esperable que la tengan para incidir en los mismos actores políticos que tienen legitimación ante la Corte Constitucional para que estos intenten hacer valer esos intereses dentro del proceso de control de constitucionalidad.

La misma conclusión se obtiene al analizar el modelo de acceso interesado. Este esquema aumenta el grado de apertura a la justicia constitucional pero impide prácticas en las que un ciudadano o un grupo de ciudadanos accede a

la justicia por aquellos que, una vez excluidos del proceso político –y quizás por las mismas razones–, tampoco pueden acceder al mecanismo de *judicial review* para atacar la constitucionalidad de una ley que lesiona sus derechos o intereses.

Aun así, el acceso interesado resulta más favorable que los modelos de acceso organizado, colectivo y por medio de funcionarios. En estos, nuevamente se castiga a los excluidos que carecen de incidencia en las organizaciones a las que se confiere legitimación activa (*i.e.*, sindicatos, partidos políticos, colegios profesionales), a quienes tienen baja capacidad de movilización o no atraen la atención de las minorías parlamentarias, el Gobierno o el *ombudsman*.

En el modelo de acción pública, los privilegiados por su capacidad de influencia tienen menos barreras para acceder al control de constitucionalidad y no se ven forzados a recurrir a los actores políticos, a las asociaciones o a la movilización con el fin de canalizar sus intereses ante los tribunales. No obstante, su capacidad de influencia prevalente pierde valor comparativo, porque quienes carecen de capacidad de influencia privilegiada también pueden acceder al tribunal en las mismas condiciones y, en caso de que no puedan hacerlo directamente, otros ciudadanos pueden acceder por ellos mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad.

A diferencia de los tres modelos anteriores, y en especial del acceso interesado, el esquema de máxima apertura al control de constitucionalidad se basa en la comprensión de que abrir la puerta de los tribunales a la ciudadanía no es una garantía de acceso efectivo y, por tal razón, se permite que la acción pública de constitucionalidad sea presentada por cualquier ciudadano, con independencia de que este acredite un interés determinado en la (in)constitucionalidad de la ley o de que ataque la constitucionalidad de las leyes actuando como un litigante público a favor de otros ciudadanos o de toda la comunidad.

De acuerdo con lo anterior, la acción pública de constitucionalidad implica una ampliación de la legitimación activa ante la Corte Constitucional y rompe con una de las barreras más difíciles de superar por quienes han sido excluidos o por quienes pueden representarlos ante los tribunales[174].

Si bien es cierto que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad no garantiza que la agenda de los tribunales será ocupada

---

174 Cfr. Gloppen, Siri. "Public interest litigation, social rights and social policy". En Dani, Anis y Haan, Arjan de. *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*. The World Bank, Washington, 2009, pp. 349-350.

completamente por los excluidos del proceso político, sí es el diseño institucional que más posibilidades les ofrece porque implica, de un lado, la menor existencia de barreras y, de otro lado, la posibilidad de que los demás miembros de la sociedad accedan al control de constitucionalidad para solicitar la inconstitucionalidad de una ley que vulnera el interés público o los derechos de terceros. La práctica constitucional concreta de la acción pública de constitucionalidad en Colombia indica que:

> Los actores sociales que usan con frecuencia el derecho constitucional son los que tienen menor poder en los procesos de toma de decisiones que los afectan. Este es el caso, por ejemplo, de los pueblos indígenas en relación con la protección de sus derechos colectivos fundamentales, de los vendedores ambulantes que necesitan proteger su derecho a trabajar, o de las personas en condiciones extremas de pobreza que no tienen acceso a los beneficios de la seguridad social[175].

En consecuencia, la acción pública de constitucionalidad se pone al servicio de los grupos minoritarios o numéricamente mayoritarios pero carentes de poder efectivo dentro de la sociedad. De esta manera, la acción pública refleja la concepción de que el control de constitucionalidad no solo pretende la protección de los derechos de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, sino que es un medio para la protección de los derechos de la mayoría cuando esos derechos son vulnerados por las políticas legislativas[176]. Por esa razón, no es casual que la difusión de mecanismos de acceso directo a los tribunales constitucionales coincida con la idea central del constitucionalismo moderno que consiste en la protección de los derechos y libertades fundamentales[177].

Del mismo modo, se fortalece la conexión entre el control abstracto de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales. La acción pública de constitucionalidad ha sido un enlace importante entre las dos funciones de la Corte Constitucional porque "fue ideada inicialmente para impulsar la revisión abstracta de la legislación, pero se está utilizando cada vez más para

---

175 Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Legis, Bogotá, 2007, p. 245.

176 Sobre el control de constitucionalidad como protección de mayorías de la sociedad frente a las decisiones políticas que lesionan sus derechos, cfr. Spector. "Un sistema democrático", cit., pp. 276-277.

177 Engin, Yildirim y Gülener, Serdar. "Individual application to the Turkish Constitutional Court as a case of constitutional transfer". *Global Constitutionalism*, vol. 5, n.º 2, 2016, pp. 269-294.

poner en tela de juicio la constitucionalidad de ciertas disposiciones legales con base en sus efectos sobre el disfrute de los derechos fundamentales"[178].

El control de constitucionalidad no puede atender las necesidades de aquellos cuyos intereses no fueron atendidos en el proceso legislativo cuando el diseño institucional del control de constitucionalidad también se cierra a esas voces. Por esa razón, es imperativo establecer "cauces procesales mediante los cuales las respectivas organizaciones sociales puedan acudir a la justicia constitucional para cuestionar las leyes que afecten sus derechos. Aquí pueden jugar un papel significativo las acciones populares para instar el control de constitucionalidad de las leyes, que son tradicionales en Venezuela, Colombia y otros países latinoamericanos"[179].

Sobre este punto de conexión entre la acción pública de constitucionalidad y la protección de intereses ajenos se volverá en el capítulo quinto, cuando se analice el potencial deliberativo del control de constitucionalidad en Colombia. A continuación se destacará la manera en que los argumentos formulados hasta ahora sobre la representación deliberativa y la apertura de la acción pública de constitucionalidad se refieren a un aspecto en común: la transformación del rol del ciudadano en relación con la defensa de la Constitución y la construcción de una ciudadanía constitucionalmente militante.

4. La acción pública de constitucionalidad y la ciudadanía (constitucionalmente) militante

Hasta ahora se ha defendido la idea de que el acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad es funcional a la existencia de otras formas de representación y a que los ciudadanos excluidos del proceso político puedan ser escuchados ante los tribunales. En la sección anterior también se mantuvo que la máxima apertura al control de constitucionalidad habilita a los ciudadanos para que accedan a la justicia constitucional para la protección de los derechos de terceros o de intereses públicos.

Frente a esa visión se podría replicar que se trata de una defensa de un modelo democrático de tipo corporativo o de grupos de interés. Esta es la

---

178 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 219.

179 Casal, Jesús María. *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo.* Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2005, p. 137.

posición que sostiene Roberto Gargarella frente a la idea de abrir la puerta de los tribunales constitucionales a la ciudadanía:

> En ocasiones, es cierto, estas propuestas procuran mejorar la posibilidad de que "el común de la gente" (o grupos especialmente desaventajados) lleguen hasta el máximo tribunal. Esta alternativa puede parecer efectivamente deseable, especialmente en sociedades tan desigualitarias como las nuestras. Sin embargo, también parece cierto que este tipo de iniciativas no hacen más que reafirmar los peores rasgos que distinguen a nuestro sistema. Por un lado, se está aceptando una visión "corporativista" de la democracia, una visión que comporta un "choque" entre los distintos grupos de interés. En este punto, no gana quien tiene el mejor argumento, sino quien tiene un mejor equipo de abogados y es respaldado por grupos de presión[180].

Para contestar a esta crítica, en esta sección se demostrará que detrás de los dos argumentos planteados previamente sobre la posición de los ciudadanos como actores principales de la representación argumentativa y como pilares de la protección de intereses públicos se encuentra la pregunta sobre el rol de los ciudadanos en las decisiones políticas.

Hasta este punto se ha defendido que la acción pública de constitucionalidad permite que los ciudadanos activen un mecanismo que funciona como escenario de representación deliberativa, protección de derechos de terceros y de intereses públicos. Sin embargo, también es posible construir una conexión entre el modelo de acceso al control de constitucionalidad y el papel de los ciudadanos en la defensa de la Constitución y de la democracia.

De acuerdo con lo anterior, la tesis central es que las reglas de legitimación activa del control de constitucionalidad reflejan la concepción constitucional del rol esperado de los ciudadanos en relación con la defensa de la Constitución. Aunque este no es el único parámetro que influye en la caracterización de la ciudadanía, la mayor o menor apertura de los tribunales constitucionales es un indicador relevante de la posición que la Constitución les asigna a los ciudadanos frente al poder público y frente a la propia Constitución[181].

La conexión de los dos argumentos previos con el de esta sección es patente porque los tres se refieren a una misma concepción de la defensa de los

---

180 Gargarella. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 134.

181 Sobre otras características de la ciudadanía, su historia y clasificación, cfr. Bellamy, Richard. *Citizenship. A Very Short Introduction*. Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-77.

valores públicos de la Constitución. En contra de lo que afirma Gargarella, en el modelo de la acción pública de constitucionalidad se supera el elitismo (acceso por medio de funcionarios), el corporativismo (acceso colectivo y organizado) y el individualismo (acceso interesado) mediante la apertura de los tribunales a la ciudadanía.

Pocos estudios se han centrado en la relación entre la legitimación activa del control de constitucionalidad y la concepción de la democracia. No obstante esa omisión, resulta indudable que cada modelo de acceso al control de constitucionalidad responde a diferentes propósitos, principios éticos y concepciones de la democracia. Como lo ha señalado David Feldman:

> Cuando la ética predominante es individualista, el control de constitucionalidad se limitará a permitir que los individuos reclamen y protejan sus propios intereses (en lugar de los del público) en las relaciones con el Estado. Por otro lado, en una tradición republicana cívica, en la que se espera que los ciudadanos alcancen su propia autorrealización participando en la toma de decisiones políticas y exhibiendo las virtudes cívicas aristotélicas, hay buenas razones para adoptar reglas flexibles de legitimación activa para los litigios constitucionales y de interés público, y para desarrollar teorías constitucionales que permitan a los ciudadanos actuar para asegurar el interés público, como el respeto del Estado de derecho y la contención del abuso gubernamental del poder[182].

De esta tesis se infiere que, inevitablemente, cada configuración del sistema de revisión judicial de las leyes apareja una especial visión de la democracia. En ese marco, el diseño institucional del control de constitucionalidad con acceso directo se compromete con una concepción de la democracia. De acuerdo con esta concepción, los ciudadanos, además de ser iguales en dignidad política, están legitimados para poner en marcha el mecanismo de control judicial de la ley y de las reformas constitucionales abusivas.

En atención a ese argumento, en las dos secciones finales de este capítulo se demostrará que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad es un mecanismo idóneo para empoderar a los ciudadanos para la defensa de la Constitución frente al legislador y para la defensa de la democracia frente al constitucionalismo abusivo.

---

182 Fedlman, David. "Public interest litigation and constitutional theory in comparative perspective". *The Modern Law Review,* vol. 55, n.º 1, 1992, p. 70.

4.1. EL CIUDADANO COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE AL LEGISLADOR

La atribución de legitimación activa a todos los ciudadanos para someter al control de constitucionalidad las leyes y las reformas constitucionales trasciende al propio sistema de justicia constitucional e implica una transformación del concepto mismo de ciudadano y de la posición de este en relación con la Constitución y con el sistema democrático. En este sentido, el modelo colombiano de control de constitucionalidad incorpora una concepción participativa que no se encuentra en los modelos europeo y norteamericano de *judicial review*. Aunque el actual sistema colombiano de control de constitucionalidad no se aparta totalmente de las bases históricas y filosóficas de los sistemas clásicos de justicia constitucional, aquel se diferencia de estos en que fue concebido esencialmente como una instancia de participación ciudadana.

En efecto, en América Latina, las bases elitistas conservadoras explican la existencia de los modelos de acceso por medio de funcionarios o de acceso colectivo u organizado[183]. Al mismo tiempo, las bases populistas explican la reticencia a establecer mecanismos efectivos de control de constitucionalidad dentro de algunos países de la región[184]. Por el contrario, el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad dista mucho de cualquier conexión con el elitismo conservador o con el populismo. Como señala Francisco Fernández Segado:

> La acción popular colombo-venezolana de inconstitucionalidad (y la denominamos así porque, por la misma época, será acogida constitucionalmente en Venezuela) se nos presenta, por todo lo expuesto, como una de las aportaciones más originales y atractivas de la justicia constitucional latinoamericana. Colombia es, como corrobora Grant, la primera jurisdicción latinoamericana que permitió acciones populares contra leyes, directamente ante la Corte Suprema, lo que a su vez, como

183 "La vertiente conservadora elitista, según voy a definirla, no solo entendió que era innecesario 'consultar a todos los potencialmente afectados' –para garantizar que la decisión en juego fuera una decisión imparcial– sino que sostuvo que solo la reflexión de algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados podía garantizar las buenas decisiones buscadas". GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 67.

184 "Diré que una posición es populista cuando considera que las decisiones imparciales o más correctas se definen, directamente, a partir de la opinión de las mayorías. La expresión mayoritaria, en este caso, constituye una condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad". Ibíd., p. 104.

> ya se ha dicho, se separaba frontalmente del modelo norteamericano y de algunos otros modelos latinoamericanos –como el mexicano– caracterizados por conceder a la Corte Suprema tan solo un aspecto limitado de jurisdicción original[185].

En Colombia, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos y en Europa, los fundamentos teóricos y políticos del acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional demuestran que este diseño institucional no surgió sobre la base de que la ciudadanía carecía de la capacidad para participar en las decisiones políticas. Del mismo modo, la atribución de competencias de control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia (siglos XIX y XX) o la creación de la Corte Constitucional en 1991 no obedecen a esquemas de elitismo epistemológico porque el ciudadano siempre ha mantenido su posición como el eje central de la revisión judicial de las leyes. Eso quiere decir que, a pesar de que los jueces son quienes deciden sobre la constitucionalidad de las leyes, no existe elitismo epistemológico por cuanto son los propios ciudadanos quienes aportan los fundamentos constitucionales que enmarcan y definen el debate sobre la compatibilidad de las leyes con los valores públicos de la Constitución.

Por esa razón, el control de constitucionalidad con acceso directo no puede ser criticado con base en el presupuesto elitista conservador porque la incorporación de la acción pública de constitucionalidad es adversa a la idea de ciudadanos incapaces y carentes de las virtudes necesarias para juzgar la corrección constitucional de una decisión legislativa. El control de constitucionalidad que incorpora una puerta de acceso para la ciudadanía se aparta de los sistemas judiciales de control de la ley que tienen una tendencia al elitismo mediante la legitimación activa de los altos cargos del Gobierno, las minorías del Congreso o el propio presidente.

Este aspecto tiene un potencial transformador en la discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Colombia. En concreto, la objeción democrática al control de constitucionalidad debe considerar los cambios específicos que ocurren en aquellos sistemas en los cuales el ciudadano es el primer eslabón de la jurisprudencia constitucional.

El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad puede criticarse desde muchos frentes, sin embargo, no puede ser considerado como una simple modificación formal o una propuesta de maquillaje para el

---

185 Fernández Segado. "Del control político", cit., p. 171.

control de constitucionalidad. Tampoco se pueden negar las transformaciones que operan en la ciudadanía cuando esta puede participar directamente en el control de validez de las leyes. Como indica Aileen Kavanagh:

> … el control de constitucionalidad implica una distribución del poder político dentro de la sociedad, de modo tal que aquellos que de otra manera podrían ser efectivamente privados de sus derechos dentro del sistema político pueden presionar a favor de sus reivindicaciones en la vida pública de su país. Esto proporciona un canal de participación adicional que puede beneficiar a aquellos que podrían tener dificultades para que sus voces sean escuchadas a través de los canales de la política ordinaria. Por lo tanto, en lugar de quitarles poder a los ciudadanos ordinarios sobre materias con una alta importancia moral y política, como Waldron sugiere, el control de constitucionalidad puede ser una vía para empoderar a los ciudadanos para que reivindiquen, promuevan y, en última instancia, exijan sus derechos en el foro público[186].

En ese sentido, como se señaló previamente, la acción pública de constitucionalidad da voz a los excluidos económicamente, a quienes tienen bajos niveles de organización política y a los discriminados[187]. Aún más, la acción pública empodera al ciudadano como defensor de la Constitución, le compromete con esa defensa y acerca el texto constitucional a la ciudadanía. En este modelo se produce una especie de vigilancia cívica de la Constitución que es ejercida por una ciudadanía constitucionalmente militante.

4.2. La acción pública de constitucionalidad y la movilización de la ciudadanía militante

En el caso colombiano resulta insoslayable que la acción pública de constitucionalidad ha tenido un efecto directo sobre la relación entre la Constitución y los ciudadanos. Las cifras expuestas en el capítulo anterior demuestran el aumento de las acciones de constitucionalidad que los ciudadanos presentan ante la Corte Constitucional y el valor central de este instrumento como parte del ejercicio de control al legislador. Como afirma Helena Alviar, en Colombia

---

186 Kavanagh, Aileen. "Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron". *Law and Philosophy*, vol. 22, n.º 5, pp. 483 y 484.

187 Sobre este efecto del control de constitucionalidad, cfr. ibíd., p. 485.

la "ciudadanía ha venido apropiándose del ejercicio del derecho político que supone la acción pública de inconstitucionalidad"[188].

Aun así, la protección de la Constitución por parte de la ciudadanía constitucionalmente militante no implica necesariamente una visión de confrontación con el poder legislativo. La acción pública de constitucionalidad no solo es un instrumento para controlar al Congreso, sino que puede servir como una herramienta de colaboración de los ciudadanos en la depuración de las políticas públicas incompatibles con la Constitución. Esto significa que el establecimiento de un mecanismo amplio de acceso a la justicia constitucional no parte de la idea de que el legislador siempre intentará desconocer los valores públicos de la Constitución. Por el contrario, la acción pública incorpora el reconocimiento de que la satisfacción de las promesas constitucionales es una cuestión altamente controvertida y confiere a los ciudadanos la posibilidad de participar, ante la Corte Constitucional, para manifestar su opinión sobre la mejor manera de resolver esos desacuerdos.

Incluso un legislador seriamente comprometido con el desarrollo y respeto efectivo de los valores públicos de la Constitución puede tener problemas para identificar los vicios de inconstitucionalidad de las leyes que aprueba. Por esta razón, el control de constitucionalidad de la actividad legislativa, a petición de los ciudadanos, es una tarea colaborativa en la cual los destinatarios de las normas se dirigen al juez constitucional para que invalide una ley cuya incompatibilidad con la Constitución no fue advertida durante el trámite legislativo.

Hasta los autores más críticos del control de constitucionalidad aceptan que esta es una visión razonable para defender un sistema débil de justicia constitucional que contribuya a remediar los puntos ciegos del proceso político[189]. Por ejemplo, Jeremy Waldron afirma:

> Un argumento, que yo respeto, para algún tipo de poder de control de constitucionalidad es el siguiente: no siempre es fácil para los legisladores ver qué conflictos

---

188 Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., p. 481.

189 Como se verá en el capítulo sexto, Jeremy Waldron acepta esta idea, pero no como una justificación de un sistema fuerte sino de un sistema débil de control de constitucionalidad. Es decir, acepta que el legislador tiene problemas epistémicos (puntos ciegos, como los denomina Rosalind Dixon) para valorar todas las aristas que pueden comprometer su legislación en relación con una potencial violación de la Constitución. Sin embargo, para Waldron este es un argumento a favor de un sistema de revisión de constitucionalidad débil en el que los jueces señalan la inconstitucionalidad de una ley y el problema se supera mediante la discusión y acción parlamentaria.

> de derechos están incluidos detrás de una propuesta legislativa objeto de discusión; no siempre es fácil para ellos anticipar qué problemas relacionados con los derechos podrían surgir de la aplicación posterior de esa ley. Por lo tanto, es útil tener un mecanismo que les permita a los ciudadanos poner estas cuestiones bajo la atención pública cada vez que estas surjan[190].

Esta forma de entender la existencia de la acción pública de constitucionalidad conlleva una profundización de experiencias propias de un buen ejercicio de la democracia. Como señala Gargarella, esto implica "que se consulte más habitualmente a la población, puede exigir la apertura de nuevos foros para la confrontación de ideas y puede necesitar a ciudadanos más activamente involucrados en las cuestiones de interés público"[191].

En definitiva, la acción pública contribuye a la construcción de una ciudadanía militante, apropiada y comprometida con los valores públicos que la Constitución expresa y con la defensa del modelo constitucional de Estado. Según Martí, ese modelo de ciudadanía contribuye al fortalecimiento de la democracia porque:

> … si la democracia deliberativa participativa es condición necesaria del ejercicio y respeto de la libertad republicana, para que dicha democracia funcione, para que haya alguien que ocupe los foros de participación es necesario contar con una ciudadanía activa y con un fuerte sentimiento de virtud cívica, y un compromiso con la idea de bien común, una sociedad civil activa y dinámica que participe en una esfera pública permeable y abierta a todos[192].

Ahora bien, los riesgos dentro del sistema democrático no se centran exclusivamente en la posibilidad de que el legislador desconozca los valores públicos de la Constitución y vulnere los derechos de los ciudadanos. También existe el riesgo de que se reforme la propia Constitución con el fin de limitar o acabar con el sistema democrático. De manera que no es suficiente con que la ciudadanía proteja a la Constitución del legislador, sino que es necesario que proteja a la democracia del denominado constitucionalismo abusivo. En relación con este segundo objetivo, el modelo colombiano de control de constitucionalidad

---

190 WALDRON, JEREMY. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, n.º 115, 2005, p. 1370.

191 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 229.

192 MARTÍ. *La república deliberativa*, cit., p. 250.

ofrece un argumento a favor de la apertura de la justicia constitucional a la ciudadanía.

5. EL CIUDADANO COMO DEFENSOR DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Con el fin de señalar la conexión entre la acción pública de constitucionalidad, la ciudadanía constitucionalmente militante y la protección de la democracia, en primer lugar, será necesario referirse al concepto, características y manifestaciones del constitucionalismo abusivo. En segundo lugar, se analizarán las respuestas que se han sugerido para contrarrestar ese fenómeno y, finalmente, se sostendrá que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad puede mejorar la efectividad de los mecanismos de contención de esa amenaza para la democracia.

5.1. EL CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: RESPUESTAS DÉBILES E INSATISFACTORIAS

David Landau ha sido uno de los investigadores que con mayor profusión ha estudiado el fenómeno del constitucionalismo abusivo. Para este autor, el constitucionalismo abusivo "implica el uso de mecanismos de cambio constitucional –reforma constitucional y sustitución constitucional– para debilitar la democracia"[193]. En concreto, el fenómeno se presenta cuando los titulares del poder (personas o partidos políticos) acuden a estos mecanismos de cambio constitucional para asegurar su permanencia (ilimitada) en el poder y reducir el control político y judicial al que deberían estar sometidos en un régimen plenamente democrático.

El constitucionalismo abusivo se denomina *constitucionalismo* porque, en relación con las dictaduras y los totalitarismos, es una forma más sutil de concentración del poder que no desconoce totalmente el régimen constitucional, la estructura básica del Estado y la garantía formal de las libertades fundamentales. Se denomina *abusivo* porque materialmente destruye los cimientos y resta eficacia a la democracia, al pluralismo político y a los derechos fundamentales. Por esa doble condición, Mark Tushnet ha señalado que el constitucionalismo

193 LANDAU, DAVID. "Abusive constitutionalism". *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 191.

abusivo es una manifestación de la 'paradoja de la tolerancia liberal' porque implica la utilización de mecanismos del constitucionalismo liberal para eliminar las propias bases del liberalismo[194].

Existe una tendencia a confundir el constitucionalismo abusivo con el constitucionalismo autoritario. De manera general, se puede afirmar que el primero se caracteriza por la existencia de una Constitución que satisface los estándares clásicos del Estado de derecho y de la democracia constitucional pero que se encuentra sometida a las pretensiones y proyectos antidemocráticos del poder ejecutivo. Por el contrario, el segundo se caracteriza por tener una Constitución que no satisface los elementos básicos del Estado de derecho y de la democracia constitucional.

Además, bajo el constitucionalismo autoritario, el texto constitucional y los tribunales constitucionales existen solamente como instrumentos de objetivos esenciales para el régimen: el control social de la oposición política, la resolución de diferencias o conflictos internos de la burocracia del Estado, ofrecer garantías de seguridad jurídica para la inversión extranjera, conferir apariencia de legalidad al régimen y aplicar las políticas autoritarias[195].

Tushnet y Landau coinciden en que el constitucionalismo abusivo no tiene el potencial de convertir al régimen constitucional en una dictadura o en un totalitarismo. No obstante, reconocen que sí tiene la capacidad de crear las condiciones de hegemonía de un movimiento o partido, obstruir los canales del cambio político y reducir la garantía de los derechos[196]. En un contexto más amplio, el uso de reformas constitucionales abusivas se complementa con la clausura de los espacios para los sectores de oposición, el monopolio de la información, el aumento del fraude electoral, la cooptación de los parlamentos, tribunales, órganos de control o de veeduría y la vulneración de los derechos de las minorías[197].

Los tribunales constitucionales sufren los efectos directos de la existencia de fenómenos de constitucionalismo abusivo. En concreto, la existencia y

---

194 Tushnet, Mark. "Varieties of constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 1, 2016, pp. 2 y 3.

195 Tushnet, Mark. "Authoritarian constitutionalism". En Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto. *Constitutions in Authoritarian Regimes.* Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 36-49.

196 Landau. "Abusive constitutionalism", cit., p. 195.

197 Ibíd., pp. 199-200.

consolidación del constitucionalismo abusivo está relacionada con la capacidad del poder ejecutivo para disminuir las competencias del tribunal constitucional, reducir la fuerza vinculante de las decisiones constitucionales, incluir dentro del tribunal a miembros afectos al programa político del gobernante o anular la independencia del tribunal mediante la cooptación de sus miembros o la amenaza de sanciones, la destitución de estos o el cierre definitivo del tribunal como reacción a decisiones judiciales contrarias al proyecto de Gobierno[198].

En el constitucionalismo global se pueden encontrar experiencias recientes de constitucionalismo abusivo, *inter alia*, en Bolivia, Colombia, Ecuador, Hungría, Turquía, Rusia y Venezuela[199]. En todos estos países se ha reformado la Constitución para garantizar la permanencia de líderes populares en la presidencia y se han utilizado los mecanismos de cambio constitucional para reducir los derechos de la oposición, limitar la independencia de los jueces y aumentar la concentración del poder.

5.1.1. La instrumentalización de la rigidez constitucional

El fenómeno de instrumentalización abusiva de los mecanismos de reforma constitucional ha proliferado y se presenta en otros Estados con independencia de que estos tengan constituciones rígidas o flexibles. En este aspecto, la distinción formulada por Ferreres entre rigidez formal y rigidez efectiva de la Constitución permite entender la existencia de experiencias de constitucionalismo abusivo al margen del grado de rigidez formal de las constituciones.

De acuerdo con Ferreres, se debe distinguir entre la rigidez formal y la rigidez efectiva de una Constitución. La primera está determinada por tres factores: i) el número de instituciones que intervienen en el proceso de reforma constitucional, ii) las mayorías necesarias para reformar la Constitución y iii) el grado de intervención directa del pueblo en el proceso de reforma. Cuanto mayor es el número de instituciones, la exigencia de mayorías agravadas

198 Dixon, Rosalind y Landau, David. "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, p. 607.

199 Landau. "Abusive constitutionalism", cit., p. 191. Sobre Hungría, Turquía y Rusia, cfr. Dixon y Landau. "Transnational constitutionalism", cit., p. 607.

y el grado de intervención del pueblo, mayor es el grado de rigidez constitucional formal[200].

Sin embargo, como señala el autor, "todos éstos son requisitos jurídico-formales, que hay que situar en un contexto político, histórico y social más amplio. El grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto"[201]. Por esa razón, la noción de rigidez formal es insuficiente e incompleta, haciéndose por tanto necesario verificar el grado de rigidez efectiva de la Constitución. Este último depende de factores como la historia, las tradiciones del país, la cultura y el régimen de partidos políticos. Del análisis de los requisitos formales y materiales resulta el grado de rigidez efectiva de la Constitución[202].

Esa doble perspectiva explica la existencia tanto de constituciones formalmente rígidas pero efectivamente flexibles, como de constituciones formalmente flexibles pero efectivamente rígidas. Aunque en el plano teórico los requisitos formales deberían ajustar el nivel de rigidez de la Constitución, el contexto en el que una determinada Constitución opera puede prevalecer y romper la relación entre su rigidez formal y su rigidez efectiva[203].

La distancia entre la rigidez formal y la rigidez efectiva de la Constitución es funcional al constitucionalismo abusivo y explica su aparición tanto en Estados con constituciones flexibles como en Estados con constituciones rígidas. En los primeros, la ausencia de barreras formales para la reforma constitucional o la debilidad de las mismas permite la instrumentalización abusiva de los mecanismos de cambio constitucional. En los segundos, la rigidez constitucional formal no impide prácticas constitucionalmente abusivas porque, como se dijo con anterioridad, el constitucionalismo abusivo se presenta en contextos políticos en los que existen condiciones que facilitan el cumplimiento de los requisitos para la reforma de la Constitución. En otras palabras, el alto nivel de rigidez formal de la Constitución se reduce notablemente en

---

200 Ferreres Comella, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional". *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, pp. 30 y 31.

201 Ibíd., p. 32.

202 Ibíd., pp. 32 y 33.

203 La tesis sobre la influencia de factores informales en el grado de rigidez efectiva de la Constitución fue retomada posteriormente en Ginsburg, Tom y Melton, James. "Does the constitutional amendment rule matter at All? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty". *International Journal of Constitutional Law,* vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 686-713.

función de otras características del sistema político, como la falta de independencia del legislador, el excesivo poder del presidente o la corrupción. De esta manera, la rigidez efectiva de la Constitución es mucho menor en razón de la facilidad con la cual los titulares del poder ejecutivo logran alinear a las legislaturas y a la ciudadanía para que aprueben o refrenden las reformas constitucionales abusivas[204].

La distinción entre la rigidez formal y la rigidez efectiva de la Constitución permite afirmar que la rigidez de la Constitución también puede ser una manifestación del constitucionalismo abusivo. En efecto, ya se ha establecido que la rigidez constitucional formal no impide que existan reformas constitucionales abusivas porque el contexto político hace que la rigidez efectiva de la Constitución sea menor. Sin embargo, el constitucionalismo abusivo también utiliza la rigidez de la Constitución para cerrar los canales del cambio político y constitucional. En este último sentido, cuando existe un partido o grupo político hegemónico, este constitucionaliza sus políticas y posteriormente aumenta la rigidez constitucional para que estas queden blindadas frente a futuras disidencias o coalisiones entre las minorías. Por el contrario, cuando el grupo o partido en el poder no es mayoritario, este apuesta por reducir la rigidez de la Constitución con el propósito de reformarla sin verse obligado a negociar con la oposición.

5.1.2. La ineficacia de la democracia militante y las cláusulas democráticas frente a la sutileza del constitucionalismo abusivo

Ante la ineficacia de la rigidez constitucional para contener al constitucionalismo abusivo existen dos tipos de respuesta que tienen origen en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado. En primer lugar, la respuesta del derecho internacional se basa en la existencia de cláusulas democráticas en los tratados de derechos humanos[205]. Las cláusulas democráticas habilitan

---

204 Landau. "Abusive constitutionalism", cit., p. 192.

205 Landau hace referencia, entre otras, a las cláusulas incluidas en el artículo 9 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el artículo 19 de la Carta Democrática Interamericana y en el artículo 30 del Acta Constitutiva de la Unión Africana. Una visión más amplia sobre los límites internacionales al poder de reforma constitucional en Roznai, Yaniv. "The theory and practice of 'supra-constitutional' limits on constitutional amendments". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 557-597.

a las organizaciones internacionales para sancionar a los Estados cuando, en el interior de los mismos, se elimina el sistema democrático, se promueve una toma del poder por la fuerza o se producen interrupciones graves del sistema democrático. Las sanciones pueden ser económicas o políticas. La medida más frecuente es la suspensión del Estado como miembro de la organización de integración regional[206].

En segundo lugar, la respuesta del derecho constitucional comparado se basa en la doctrina de la democracia militante. Este concepto fue introducido por Karl Loewenstein a principios del siglo XX. De acuerdo con este autor, la llegada al poder en Alemania del Partido Nacional Socialista demostró la necesidad de dotar al sistema democrático de un conjunto de instrumentos de autoprotección frente a partidos, movimientos o actores políticos cuyo objetivo era acabar con la democracia[207].

La noción de democracia militante surgió en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial como un "concepto rico y con muchos elementos, enfocados en el rechazo de las prácticas antidemocráticas que usan las libertades y las herramientas de la democracia con el fin de destruir el orden democrático"[208]. Según Tushnet, la democracia militante es una respuesta que implica la utilización de medidas no liberales para defender el liberalismo o, como el propio Loewenstein afirmaba, de combatir la intolerancia con medidas intolerantes[209]. Entre otros aspectos, esta idea se manifiesta en la competencia de los tribunales constitucionales para expulsar u ordenar la disolución de partidos políticos

---

206 LANDAU. "Abusive constitutionalism", cit., p. 249.

207 Karl Loewenstein formuló sus ideas sobre la democracia militante en dos artículos que escribió durante su exilio en Estados Unidos: LOEWENSTEIN, KARL. "Militant democracy and fundamental rights, I". *American Political Science Review*, vol. 31, n.º 3, 1937, pp. 417-432 y "Militant democracy and fundamental rights, II". *American Political Science Review*, vol. 31, n.º 4, 1937, pp. 638-658.

208 LANDAU. "Abusive constitutionalism", cit., p. 218. Sin embargo, la doctrina de la democracia militante tiene aplicaciones contemporáneas relacionadas con la protección de la democracia frente a partidos políticos antidemocráticos, el terrorismo y el extremismo religioso. Cfr., sobre el tema, TYULKINA, SVETLANA. *Militant Democracy. Undemocratic Political Parties and Beyond*. Routledge, London, 2015, pp. 65-202 y KIRSHNER, ALEXANDER. *A Theory of Militant Democracy. The Ethics of Combatting Political Extremism*. Yale University Press, New Haven, 2014, pp. 1-168.

209 TUSHNET. "Varieties of constitutionalism", cit., pp. 2 y 3.

cuyo objetivo es la abolición del sistema democrático[210]. Ese tipo de facultades existe en los ordenamientos de Alemania, India, Israel y Turquía[211].

Para Landau, ninguna de las dos respuestas anteriores es satisfactoria frente a la sutilidad y ambigüedad que sirve de camuflaje al constitucionalismo abusivo. En primer lugar, las cláusulas democráticas están pensadas para casos de evidente ruptura democrática –como los golpes de Estado– pero no comprenden formas más sofisticadas de limitar la democracia[212].

En segundo lugar, la democracia militante responde de manera adecuada a ataques provenientes de movimientos o partidos políticos explícitamente antidemocráticos pero no ofrece una defensa efectiva frente a grupos que instrumentalizan las herramientas del sistema democrático para acabar con la democracia; en especial cuando esos movimientos se encuentran respaldados por una amplia mayoría de la población[213].

En relación con la respuesta del derecho internacional, Landau sugiere ampliar el alcance de las cláusulas democráticas para que se puedan aplicar a los Estados los mecanismos de sanción o suspensión de las organizaciones internacionales sin necesidad de que aquellos se encuentren en casos tan extremos como los golpes de Estado. También propone establecer instituciones que evalúen periódicamente el cumplimiento de las cláusulas democráticas por parte de cada uno de los Estados, o la creación de una Corte Constitucional Internacional que revise la transparencia de las elecciones, el carácter

---

210 Algunos autores consideran que, además del carácter antidemocrático de las prácticas y objetivos de un partido político, también se debe tener en cuenta su sistema de organización interna. De acuerdo con esta tesis, se podrían prohibir o disolver partidos políticos cuyas estructuras internas tuvieran un alto déficit democrático. Se sugiere consultar, sobre este tema, MERSEL, YIGAL. "The dissolution of political parties: the problem of internal democracy". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 1, 2006, pp. 84-113.

211 Desde una perspectiva comparada, la aplicación de fórmulas de democracia militante en Alemania, Austria, Australia, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, Japón, Reino Unido y Turquía ha sido analizada en THIEL, MARKUS (ed.). *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*. Ashgate, London, 2009, pp. 15-337.

212 "*My point here is that however effective these clauses might be at deterring or punishing coups, they are much harder to invoke against the kinds of abusive constitutional actions surveyed in Part I. The main reason is because these clauses generally require 'unconstitutional' action, and often further that the action 'interrupt[s]' or 'overthrows' a democratic government or order. It is often possible to gain a consensus that these conditions have been met with respect to a classic military coup. But it is far more difficult with respect to an incumbent government taking abusive constitutional action to weaken the democratic order*". LANDAU. "Abusive constitutionalism", cit., p. 250.

213 Ibíd., pp. 218-224.

democrático de las constituciones nacionales y contenga las prácticas de constitucionalismo abusivo[214].

5.1.3. RIGIDEZ ESCALONADA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

A nivel interno, se ha planteado aumentar la rigidez formal de las constituciones y que los tribunales constitucionales puedan declarar inconstitucionales las reformas abusivas a la Constitución. La idea central es implementar cláusulas de rigidez escalonada de la Constitución combinadas con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de algunas reformas constitucionales. En virtud de las primeras, se establecen umbrales escalonados que agravan el procedimiento y requisitos de reforma de la Constitución en función de la importancia de los aspectos a modificar. En concreto, se establecen supermayorías o se extiende el tiempo necesario para la reforma de ciertas partes de la Constitución[215].

Sin embargo, la existencia de cláusulas de rigidez escalonada no es un impedimento efectivo frente al constitucionalismo abusivo. Por esa razón, la primera propuesta se complementa con el poder judicial de declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales. Esta última es un mecanismo para blindar al sistema democrático de los ataques que se formulan en su contra mediante modificaciones a la Constitución que pretenden cerrar los canales del cambio político. Como sucede en Colombia, India o Sudáfrica, se atribuye a los tribunales supremos o constitucionales la competencia para declarar la inconstitucionalidad de reformas a la Constitución que eliminen aspectos esenciales o de la estructura básica del sistema democrático[216].

Landau reconoce que la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales es esencialmente contramayoritaria[217]. Por esa razón,

---

214 Ibíd., pp. 255-258.

215 Ibíd., pp. 224-230.

216 Ibíd., pp. 231-239. Esta tesis también se encuentra en ALBERT, RICHARD. "Amending constitutional amendment rules". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, p. 658.

217 Un análisis del carácter contramayoritario de esta doctrina se puede consultar en BERNAL PULIDO, CARLOS. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., pp. 346-350 y RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. "The unconstitutionality of constitutional amendments in Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy". En BUSTAMANTE y GONÇALVES FERNANDES. *Democratizing Constitutional Law*, cit., pp. 213-228.

afirma que se debe evitar su uso generalizado y solo debe ser aplicada frente a reformas antidemocráticas o abusivas[218]. Este uso limitado de esa doctrina se justifica bajo las mismas premisas con las cuales John Hart Ely defendía la existencia del control de constitucionalidad: la necesidad de mantener abiertos o desbloqueados los canales del cambio político y verificar el cumplimiento de las precondiciones esenciales del sistema democrático[219].

Bajo ese presupuesto, Landau considera que el caso colombiano es un ejemplo positivo de aplicación de la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales para contener un caso paradigmático de constitucionalismo abusivo[220]. En concreto, se refiere a la intervención de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010 para impedir que se realizara un referendo que tenía por objeto reformar la Constitución. La modificación propuesta consistía en permitir la segunda reelección del presidente.

En esa oportunidad, la Corte se pronunció mediante la Sentencia C-141 de 2010 en la que declaró la inconstitucionalidad de la convocatoria a un referendo constitucional[221]. Además de encontrar muy graves vicios procesales en el trámite de la reforma, la Corte aplicó el juicio o test de sustitución y concluyó que la reforma constitucional que iba a ser sometida a la votación del pueblo implicaba una sustitución de algunos elementos esenciales de la Constitución, como el principio democrático, el principio de igualdad, la alternancia en los cargos públicos y la separación de poderes[222].

En síntesis, Landau sostiene que la aplicación de la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por parte de la Corte Constitucional

---

218 Otro problema de la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales frente al constitucionalismo abusivo es que esa doctrina supone que las reformas constitucionales pueden ser abusivas pero olvida que una nueva Constitución también puede ser una manifestación del constitucionalismo abusivo.

219 LANDAU. "Abusive constitutionalism", cit., pp. 236 y 237.

220 "*Colombia remains the major positive example, where a court decision is credited with helping to save democracy in the country*". Ibíd., p. 238.

221 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010, fundamento jurídico 6.

222 El surgimiento y evolución del juicio de sustitución en la jurisprudencia constitucional de Colombia se puede consultar en BERNAL PULIDO. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., pp. 341-346. Y también en ROBLEDO SILVA, PAULA y ROA ROA, JORGE ERNESTO. "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, 2011, pp. 645-651.

de Colombia contuvo una evidente manifestación del constitucionalismo abusivo. La sentencia C-141 de 2010 es considerada como un ejemplo paradigmático de reacción frente a la instrumentalización de los mecanismos de cambio constitucional que debilitan la democracia.

5.2. La acción pública de constitucionalidad como instrumento contra el constitucionalismo abusivo

En este punto, es necesario advertir que existe una omisión importante en la propuesta de Landau. El autor no señala si la intervención de los tribunales constitucionales para controlar el carácter abusivo de una reforma constitucional se debe producir de manera automática o a petición de parte. Desde luego, la intervención de un tribunal constitucional en los casos de cambio constitucional no puede ser automática. Entre otras razones porque el tribunal no puede determinar si una reforma constitucional es abusiva hasta tanto no haga un análisis de fondo de la misma. Solo queda la posibilidad de establecer un control automático de las reformas constitucionales para que la Corte Constitucional determine, en cada caso, si estas son abusivas o no.

Frente a esa omisión, el acceso directo al control de constitucionalidad mediante la acción pública es una opción institucional que deja en manos de los ciudadanos la determinación de si una reforma constitucional debe ser sometida a control de constitucionalidad para que la Corte establezca si se trata de un cambio constitucional abusivo. Esta es, precisamente, la manera como opera el modelo colombiano de justicia constitucional. De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, el control de las reformas constitucionales requiere del ejercicio ciudadano de la acción pública de constitucionalidad dentro del término de caducidad de un año.

Adicionalmente, cuando el ciudadano pretende que la Corte Constitucional aplique la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales (juicio de sustitución), el sistema de filtros –que se comentó en el capítulo anterior– se cualifica porque el ciudadano no solo debe presentar argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes, sino que asume la carga de argumentar en torno a los elementos del test de sustitución. Esto significa que el ciudadano debe demostrar que la reforma constitucional sustituye un principio o pilar esencial de la Constitución.

Cuando el ciudadano no demanda la reforma constitucional dentro del año siguiente a su promulgación o la demanda no supera el sistema de filtros cualificado, la reforma constitucional abusiva no puede ser controlada por la

Corte Constitucional. De esta manera, la aplicación de la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales requiere la intervención de la ciudadanía constitucionalmente militante.

En relación con el constitucionalismo abusivo, se puede concluir que en Colombia ya se ha implementado la propuesta formulada por Landau porque ese régimen constitucional cuenta con un mecanismo de rigidez selectiva mediante el juicio de sustitución. Sin embargo, ese instrumento no sería efectivo sin la existencia de una ciudadanía militante que se encargara de someter a control de constitucionalidad las reformas constitucionales abusivas y sin la existencia de un tribunal constitucional independiente del poder ejecutivo. No resulta exagerado afirmar que el sistema propuesto por Landau funciona con mayor efectividad si existe la posibilidad de que los ciudadanos sean los primeros eslabones del ataque de constitucionalidad contra una reforma constitucional abusiva.

De acuerdo con lo anterior, la independencia judicial, el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales son tres elementos de la reacción judicial frente al constitucionalismo abusivo que deben ser concurrentes para que esta sea efectiva. Si falla alguno de estos elementos, la intervención judicial no asegura la contención efectiva de las reformas constitucionales abusivas. La necesidad de concurrencia de los tres elementos explica que otros sistemas constitucionales que cuentan con acceso directo de las personas al control de constitucionalidad (*i.e.*, Venezuela) no sean eficaces para evitar la existencia de fenómenos consolidados de constitucionalismo abusivo y autoritario[223].

Bajo esas premisas, el argumento de esta investigación es que la respuesta del constitucionalismo democrático frente al constitucionalismo abusivo debe incluir mecanismos efectivos de contención y, en concreto, la posibilidad de que los ciudadanos accedan directamente al control de constitucionalidad. Esta es una conclusión que ratifica los resultados obtenidos por otros autores en sus análisis de derecho constitucional comparado. De acuerdo con esos estudios, abrir las puertas de los tribunales a los ciudadanos tiene la virtud de ampliar el conjunto de potenciales vigilantes del poder público y aumenta la probabilidad de que se pueda obligar a los titulares del poder a mantenerse

---

223 Para un análisis de la incapacidad de la justicia constitucional de Venezuela para contener las reformas constitucionales abusivas, cfr. Benítez, Vicente y González, Germán. "El rol de las cortes y la protección de la democracia: una aproximación desde regímenes transicionales". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 53-56.

dentro del marco constitucional[224]. Del mismo modo, ampliar la legitimación activa para acceder a los tribunales constitucionales puede ser una respuesta potente frente a los riesgos que implica el constitucionalismo abusivo.

Frente al reparo contramayoritario y antidemocrático que se formula a la doctrina de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales es posible contestar mediante una limitación del uso de esa doctrina a los casos de constitucionalismo abusivo. En estos supuestos, la intervención judicial no se hace para debilitar la democracia sino para protegerla de un cambio constitucional abusivo que tiene por objeto limitar o destruir el propio sistema democrático. Adicionalmente, la intervención judicial tiene origen en el ejercicio ciudadano de la acción pública de constitucionalidad. De todo lo anterior se puede concluir que una respuesta idónea frente al constitucionalismo abusivo se encuentra en la vigilancia cívica de la Constitución que se propone en esta investigación.

Por supuesto, el objetivo de este libro no se reduce a mostrar que el diseño institucional de algunos países y, en concreto, el mecanismo de acción pública de constitucionalidad de Colombia favorece el acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad; esta conclusión resultaría simplemente una expectativa razonable de tal diseño institucional. Por el contrario, el objetivo de esta investigación es demostrar que el sistema de acceso directo al control de constitucionalidad comporta ventajas institucionales adicionales que transforman el papel que deben desempeñar los ciudadanos en la defensa de la Constitución y de la democracia. Adicionalmente, la apertura de los tribunales constitucionales a la ciudadanía puede aparejar ventajas para el propio desarrollo del proceso de control judicial de la ley, para el rol de la judicatura constitucional en la democracia y para el proceso democrático mismo. Este es el objeto central del siguiente capítulo, que se centra en la conexión entre el diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia y la dificultad contramayoritaria del control de constitucionalidad.

---

224 "*Open access decentralizes the monitoring function widely and makes it more likely that politicians will be challenged in court should they fail to abide by constitutional limitations*". GINSBURG. *Judicial Review*, cit., p. 37.

CAPÍTULO QUINTO

El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia y la legitimidad democrática del control de constitucionalidad

El objetivo central de este capítulo es formular cuatro argumentos dirigidos a destacar la contribución del diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad al sistema democrático. En concreto, la primera tesis será que la existencia de un modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad aumenta el potencial deliberativo del modelo colombiano de justicia constitucional. El segundo argumento presentará una visión de equilibrio entre el alto nivel de participación del Gobierno en el procedimiento legislativo –mediante la iniciativa legislativa– y la posibilidad ciudadana de solicitar la inconstitucionalidad de las leyes; también se destacará el rol del ciudadano como eje central de la agenda del tribunal constitucional.

El tercer argumento se concentrará en la función de la justicia constitucional en escenarios de presidencialismo exacerbado y la particular trascendencia de la acción pública de constitucionalidad en esos contextos. Finalmente, el cuarto argumento se basará en una serie de conclusiones sobre la posición de los ciudadanos frente a la judicatura en diseños que incluyen el acceso directo a los tribunales constitucionales.

I. EL PROCESO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN ESCENARIO DE DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD

En el capítulo anterior se profesó una confianza en el mecanismo de acción pública como un instrumento para garantizar el acceso igualitario a la representación deliberativa, al ágora de la conversación socrática, y como una herramienta para la defensa de la Constitución, de la democracia y de los derechos constitucionales. Esa confianza tiene como eje central la idea de que el control de constitucionalidad ostenta una doble condición: se trata de un escenario deliberativo en sí mismo y de una institución que contribuye a potenciar la deliberación en otros foros de discusión y de decisión.

En efecto, desde una concepción deliberativa, no es suficiente con que el control de constitucionalidad garantice las premisas básicas de la democracia, proteja a las minorías, se instituya como un escenario de representación o permita la participación de unos ciudadanos interesados en defender los derechos de otros o los intereses colectivos. El control de constitucionalidad dentro de una democracia deliberativa también debe erigirse en un escenario de deliberación amplia y de calidad y, al mismo tiempo, debe contribuir a potenciar la deliberación en otros escenarios.

En el contexto de una democracia deliberativa, la concepción del control de constitucionalidad como un foro de calidad y como un generador de discusión

pública tiene relación directa con la legitimidad democrática del sistema de revisión judicial de las leyes. El *judicial review* disminuye su tensión con el principio democrático si prueba ser un eje articulador del debate público. Además, la legitimidad democrática del control de constitucionalidad aumenta si este demuestra un amplio potencial para privilegiar la fuerza de los argumentos sobre aspectos como las condiciones personales de quienes acceden al foro judicial, el respaldo económico que tienen algunas de las pretensiones que ingresan al tribunal o los intereses hegemónicos que procuran mantener su condición privilegiada dentro de la sociedad[1].

Además de la importancia de las virtudes deliberativas del control de constitucionalidad en relación con su legitimidad democrática, estas resultan esenciales porque el mayor grado de deliberación puede fortalecer la denominada "eficacia epistémica de la jurisdicción constitucional"[2]. Esto significa que el potencial deliberativo de un diseño institucional del *judicial review* repercute sobre la calidad de los resultados que se producen dentro de ese procedimiento de decisión. Indirectamente, el grado de deliberación dentro del tribunal constitucional también contribuye a su legitimidad social y a la aceptación de sus decisiones.

Sin embargo, la tesis según la cual el potencial deliberativo de un modelo de control de constitucionalidad tiene relación directa con su legitimidad democrática es cuestionada. En primer lugar porque, como se señaló en el capítulo anterior, existen reparos frente a la idea de que los tribunales sean considerados como espacios idóneos para la deliberación pública.

Por otra parte, algunos autores sostienen que la decisión sobre la creación de un tribunal constitucional, el grado de poder que se le asigna dentro del sistema democrático y el número de competencias que se transfieren a los tribunales constitucionales depende, entre otros aspectos, de una intención evidente de las élites sociales y políticas dirigida a reducir los costos de transacción que conlleva la definición de algunos desacuerdos dentro de la sociedad.

En concreto, esta última crítica sostiene que los titulares del poder político solo apoyan el establecimiento o mantenimiento de sistemas de control de

---

1 "El estatus democrático de la jurisdicción constitucional depende en buena medida de las virtudes deliberativas del foro judicial. Idealmente, las partes ante un tribunal están en condiciones de igualdad; la fuerza de sus pretensiones es la fuerza de la razón (la fuerza de su conexión con un esquema de principios articulados), y no de la riqueza, la popularidad o el estatus social". SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 212.

2 Ibíd., p. 212.

constitucionalidad cuando tienen claro que esa institución les beneficiará en razón de que, por ejemplo, podrán eludir debates públicos sobre cuestiones moralmente discutibles. De acuerdo con ese argumento, el control de constitucionalidad no se establece para aumentar la deliberación, sino para reducirla mediante la atribución de la competencia para adoptar la decisión final (*the last word*) sobre aspectos altamente controvertidos a una institución que se desenvuelve en un espacio alejado del escrutinio público con el consecuente traslado de la esfera de decisión a un procedimiento que no tiene costos para los titulares del poder político[3].

Según se afirma, lo anterior ha sucedido y sucede cuando los legisladores saben que una determinada política ha dejado de tener aceptación generalizada pero se abstienen de modificarla porque ello les puede ocasionar problemas con su propio partido político, con los electores del circuito electoral al que pertenecen o con las empresas que financian sus campañas. En esos casos, a los líderes políticos les interesa que el tribunal constitucional pueda invalidar la política que ya no goza de aceptación o popularidad general porque los costos de modificarla serán imputados al tribunal y no a los órganos legislativos. De esta manera, la administración y el poder legislativo siempre podrán responsabilizar a los tribunales por el cambio de política y procederán a adoptar una nueva regulación que será presentada ante la opinión pública como el resultado que estas dos ramas del poder se han visto forzadas a lograr frente a los problemas y lagunas jurídicas creadas con la decisión judicial.

Desde este punto de vista, se afirma que la historia del control de constitucionalidad está llena de ejemplos de instrumentalización de los tribunales por parte del poder político. Se sugiere que el fin de la segregación racial en Estados Unidos, la invalidación de leyes con contenido homófobo en diferentes países y la progresiva despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia han permitido que los órganos legislativos se abstengan de debatir sobre estos temas, de resolver mediante una política general y de responder ante el electorado por mantener o derogar políticas discriminatorias.

De acuerdo con la crítica, los anteriores ejemplos prueban que la instrumentalización de la justicia constitucional reduce la deliberación pública porque crea una vía para que el legislador eluda los debates más importantes dentro de la sociedad. Además, traslada el poder de decisión a una institución con un amplio déficit deliberativo cuyas credenciales democráticas son evidentemente

---

3 Hirschl. *Towards Juristocracy*, cit., p. 39.

débiles. En esos supuestos, se afirma, los jueces deberían ejercer sus virtudes pasivas para evitar ser instrumentalizados y, en concreto, deberían utilizar el poder de controlar su propia agenda o el tiempo para decidir un caso concreto.

Como se verá en el siguiente capítulo, Jeremy Waldron señala que, en los países que no tienen control de constitucionalidad o cuyo sistema de control de constitucionalidad es débil, los parlamentos se ven obligados a asumir la tarea de discutir y resolver los desacuerdos sobre las cuestiones moralmente más controvertidas dentro de la sociedad. En su criterio, este es un esquema mucho más democrático que el de los países con control de constitucionalidad fuerte. En estos, los tribunales ponen punto final a las discusiones morales y eximen o privan a los miembros del Parlamento de su responsabilidad como representantes de los intereses ciudadanos[4].

Frente a ese tipo de objeciones, en este capítulo se comprobará que el diseño de la justicia constitucional y, en concreto, la vía de acceso directo a los tribunales tiene un efecto favorable porque evita que el control de constitucionalidad sea instrumentalizado como un mecanismo para reducir los costos de transacción. Al mismo tiempo, la existencia de una acción pública de constitucionalidad y de un proceso de decisión participativo impide que el control de constitucionalidad sea manipulado con el fin de eludir el debate público sobre cuestiones moralmente controvertidas. Además, la revisión judicial de las leyes tiene dos ventajas deliberativas. Por una parte, constituye un espacio de deliberación de calidad complementario a otros escenarios y, en segundo lugar, potencia la deliberación pública fuera del ámbito institucional.

En la primera parte de esta sección, se argumentará en torno a la idea de que los tribunales constitucionales deben ser considerados como escenarios idóneos para la deliberación. En la segunda parte, se analizará el grado concreto de potencial deliberativo del sistema de control de constitucionalidad establecido en Colombia. Finalmente, se utilizará la distinción entre deliberación interna y deliberación externa y se probará que la existencia de un mecanismo de acceso directo a la revisión judicial de las leyes es un factor relevante para aumentar la capacidad de la justicia constitucional para constituirse en un escenario de deliberación y potenciar la deliberación pública en otros espacios de decisión.

---

4 Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. José Luis Martí y Águeda Quiroga (trads.), Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 346.

I.I. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO ESCENARIOS DELIBERATIVOS

El punto de partida del argumento de esta sección es la tesis según la cual los tribunales constitucionales son escenarios deliberativos. Desde luego, no se trata de una conclusión propia, sino que así lo han sostenido John Rawls en Estados Unidos y John Ferejohn y Pasquale Pasquino en Europa.

En efecto, John Rawls sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos era un foro para la razón pública cuando realizaba el control de constitucionalidad. Rawls ofrecía tres razones para respaldar su tesis: i) la Corte Suprema es el único órgano que decide exclusivamente con base en argumentos de razón pública; ii) la Corte desarrolla una función pedagógica al interpretar el contenido de los valores públicos compartidos y explicarlos a los ciudadanos en esos mismos términos, y iii) la Corte provoca la participación ciudadana con base en argumentos de razón pública y garantiza la prevalencia de esta sobre los argumentos de razón privada[5].

Por su parte, Ferejohn y Pasquino hacen un análisis retrospectivo de las expectativas deliberativas generadas por algunos tribunales constitucionales en contextos de transición a la democracia[6]. Mediante el uso de una división clásica de la evolución del control de constitucionalidad en Europa, Ferejohn y Pasquino señalan que han existido tres olas de expansión del modelo kelseniano de justicia constitucional. Estas se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial, la transición a la democracia en aquellos Estados en los cuales

---

5 El desarrollo de estas tesis se puede consultar en RAWLS, JOHN. *Political Liberalism*. Expanded edition, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 231-240. Un análisis de las tesis de Rawls sobre el carácter deliberativo de la Corte Suprema de Estados Unidos se puede encontrar en ZURN, CHRISTOPHER. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 168-172.

6 Es importante distinguir los estudios de estos dos autores de otros análisis sobre el rol de los tribunales constitucionales durante regímenes no democráticos. Este último fenómeno, que se ha denominado como *constitucionalismo autoritario*, implica la instrumentalización de la justicia constitucional por parte de gobiernos no democráticos con el fin de aumentar su legitimidad aparente, realizar control social, limitar a la oposición política, brindar garantías a la inversión extranjera y distraer la discusión pública. Sobre esa forma de constitucionalismo se puede consultar GINSBURG y SIMPSER. *Constitutions in Authoritarian Regimes*, cit., pp. 1-17 y TUSHNET, MARK. "Authoritarian Constitutionalism". *Cornell Law Review*, vol. 100, n.º 2, 2015, pp. 391-461.

existía un régimen dictatorial y la aparición de los nuevos Estados poscomunistas, respectivamente[7].

En cada uno de estos periodos, el control de constitucionalidad surgió como una respuesta frente a la desconfianza social en los parlamentos debido a que estos habían sido conniventes, en cada caso, con el fascismo, la dictadura o el partido único. Del mismo modo, el rechazo del sistema norteamericano establecido en el siglo XIX y la preferencia por el modelo kelseniano de revisión judicial de las leyes se explica por el alto nivel de desconfianza social respecto de los jueces formados en regímenes no democráticos. La conjunción de estos factores condujo a que los nuevos sistemas jurídicos incluyeran tribunales constitucionales fuera de la estructura clásica de tridivisión del poder[8].

En un contexto en el que la sociedad desconfiaba tanto de sus parlamentos como de sus tribunales ordinarios, la creación de nuevas instituciones –denominadas tribunales constitucionales– causó altos niveles de expectativa sobre estos últimos. En concreto, la ciudadanía que había vivido bajo la guerra, la dictadura o el comunismo esperaba un efecto de doble vía. Por una parte, que en los tribunales constitucionales ocurrieran verdaderas deliberaciones sobre las políticas públicas aprobadas por los parlamentos y, por otra, que esto condujera a un aumento progresivo de la deliberación dentro de los órganos legislativos.

Hasta entonces, los órganos legislativos estaban poco acostumbrados a ofrecer razones en respaldo de sus decisiones. De esta manera, la aparición de los tribunales constitucionales le ofrecía a la sociedad la oportunidad de contar con instituciones que hicieran algo que, durante el nazismo, las dictaduras o el comunismo no sucedía: sustentar las decisiones legislativas en un conjunto de razones públicas producto, al mismo tiempo, de un proceso de debate robusto entre los integrantes de cada tribunal. Con el tiempo, ese efecto deliberativo dentro de los tribunales debía trasladarse a los parlamentos[9].

---

7 La primera fase de expansión se produjo en Alemania, Austria e Italia; la segunda, en España, Grecia y Portugal; la tercera, en la mayor parte de los Estados que surgieron a partir de la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, incluida la misma Rusia. Sobre las fases de expansión del modelo europeo de control de constitucionalidad, cfr. FERRERES COMELLA. *Una defensa del modelo*, cit., pp. 25-29.

8 FEREJOHN, JOHN y PASQUINO, PASQUALE. "Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice". En SADURSKI, WOJCIECH. *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a Comparative Perspective*. Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 21-22.

9 FEREJOHN y PASQUINO. "Constitutional courts", cit., pp. 22-25.

De acuerdo con Ferejohn y Pasquino, la anterior explicación del surgimiento de los tribunales constitucionales, durante cada una de las fases de expansión del modelo kelseniano, incorporó una paradoja. Esta consistió básicamente en que los órganos de representación popular demostraban tener fuertes obstáculos para la deliberación pública, mientras que las mayores expectativas de deliberación se concentraban en instituciones tradicionalmente consideradas como menos cercanas a la opinión pública y a la ciudadanía[10].

Esa paradoja también fue vista como una irregularidad del sistema democrático que debía ser superada con el tiempo. Desde el punto de vista teórico, se esperaba que el relevo generacional condujera a que los órganos legislativos fueran ocupados progresivamente por personas por completo desconectadas del antiguo régimen y los tribunales ordinarios fueran integrados por juristas formados en sistemas plenamente democráticos. De ese modo, las expectativas deliberativas de la sociedad se trasladarían de forma paulatina de los tribunales constitucionales a los órganos más cercanos a la población.

Una visión retrospectiva de lo que sucedió en Europa permite afirmar que los parlamentos y los tribunales ordinarios aumentaron la expectativa deliberativa dentro de la sociedad. Sin embargo, ese aumento no significó necesariamente una disminución de las expectativas deliberativas sobre los tribunales constitucionales. Incluso surgieron nuevos factores que desplazaron la ilusión deliberativa de los parlamentos a los jueces constitucionales. Por esa razón, Ferejohn y Pasquino afirman que, a pesar de esas transformaciones, actualmente los tribunales constitucionales se mantienen como depositarios de las expectativas deliberativas de la ciudadanía. En algunos casos, los tribunales generan una expectativa deliberativa superior a la que pueden generar los propios parlamentos, de manera que su calificación como escenarios deliberativos transciende del ámbito de los Estados europeos a la mayor parte de los sistemas con control de constitucionalidad.

Esta conclusión coincide con la tesis de Rawls, quien afirmaba que los tribunales eran los únicos órganos del poder público habituados a ofrecer razones de sus decisiones basadas en los valores públicos, porque los legisladores y los

---

10 "*The most democratic institutions, in the sense of closeness to the people, are not expected to be deliberative at all and, indeed are surrounded with impediments to deliberation, whereas the least democratic decision making institutions are expected to be conducted as more or less pure forums of public reason*". Ibíd., p. 27.

ciudadanos actuaban en virtud de razones privadas o de mera conveniencia[11]. Richard Bellamy ha señalado que, para Rawls, "los tribunales deliberan de manera idealmente democrática porque se encuentran limitados cuando se trata de decidir sobre cuestiones constitucionales esenciales en las que solo pueden utilizar razones públicas que simplemente reflejan los valores de una sociedad democrática"[12].

Sin embargo, afirmar que los tribunales constitucionales son escenarios deliberativos en los cuales la sociedad deposita mayores expectativas que en los órganos legislativos es una generalidad que requiere un análisis concreto de cada sistema político. Por esa razón, Ferejohn y Pasquino reconocen que el diseño institucional de cada modelo de control de constitucionalidad determina el potencial deliberativo de los tribunales constitucionales. En el criterio de estos dos autores, no es lo mismo que un tribunal conozca de la constitucionalidad de una ley en un caso concreto, después de que han transcurrido todas las instancias judiciales previas, y realice audiencias y deliberaciones públicas antes de decidir, a que deba hacerlo en abstracto, con base en una petición de un funcionario como el presidente, delibere en secreto y prohíba la publicación de los votos disidentes[13].

La anterior comparación muestra una clara predilección de Ferejohn y Pasquino por el modelo norteamericano de control de constitucionalidad como un esquema que potencia el carácter deliberativo del *judicial review*. Sin embargo, al margen de esa preferencia, lo más importante del estudio de estos dos autores es su tesis central sobre el control de constitucionalidad como un escenario de deliberación y la relación directa de la configuración de cada sistema de control de constitucionalidad con el grado de deliberación de cada uno de esos diseños[14].

---

11 "*Citizens and legislators may properly vote their more comprehensive views when constitutional essentials and basic justice are not at stake; they need not justify by public reason why they vote as they do or make their grounds consistent and fit them into a coherent constitutional view over the whole range of their decisions*". Rawls. *Political Liberalism*, cit., p. 235. Una crítica a este argumento de Rawls se puede consultar en Bellamy. "The democratic qualities", cit., pp. 337-346.

12 Ibíd., p. 337.

13 Ferejohn y Pasquino. "Constitutional courts", cit., p. 33.

14 La relación entre el diseño institucional y el potencial deliberativo de la justicia constitucional es un aspecto interesante que ha sido omitido por otros autores que también afirman el carácter deliberativo de los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad. Por ejemplo, el mismo Rawls se limitó a señalar que la Corte Suprema de Estados Unidos era un ejemplo de un foro idóneo para la razón pública, pero omitió toda referencia a la conexión entre el diseño

1.2. Estándares de deliberación dentro de la justicia constitucional

Los criterios aportados por Ferejohn y Pasquino para mostrar su inclinación por el modelo norteamericano de control de constitucionalidad son altamente indeterminados y no permiten una evaluación integral del grado deliberativo de un sistema de control de constitucionalidad. Por esa razón, en esta investigación se optará por aplicar los parámetros que ha ofrecido Conrado Hübner Mendes. Este autor comparte la idea sobre la conexión directa entre el diseño de cada sistema de *judicial review* y su potencial deliberativo. Adicionalmente, ha propuesto un catálogo de quince elementos que constituyen un baremo mucho más completo para determinar la mayor o menor calidad deliberativa de un sistema de control de constitucionalidad.

De acuerdo con Hübner, los quince estándares de deliberación de los tribunales constitucionales se pueden dividir en cuatro categorías. Estas se refieren a los siguientes aspectos: i) las características y conformación del tribunal; ii) el modo de acceder y de definir la agenda del tribunal; iii) el sistema de decisión, y iv) la forma en la que el tribunal se relaciona con la opinión pública después de que ha decidido[15].

A cada grupo de criterios le corresponde una regla sobre el potencial deliberativo de la Corte Constitucional. Por esta razón, en adelante se enunciarán todos los elementos de cada grupo, su contribución a aumentar o disminuir el carácter deliberativo del modelo de control de constitucionalidad y se determinará el potencial deliberativo concreto del modelo colombiano de acción pública de constitucionalidad.

Como ya se anunció, el primer grupo de estándares de deliberación se refiere a las características generales del tribunal. Dentro de este, Hübner incluye los siguientes cinco elementos: i) la posición institucional, ii) el número de magistrados, iii) la pluralidad y diversidad de sus miembros, iv) la forma de elección de los magistrados y v) el periodo o duración en el cargo.

---

institucional del *judicial review* y el potencial deliberativo de la Corte Suprema. Esta crítica al argumento de Rawls se puede consultar en Zurn. *Deliberative Democracy*, cit., p. 171.

15 Esta no es la denominación exacta que usa Conrado Hübner para cada uno de los grupos. Con el fin de adaptar el lenguaje al contexto colombiano tampoco se seguirá estrictamente la denominación y definición de los elementos que pertenecen a cada grupo. Cfr. Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., pp. 142-175.

Según este primer conjunto de variables, la regla que se puede inferir es que, *ceteris paribus*, el tribunal constitucional es una institución con mayores condiciones deliberativas cuando es un órgano especializado, conformado por un número significativo de jueces, con un alto nivel de diversidad, sus miembros han sido elegidos por un procedimiento que combina técnicas electorales con técnicas de delegación y los jueces ostentan garantías adecuadas de estabilidad en el cargo[16].

En segundo lugar se encuentran los criterios relacionados con la manera como se accede y define la agenda del tribunal. En este ámbito operan cuatro elementos: vi) el método para la definición de los casos que ingresan al tribunal, vii) el grado de discrecionalidad del tribunal para determinar el tiempo necesario para decidir cada caso, viii) la diversidad de los legitimados para acceder al tribunal y ix) el nivel de interacción del tribunal con sus interlocutores.

En relación con este segundo grupo de parámetros, la regla es que, *ceteris paribus*, los estándares deliberativos del tribunal aumentan si este puede ejercer un mínimo nivel de discrecionalidad para seleccionar los casos, sin que tal ejercicio se convierta en discriminatorio y sin que resulte incompatible con algunos mandatos de revisión automática de la constitucionalidad de determinados actos normativos. Por otra parte, también contribuye el hecho de que la Corte tenga un margen para dedicar más tiempo a casos más complejos o sobre los cuales ha existido menos deliberación social, siempre que la Corte ejerza esa potestad racionalmente.

Además, es importante que exista un alto grado de diversidad de los legitimados para acceder al control de constitucionalidad como demandantes o como *amicus curiae* y que, dentro de estos, se encuentren personas cuyas voces no fueron expresadas o escuchadas en el debate parlamentario. En especial, es importante evitar las reglas de legitimación que exigen aducir un interés personal o particular en la causa. Finalmente, la condición deliberativa del tribunal aumenta si este tiene las facultades para solicitar a sus interlocutores que mejoren sus argumentos, contestar los planteamientos de las partes o si la Corte puede inferir argumentos como resultado de la deliberación[17].

En tercer lugar, se encuentran los elementos relativos al procedimiento de decisión dentro del tribunal. Estos criterios se refieren a: x) el grado de

---

16 Ibíd., pp. 149-159. Sobre este primer grupo de criterios como determinantes del carácter deliberativo de un tribunal, cfr. también Eisgruber. *Constitutional Self-Government*, cit., pp. 57-59.

17 Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., pp. 159-164.

publicidad de las deliberaciones, xi) la forma como interactúan los miembros del tribunal y xii) la regla de decisión.

De acuerdo con estos baremos, *ceteris paribus*, se puede afirmar que la Corte Constitucional es un órgano altamente deliberativo si sus sesiones son públicas, pero evitan el excesivo protagonismo y la demagogia de los magistrados o, en caso de que las sesiones sean reservadas, existe la posibilidad de conocer su contenido tras el paso de unos años. Además, es importante que la interacción entre los miembros de la Corte se encuentre reglada, pero que tal regulación no sea tan exigente como para que la deliberación pierda la espontaneidad. Asimismo, se debe tener en cuenta si la Corte decide mediante una regla de mayoría calificada que promueve prácticas de deliberación y no de mera negociación[18].

Finalmente, en el último grupo se encuentran tres criterios que definen la actividad de la Corte Constitucional después de que ha decidido: xiii) la posibilidad de escribir salvamentos o aclaraciones de voto, xiv) la responsabilidad de redactar la decisión final y xv) la forma de comunicar las sentencias.

Según este último grupo de parámetros, *ceteris paribus*, el potencial deliberativo de la Corte aumenta si se permite que los jueces decidan libremente si expresan sus opiniones en votos disidentes, se establece un procedimiento para la redacción y relatoría colectiva de la decisión final y esta se publica por escrito, pero además se explica en resúmenes, comparecencias orales u otros medios de difusión[19].

El anterior catálogo de quince criterios formulados por Hübner puede ser discutido. El propio autor admite que, de hecho, no son parámetros concluyentes; que la configuración de un sistema de control de constitucionalidad no obedece exclusivamente al propósito de fortalecer el potencial deliberativo del tribunal, y que el diseño institucional más adecuado para la deliberación requiere que los integrantes del tribunal desarrollen sus habilidades deliberativas personales[20]. A estas críticas es importante agregar que las variables mencionadas anteriormente no tienen el mismo valor al momento de examinar su contribución a la deliberación interna y externa del tribunal constitucional.

Aun así, en relación con las tesis de Ferejohn y Pasquino, es indudable que Hübner ha desarrollado una lista mucho más concreta y acabada para

---

18 Ibíd., pp. 164-168.

19 Ibíd., pp. 169-173.

20 Ibíd., pp. 174 y 175.

determinar las calidades deliberativas de un sistema específico de control de constitucionalidad con base en elementos de su diseño institucional. Por esa razón, resulta importante aplicar esos criterios para evaluar el modelo colombiano de control de constitucionalidad. Este es un primer paso para demostrar que la existencia del mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad es un elemento esencial para potenciar la capacidad deliberativa de la Corte Constitucional de Colombia.

1.3. El potencial deliberativo del sistema colombiano de control de constitucionalidad

En relación con el primer grupo de criterios formulados por Hübner (características y conformación del tribunal) debe señalarse que la Corte Constitucional de Colombia es un tribunal especializado en el control de validez de las leyes. Sin embargo, como se indicó en el capítulo tercero, su grado de pureza como tribunal constitucional resulta disminuido en virtud de otro tipo de funciones relacionadas con la protección de la supremacía constitucional y algunas funciones totalmente ajenas al rol de una Corte Constitucional.

Del mismo modo, como se señaló en el segundo capítulo, el tribunal está compuesto por nueve magistrados que son elegidos mediante un proceso que combina técnicas de delegación con técnicas electorales porque su elección implica la participación de la cámara alta del Congreso (Senado) y de instituciones judiciales (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) o del presidente de la república. El periodo de los magistrados es de ocho años y estos tienen unas garantías reforzadas de permanencia en el cargo[21]. Sin embargo, en este primer conjunto de indicadores, el tribunal pierde potencial deliberativo debido a la falta de pluralidad de sus integrantes, en especial, por la ausencia de mujeres, indígenas y afrodescendientes.

Sobre el segundo grupo de criterios (acceso y definición de la agenda del tribunal), la existencia de una acción pública de constitucionalidad potencia el nivel de pluralidad de los legitimados para interactuar con la Corte Constitucional. Adicionalmente, en todos los casos el tribunal recibe las intervenciones ciudadanas escritas o *amicus curiae*. Del mismo modo, ha aumentado el número de procesos en los cuales la Corte convoca audiencias públicas con el fin de

21 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 233.

escuchar a los interesados en la (in)constitucionalidad de los actos normativos que se encuentran bajo su control.

A pesar de que el procedimiento de constitucionalidad es reglado en cuanto a los términos procesales, el tribunal dispone de un margen mínimo de administración de los tiempos para decidir. Sin embargo, ninguna de las opciones para administrar esos tiempos tiene relación con la necesidad de deliberación pública sobre la controversia constitucional que representa el juicio de contraste de un acto normativo concreto.

Por último, como se señaló en el capítulo anterior, el método para definir los casos que deben ingresar al tribunal se basa en un sistema de filtros que tiene por objeto racionalizar el ejercicio del derecho político a atacar la constitucionalidad de las leyes y crear las condiciones necesarias para un verdadero debate constitucional. Con esta herramienta, la Corte dispone de un margen para administrar el número y calidad de los casos que ocupan su agenda.

En relación con el tercer grupo de parámetros (sistema de decisión), es preciso señalar que la sala plena de la Corte Constitucional de Colombia delibera en sesiones privadas[22] y las decisiones de constitucionalidad se adoptan por una regla de mayoría absoluta[23]. Adicionalmente, después de la etapa de audiencias públicas, la relación institucional entre la Corte y los ciudadanos desaparece.

Finalmente, según el cuarto conjunto de estándares (actos posteriores a la decisión), los magistrados de la Corte Constitucional pueden escribir aclaraciones o salvamentos de voto que deben ser publicados con el texto de la sentencia[24]. Las decisiones de la Corte son ampliamente difundidas por medio de comunicados de prensa, recursos electrónicos y redes sociales[25]. Sin embargo, la redacción de la sentencia no se asigna a una relatoría colectiva,

---

22 Cfr. Reglamento de la Corte Constitucional de Colombia, arts. 17.k, 37 y 81.

23 Cfr. Reglamento de la Corte Constitucional de Colombia, arts. 3 y 6.a.

24 Entre los años 1992 a 2002, los jueces de la Corte Constitucional formularon una opinión disidente en el 33% de las decisiones de constitucionalidad. Eso quiere decir que en el 77% de los casos, la decisión sobre la (in)constitucionalidad de un acto normativo se adoptó por unanimidad del tribunal. Cfr. Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., pp. 562 y 563.

25 Sobre la relación entre la difusión de las decisiones de los tribunales constitucionales y el apoyo que puede obtener el contenido de la decisión por parte de la sociedad civil y las demás autoridades, cfr. Staton, Jeffrey. "Constitutional review and the selective promotion of case results". *American Journal of Political Science*, vol. 50, n.º 1, 2006, pp. 98-112.

sino que corresponde a la magistrada ponente. El texto es objeto de revisión y aprobación posterior por parte de los demás miembros del tribunal.

El anterior análisis no conduce a una conclusión exacta porque algunas de las variables se cumplen plenamente en el caso del modelo colombiano de control de constitucionalidad y otras solo se satisfacen parcialmente. Además, otras variables no están presentes en el diseño institucional colombiano y la práctica de la Corte Constitucional es, en algunos de esos aspectos, contraria a aquella que podría potenciar sus dimensiones deliberativas.

Ahora bien, el carácter controvertido de los indicadores no es suficiente para desconocer que estos pueden ofrecer una orientación y un marco para la discusión sobre las calidades deliberativas de la Corte Constitucional. También permiten debatir sobre los aspectos que se pueden modificar en el diseño de la justicia constitucional y los efectos de esas modificaciones en el carácter deliberativo de la Corte.

En la línea de esta investigación, corresponde ahora demostrar que la existencia del mecanismo de acción pública de constitucionalidad es importante porque aumenta la pluralidad de los legitimados para atacar la constitucionalidad de las leyes, sirve como un instrumento que potencia la deliberación dentro del tribunal y la deliberación que el proceso de control de constitucionalidad genera en el resto de los poderes públicos y en la sociedad en general.

1.4. La relación de la justicia constitucional con la deliberación interna y con la deliberación externa

Como se señaló previamente, según Ferejohn y Pasquino, el diseño institucional es un elemento relevante para la relación entre el control de constitucionalidad y la deliberación pública. Existen diseños institucionales de la justicia constitucional más o menos proclives a la deliberación. Por su parte, Hübner considera que tal gradación se puede realizar tomando en cuenta los cuatro grupos de baremos mencionados. A cada uno de estos grupos corresponde una regla sobre las condiciones deliberativas del sistema de justicia constitucional. Con base en esa teoría, en la sección previa se demostró que el modelo colombiano de control de constitucionalidad tiene un alto potencial deliberativo. Ahora corresponde mantener que la acción pública de constitucionalidad es un elemento que contribuye a aumentar el grado de deliberación interna y externa de la Corte Constitucional.

En relación con los efectos deliberativos del control de constitucionalidad es importante distinguir entre la deliberación interna y la deliberación

externa[26]. La primera consiste en que el control de constitucionalidad se realice mediante un procedimiento que ostente un alto grado de deliberación. Como se verá más adelante, eso implica –entre otras cosas– un debate amplio, plural, público, informado y participativo. La segunda se refiere a la capacidad de la institución de la revisión judicial de las leyes para generar debates de calidad fuera del tribunal, especialmente en ámbitos institucionales, como el Congreso, y no institucionales, como la academia, la sociedad civil y la opinión pública[27].

La primera versión de la deliberación (interna) es importante porque aumenta las credenciales democráticas de la justicia constitucional y su eficacia epistémica, esto es, su capacidad para tomar decisiones correctas mediante la mejor interpretación posible de los valores públicos de la Constitución[28].

La segunda versión (externa) es importante porque concibe al tribunal como un eje para articular la discusión interna con los espacios de deliberación fuera del escenario judicial. Como señala Rawls, la Corte puede darle 'intensidad y vitalidad al foro público' si logra que el centro de la discusión gire sobre el contenido de los valores públicos de la Constitución[29]. De esta manera, la Corte cumple con una función pedagógica que permite que la deliberación

---

26 Algunos autores dividen la deliberación interna en varias fases: i) deliberación en fase preliminar (elaboración de la ponencia, intercambio de textos, negociaciones y preparativos para la deliberación en el pleno); ii) deliberación en el pleno (intervenciones, votos, rol del presidente), y iii) resultados (redacción de la sentencia, uso de doctrina en las sentencias y comunicación a la opinión pública). Para un estudio de estas fases en la deliberación dentro del Tribunal Constitucional de España y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, cfr. Rufino do Vale, André. *La deliberación en los tribunales constitucionales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 23-122 y 123-254.

27 Un estudio del potencial de la Corte Constitucional de Colombia para generar deliberación interna y externa en sede de revisión de sentencias de tutela en Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur Global*. Siglo xxi Editores, Buenos Aires, 2015, pp. 143-164.

28 "*To say that the court is the exemplar of public reason also means that it is the task of the justices to try to develop and express in their reasoned opinions the best interpretation of the constitution they can, using their knowledge of what the constitution and constitutional precedents require. Here the best interpretation is the one that best fits the relevant body of those constitutional materials, and justifies it in terms of the public conception of justice or a reasonable variant thereof*". Rawls. *Political Liberalism*, cit., p. 236.

29 "*Finally, the court's role as exemplar of public reason has a third aspect: to give public reason vividness and vitality in the public forum; this it does by its authoritative judgments on fundamental political questions. The court fulfills this role when it clearly and effectively interprets the constitution in a reasonable way; and when it fails to do this, as ours often has, it stands at the center of a political controversy the terms of settlement of which are public values. The constitution is not what the Court*

"se convierta en algo más que una competencia por el poder o por una posición. Esto educa a los ciudadanos sobre el uso de la razón pública y su valor en términos de justicia política mediante la ubicación en el centro del debate de los asuntos constitucionales más básicos"[30].

La función deliberativa interna y externa de los tribunales constitucionales puede llegar a ser incluso más importante que su propia función como institución de control de validez de las leyes. Por ejemplo, Marian Ahumada sostiene que un rol central de los jueces constitucionales es generar deliberación externa. La autora propone una idea de vigencia de la Constitución que trasciende su carácter de norma suprema y con eficacia directa para ubicarse en el plano de la relación entre el ciudadano y la Constitución. En sus propios términos:

> Mucho más importante que la concreta y en cierto modo episódica intervención de estos tribunales sobre las normas que se les someten a enjuiciamiento es su contribución al permanente debate acerca de los valores que la Constitución protege y la forma más adecuada de protegerlos [...]. La vigencia de la Constitución, en el sentido más amplio y menos jurídico de la expresión, necesita de la continuidad de este debate, que hace posible la renovación a lo largo del tiempo del compromiso de la comunidad política con los valores que la Constitución consagra[31].

Ahora bien, si –como se ha visto hasta ahora– los tribunales constitucionales son instituciones deliberativas en sí mismas y contribuyen a enriquecer la deliberación social, la pregunta que surge es: ¿cómo contribuye el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad a aumentar la calidad de la deliberación? Para contestar a esta pregunta es necesario mantener la división entre deliberación interna y deliberación externa.

I.5. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD AUMENTA EL POTENCIAL DELIBERATIVO INTERNO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En relación con la deliberación interna es importante señalar que uno de los elementos centrales de esta forma de deliberación consiste en que la Corte

---

says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is". Ibíd., p. 237.

30 Ibíd., pp. 239 y 240.

31 Ahumada Ruiz. *La jurisdicción constitucional*, cit., p. 52.

Constitucional pueda considerar el mayor número de perspectivas sobre los problemas de constitucionalidad que tiene en su agenda. De acuerdo con esa idea, la acción pública de constitucionalidad conlleva tres factores que contribuyen indudablemente a aumentar la calidad de la discusión constitucional: i) la extensión de la legitimación activa a todos los ciudadanos, ii) la imposición de una carga leve de superar un sistema de filtros y iii) la atribución ciudadana de la responsabilidad de fijar la agenda de la Corte. Estos elementos del modelo de acción pública de constitucionalidad conducen a que la Corte Constitucional deba enfrentar las diferentes perspectivas de los demandantes y a que su debate interno se enriquezca con el alto nivel de análisis constitucional de algunas de las demandas.

Como ha sido señalado por Owen Fiss, la legitimación activa de los ciudadanos para acceder a los tribunales establece un esquema según el cual el control de constitucionalidad puede ser entendido como un diálogo público. Cuando existe una acción pública de constitucionalidad, el inicio de una conversación sobre la posible (in)constitucionalidad de una ley depende exclusivamente de los ciudadanos, de manera que, salvo algunas excepciones relacionadas con los requisitos de la demanda y el control automático de constitucionalidad de algunas normas, la agenda del tribunal está determinada por la propia ciudadanía. Aún más importante, el tribunal no puede actuar como un oyente pasivo de los argumentos de sus interlocutores porque debe ofrecer una respuesta satisfactoria en términos constitucionales a los argumentos que han sido puestos bajo su conocimiento; es decir, los "jueces están obligados a hablar y a escuchar, y, en especial, a hablar de cierta manera"[32].

En ese sentido, la existencia de una acción pública de constitucionalidad implica la imposición ciudadana estricta de la agenda del tribunal porque permite que el ciudadano fije directamente la mayor parte de la agenda de la revisión judicial de las leyes ante la Corte Constitucional. Como se verá más adelante, se trata de un sistema donde el ciudadano controla que los jueces constitucionales no dejen de hacer lo más importante que deben hacer: el juicio de contraste entre la Constitución y las leyes[33].

---

32 Fiss. *El derecho como razón pública*, cit., p. 34.

33 Cuando una acción pública de constitucionalidad supera el sistema de filtros, los jueces constitucionales no pueden dejar de decidir mediante el argumento de que la demanda involucra una cuestión política, es decir, no pueden ejercer algunas de las virtudes pasivas o aplicar los cánones de evitación bickelianos. Cfr. Bickel. *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 112.

La conexión del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad con el fortalecimiento de la deliberación interna no solo se respalda en argumentos teóricos. También hay estudios empíricos sobre el sistema constitucional colombiano que demuestran que la calidad del debate constitucional es diferente según el mecanismo que suscita el control de constitucionalidad. En concreto, esos estudios señalan que, si la revisión judicial de un acto normativo se realiza de manera automática u oficiosa y sin la intervención de la ciudadanía, el debate tiende a concentrarse en aspectos formales o de trámite. Por el contrario, en los casos originados en una demanda ciudadana, el debate constitucional se enriquece con la deliberación en torno a aspectos sustanciales propuestos por los demandantes sobre la potencial contradicción del acto normativo con los valores públicos de la Constitución.

Uno de esos estudios compara el tipo de juicio de contraste aplicado por la Corte Constitucional de Colombia cuando se trata del control automático de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias con el escrutinio al que son sometidos los actos del legislador cuando son objeto de una demanda de constitucionalidad. La investigadora sostiene que la deliberación dentro del tribunal es mucho más rica e intensa cuando la Corte tiene como base un conjunto de argumentos en contra de la compatibilidad de la ley con la Constitución cuya fuente se encuentra en los escritos de demanda presentados por los ciudadanos.

Por el contrario, en los casos de control automático de constitucionalidad, en los que no existe una intervención ciudadana inicial, el juicio de contraste es más débil y argumentativamente más pobre. Por estas razones, la autora concluye que "la participación ciudadana exige un examen riguroso de los derechos individuales y un control constitucional de fondo, mientras que la ausencia de la participación ciudadana se traduce en un control constitucional sobre aspectos de forma"[34].

Del mismo modo, Helena Alviar considera que se pueden clasificar los modelos de control de constitucionalidad según el nivel de participación ciudadana. De acuerdo con ese criterio, existen modelos débiles y modelos rigurosos de control de constitucionalidad[35]. En los primeros, la participación

---

34 Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., p. 486.

35 Esta clasificación no tiene relación con la idea de modelos débiles y fuertes de control de constitucionalidad en la que el criterio diferenciador es la titularidad de la última palabra o el tipo de orden que puede proferir un tribunal respecto de los desacuerdos constitucionales en un determinado sistema político. Sobre el tema se volverá en el capítulo séptimo.

ciudadana está excluida, mientras que en los segundos, la participación ciudadana pone el tema de los derechos fundamentales en el centro del juicio de validez constitucional[36].

La autora considera que hay modelos de control de constitucionalidad pensados para resolver conflictos entre las ramas del poder público (*i.e.*, modelo de acceso por medio de funcionarios), mientras que existen otros modelos con mayor apertura a la protección de los derechos y la participación ciudadana (*i.e.*, acceso directo, acceso interesado y algunas manifestaciones del acceso colectivo u organizado). En su criterio, en estos últimos, la participación de los ciudadanos –como atacantes de la constitucionalidad de un acto normativo– obliga a los tribunales a "ofrecer un análisis material más riguroso de las disposiciones que los afectan; mientras que un control judicial que dirime conflictos entre ramas y en el cual la ciudadanía no puede participar, tiende a desarrollarse basado fundamentalmente en argumentos de procedimiento más que de contenido"[37].

Estudios como el comentado previamente refuerzan la idea de que la participación ciudadana mediante la acción pública de constitucionalidad aumenta la calidad deliberativa interna de la justicia constitucional. En ese aspecto, el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad es paradigmático en relación con la diversidad de interlocutores que puede tener el tribunal. Como ha mantenido el propio Hübner:

> … la apertura a una variada gama de interlocutores no solo puede contribuir a incrementar la gama de perspectivas que serán tenidas en cuenta por el tribunal, mejorando su capacidad epistémica, sino que también tiene un efecto importante en términos de los efectos psicológicos y educativos de la deliberación[38].

En relación con la deliberación interna también se debe agregar que el proceso colombiano de acción pública de constitucionalidad incorpora escenarios

---

36 "[P]odemos entender un control 'débil' de constitucionalidad, aquél en el que la ciudadanía no puede participar al estar enfocado principalmente en el arreglo de los conflictos entre ramas; mientras que un control riguroso sería aquel en el que la revisión material de las normas es más exhaustiva, debido a la importancia de la protección de los derechos fundamentales a través de la participación ciudadana en el proceso". Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., pp. 488 y 489.

37 Ibíd., p. 488.

38 Hübner Mendes. *Constitutional Courts*, cit., p. 162.

deliberativos (*i.e.*, intervenciones ciudadanas y audiencias públicas) que potencian la discusión y el debate previo a la decisión final[39]. Este tipo de prácticas son bien valoradas, incluso por quienes son contrarios a la idea misma de control de constitucionalidad. Por ejemplo, Gargarella ha hecho una defensa de este tipo de instrumentos en los siguientes términos:

> … algunas novedosas formas de decisión, adoptadas por algunos tribunales superiores regionales y por intermedio de las cuales se organizan foros de diálogo y decisión colectivas, o se insta al poder político a tomar decisiones que el mismo se niega a tomar (provocando, de ese modo, masivas violaciones de derecho), pueden ser perfectamente defendidas, desde una visión deliberativa de la democracia[40].

Este tipo de mecanismos deliberativos internos también incluyen la participación de la sociedad civil. Cuando la Corte Constitucional recibe una intervención ciudadana o convoca a una audiencia pública, el tribunal reconoce que es necesario escuchar otras voces para formar un criterio definitivo sobre la compatibilidad de un acto normativo con la Constitución[41]. Sin duda, este tipo de escenarios deliberativos del proceso de control de constitucionalidad fortalecen la deliberación interna de la Corte y crean un punto de conexión de esa deliberación interna con la deliberación que ocurre fuera del tribunal[42].

---

39 "La Corte también ha tomado medidas encaminadas a fortalecer su capacidad para recibir y evaluar información. Como veremos más adelante, su reglamento permite que cualquier ciudadano instaure una demanda de manera informal, y esto ha ayudado a que conozca una amplia gama de problemas sociales importantes. La Corte también realiza sesiones administrativas de estilo legislativo para escuchar los puntos de vista de expertos y grupos de la sociedad civil sobre problemas difíciles. Y, por último, recurre continuamente a un conjunto de instituciones aliadas creadas por la Constitución de 1991, en particular al defensor del pueblo, así como a grupos de la sociedad civil, para reunir y evaluar información sobre importantes áreas de política". Landau, David. "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado". *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n.º 24, 2011, p. 41.

40 Gargarella. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 20.

41 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., pp. 556 y 557.

42 Para una conexión similar, pero sin usar la distinción entre deliberación interna y deliberación externa, con base en los escenarios deliberativos del proceso de control de constitucionalidad, cfr. García, Leonardo. "De la 'constitucionalización' a la 'convencionalización' del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, p. 158.

1.6. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD AUMENTA EL POTENCIAL DELIBERATIVO EXTERNO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Los efectos de establecer un mecanismo directo de acceso al control de constitucionalidad no recaen exclusivamente sobre la deliberación interna, sino que se extienden a la deliberación externa. En efecto, cuando las puertas de los tribunales se abren a los ciudadanos, la sociedad civil percibe que la justicia constitucional puede canalizar algunos de sus reclamos si logra que la agenda de los tribunales constitucionales sea ocupada por controversias que fueron detectadas por la misma ciudadanía y no cuando estas son impuestas por un pequeño grupo de legitimados[43].

Desde este punto de vista, la acción pública de constitucionalidad tiene el encanto de agregar una carga cívica y republicana a los ciudadanos, porque el derecho político a atacar la constitucionalidad de las leyes implica el correlativo deber de los ciudadanos de vigilar la actividad legislativa, discutir la compatibilidad de los actos del legislador con los valores públicos de la Constitución y atacar aquellos que son considerados contrarios a esos valores.

Adicionalmente, la condición de titular de la facultad de someter a control de validez una ley implica ostentar una garantía democrática suplementaria contra los abusos del legislador. La opción de exigir una evaluación de la compatibilidad de las leyes con el pacto constitucional implica el poder de materializar el principio de no dominación y de poner a la justicia constitucional del lado del más débil cuando el legislador ha promulgado la ley del más fuerte[44]. Por esta razón, como señala Rawls, cuando la Corte Constitucional se convierte en un foro para la razón pública, el tribunal no ejerce un rol contramayoritario o antidemocrático, sino que contribuye a la correcta realización

---

43 "Los años transcurridos a partir de 1991 han mostrado una acción de inconstitucionalidad mucho más cercana a la realidad y a las preocupaciones próximas del ciudadano del común. Y han mostrado cómo, contra lo que solía creerse, ella no es un lejano y brumoso instrumento jurídico mediante el cual unos pocos conocedores se enfrascan en profundos debates académicos de carácter hermenéutico". ESGUERRA. *La protección constitucional*, cit., p. 392.

44 La idea de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad como mecanismo para garantizar la ley del más débil puede verse en FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 7.ª ed., Trotta, Madrid, 2010, pp. 37-72 y *Democracia y garantismo*. 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2010, pp. 102-109.

del principio democrático y de los valores públicos que el pueblo ha expresado en la Constitución[45].

En el sistema colombiano es posible encontrar varios ejemplos de los efectos deliberativos externos de la acción pública de constitucionalidad. Uno de estos ocurre cuando los propios miembros del Congreso demandan una ley de su propia iniciativa porque consideran que, durante el trámite legislativo, le fueron introducidas disposiciones ajenas al proyecto inicial y que estas fueron aprobadas sin suficiente deliberación[46]. En estos casos, la Corte canaliza la deliberación que no tuvo lugar dentro o fuera del órgano legislativo durante el procedimiento de aprobación de una ley.

El propio Congreso enriquece su deliberación con el contenido de las decisiones de la Corte Constitucional. Por ejemplo, las bancadas minoritarias frecuentemente apelan a la jurisprudencia constitucional "para respaldar su posición con argumentos legales. Si no logran conquistar el apoyo del auditorio, luego promueven la presentación de la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte"[47]. Frente al fácil acceso de las minorías del Congreso al control abstracto de constitucionalidad, progresivamente las mayorías han aumentado su preocupación por la adecuación constitucional de sus decisiones políticas con el fin de evitar que el esfuerzo legislativo sea anulado por la Corte Constitucional. El resultado es lo que Cepeda denomina *efecto de anticipación* que consiste en que:

---

45 "*By applying public reason the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way. If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic. It is indeed antimajoritarian with respect to ordinary law, for a court with judicial review can hold such law unconstitutional. Nevertheless, the higher authority of the people supports that. The court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself and with its amendments and politically mandated interpretations*". Rawls. *Political Liberalism*, cit., pp. 233 y 234.

46 "El uso político que hacen los congresistas del foro constitucional nos dice algo importante sobre la relación entre los tres poderes públicos. Primero, nos permite entender que la Corte Constitucional es un escenario relevante de discusión que utilizan tanto los partidos minoritarios como los partidos de la coalición. Así mismo, que los congresistas usan la Corte no solo para oponerse al poder ejecutivo sino también para discutir temas e intereses propios que no fueron escuchados inicialmente en el Congreso". Niño, María Isabel y Velásquez, Carlos. "Corte Constitucional: el segundo round de los congresistas". *Programa Congreso Visible*, Universidad de los Andes, 29 de marzo de 2016.

47 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 225.

> … los representantes al Congreso especulen, durante los debates legislativos, si una disposición resistirá la prueba de constitucionalidad una vez llegue a la Corte. Los mandatos constitucionales, así como las guías interpretativas establecidas por la jurisprudencia constitucional, han sido incorporados entonces como criterios de decisión importantes en el momento de redactar y aprobar cualquier ley, afectando con ello los resultados del proceso legislativo[48].

Este *efecto de anticipación* también cualifica la deliberación interna de la Corte Constitucional porque la versión final de las leyes es cada vez más técnica y los problemas de constitucionalidad se tornan más sutiles y detallados. Los participantes en los escenarios deliberativos y los propios magistrados deben hacer un esfuerzo por encontrar mejores argumentos para respaldar su posición a favor o en contra de la validez constitucional de una ley.

Otra manifestación del potencial deliberativo de la acción pública de constitucionalidad se encuentra en las sentencias en las que el tribunal declara la existencia de una situación de discriminación normativa y utiliza un mecanismo bilateral para remediarla. En esas decisiones judiciales, la Corte emite un exhorto para que el Congreso derogue, modifique o apruebe las normas necesarias para superar una situación violatoria del principio de igualdad[49]. Se trata de una invitación del tribunal para iniciar un diálogo institucional con el legislador. Ahora bien, con independencia de que el legislador cumpla o no con el exhorto, la sola decisión de la Corte genera una amplia discusión dentro de la opinión pública y dentro del mismo órgano legislativo.

En este ámbito, la decisión de la Corte puede respaldar la movilización ciudadana a favor de la superación de la discriminación normativa y el repudio social a la inactividad del legislador. Cuando el legislador omite el exhorto judicial para superar la discriminación normativa, la sociedad civil cuenta con un argumento muy fuerte ante la omisión del legislador porque este ya no puede excusarse en el ejercicio de un margen de apreciación o de discrecionalidad. Cuando el tribunal constitucional ha declarado la existencia de una situación de discriminación normativa y ha deferido al legislador la tarea de remediarla, este último no puede negar la existencia de esa situación que es contraria al principio de igualdad.

---

48 Ibíd., p. 239.

49 Sobre los modelos unilateral y bilateral de reparación de la discriminación normativa, cfr. González Beilfuss, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 117-318.

De la misma manera, el reiterado desconocimiento de las decisiones de exhorto proferidas por el tribunal constitucional puede conducir a que la sociedad civil reclame de la propia judicatura una mayor intervención. En concreto, la opinión pública puede inclinarse a favor de un modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa en el que el tribunal adopte medidas directas e inmediatas para restablecer la vigencia del principio de igualdad sin deferir la última palabra al legislador[50]. En definitiva, el propio órgano legislativo puede generar un mayor o menor grado de aceptación ciudadana de las sentencias integradoras en las que la propia Corte adopta las medidas necesarias para reparar la discriminación normativa.

En relación con la deliberación externa también es muy importante señalar que la admisión de un caso ante la Corte Constitucional constituye una noticia, un motivo de debate o de deliberación dentro de la sociedad civil, la academia o la prensa[51]. Los escenarios deliberativos dentro del proceso de constitucionalidad también tienen una proyección en la deliberación externa porque generan discusiones fuera del tribunal con el fin de preparar las intervenciones que se presentarán en la audiencia pública. Además, las audiencias cuentan con un amplio cubrimiento periodístico y ocasionan múltiples reacciones deliberativas posteriores.

Asimismo, la decisión del tribunal de inadmitir una demanda o de declararse inhibido para decidir de fondo una acción de constitucionalidad genera una reacción deliberativa externa. Los ciudadanos demandantes ejercen un control deliberativo sobre la decisión del tribunal que se ha negado a estudiar sus pretensiones o que ha omitido resolverlas de fondo.

---

50 Ibíd., pp. 117-175.

51 Así lo señala Mónica Roa a propósito de la admisión de una demanda presentada contra las disposiciones del Código Penal que sancionaban la interrupción voluntaria del embarazo: "la demanda de inconstitucionalidad del año 2006 se caracterizó por haber propiciado una alta movilización de la ciudadanía y la opinión pública en tres sentidos: en primer lugar a través de la presentación de *amicus curiae* nacionales e internacionales dentro del proceso ante la Corte Constitucional; en segundo lugar destacaron las publicaciones de columnas de opinión y editoriales a favor de la liberalización de la normativa penal del aborto; y por último se fomentó la participación en plantones, foros, conferencias, clases universitarias y eventos culturales, sobre el tema". Roa, Mónica. "La interpretación última del derecho a la vida desde la concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.), Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 427.

Cuando se defrauda la expectativa ciudadana de lograr el estudio de un ataque de constitucionalidad contra una ley también se genera una reacción crítica que obliga al tribunal a fortalecer sus argumentos futuros para inadmitir una demanda o emitir una sentencia inhibitoria. En razón de que el tribunal debe explicar al demandante las razones por las cuales una demanda no fue admitida o no fue decidida de fondo, el ciudadano tiene una guía para cualificar su ataque de constitucionalidad y, en caso de ser posible, volver a tocar las puertas del tribunal.

Por último, la difusión de la sentencia por medio de comunicados y ruedas de prensa, redes sociales y páginas de internet permite una amplia divulgación del contenido y una actividad deliberativa de distintos niveles: reacciones en las mismas redes sociales, columnas de opinión y debates públicos[52]. La inclusión de las aclaraciones y los salvamentos de voto permite que la sociedad conozca las diferencias de criterio dentro del tribunal y que controle la idoneidad de los argumentos que prevalecieron al final del debate.

En conclusión, abrir las puertas de la Corte Constitucional a los ciudadanos es abrir la puerta a una amplia amalgama de perspectivas e interpretaciones de la ley y de la Constitución. Con ese diseño institucional se enriquecen los juicios de los miembros del tribunal y el debate interno. La acción pública de constitucionalidad crea una conexión directa entre la deliberación externa e interna porque permite que los resultados de la primera sean una fuente para la segunda y que el sistema de control de constitucionalidad se enriquezca con los debates públicos sobre los desacuerdos dentro de la sociedad o sobre la compatibilidad de los actos del legislador con los valores públicos de la Constitución.

Este último efecto se produce en razón de un elemento intrínseco a los sistemas de acción pública de constitucionalidad en los cuales el ciudadano tiene un control exclusivo o predominante sobre la agenda del tribunal constitucional. Aunque se trata de una propiedad inherente de los modelos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, esta no se encuentra exenta de críticas. Por esa razón, a continuación se construye un argumento a favor de la acción pública de constitucionalidad como mecanismo para que el ciudadano tenga un control efectivo prevalente sobre la agenda del control de constitucionalidad que, además, compense el bajo control de los ciudadanos sobre la agenda del legislador.

---

52 Algunos estudios establecen una relación directa entre el grado de difusión de las sentencias de los tribunales constitucionales, el grado de apoyo público que esas decisiones reciben y el nivel de activismo de los tribunales. Cfr. STATON. "Constitutional Review", cit., pp. 98 y 102.

2. EL CONTROL CIUDADANO FUERTE SOBRE LA AGENDA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO COMPENSACIÓN DEL CONTROL CIUDADANO DÉBIL SOBRE LA AGENDA DEL LEGISLADOR

La descripción del modelo colombiano de control de constitucionalidad realizada en el segundo capítulo permite inferir que la existencia de un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional implica, al mismo tiempo, que la ciudadanía tiene un alto nivel de control sobre la agenda de la Corte Constitucional.

A pesar de que en Colombia existe el control automático de la constitucionalidad de algunos actos normativos, las cifras resumidas en el capítulo tercero permitieron concluir que, dentro de la competencia de control de constitucionalidad, la mayor parte de los procesos tiene origen en ejercicios ciudadanos de la acción pública de constitucionalidad. Este poder de los ciudadanos, en relación con la justicia constitucional, contrasta con las fuertes restricciones a la iniciativa legislativa ciudadana que frustran toda posibilidad de que exista una mayor incidencia de los individuos sobre la agenda del legislador.

El objetivo de esta sección es, por una parte, mostrar algunas ventajas y problemas de que los ciudadanos puedan controlar la agenda del tribunal constitucional. Adicionalmente, se sostendrá que, en Colombia, el control fuerte de los ciudadanos sobre la agenda de la Corte Constitucional ha contribuido a compensar la debilidad de la incidencia ciudadana sobre la agenda del Congreso.

2.1. EL CONTROL CIUDADANO FUERTE SOBRE LA AGENDA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El grado de control que debe tener un tribunal constitucional sobre su propia agenda o la incidencia de terceros en el conjunto de asuntos que ingresan al sistema de revisión judicial de las leyes no es una cuestión pacífica en el constitucionalismo global. Como se analizó en el primer capítulo, existen modelos de acceso al *judicial review* que cierran las puertas de los tribunales a la mayoría de los ciudadanos mientras que otorgan legitimación activa a unos pocos funcionarios públicos. El grado de apertura aumenta cuando se permite que algunas asociaciones, partidos políticos o grupos de ciudadanos puedan atacar la constitucionalidad de las leyes, o cuando se exige que el demandante de la inconstitucionalidad de la ley acredite un interés directo derivado de la potencial invalidez del acto normativo que considera contrario a los valores públicos

de la Constitución. El grado de máxima apertura ocurre cuando se habilita a todos los ciudadanos (acción pública) o a todas las personas (*actio popularis*) para solicitar la revisión de la constitucionalidad de una ley.

Algunos autores se oponen a este último grado de apertura, es decir, se manifiestan en contra de que los ciudadanos impongan la agenda del tribunal constitucional. En este sentido, se afirma que los propios tribunales deben controlar su agenda porque de ese diseño institucional se derivan las siguientes ventajas[53].

2.1.1. EL AUTOCONTROL DE LA AGENDA CONSTITUCIONAL, LAS VIRTUDES PASIVAS Y EL MINIMALISMO JUDICIAL

Cuando los tribunales controlan su propia agenda, estos pueden decidir el momento en el que la sociedad está preparada para afrontar la discusión sobre un tema altamente controvertido (*issue timing*). En segundo lugar, la Corte puede medir el grado de respaldo político que recibirá una decisión que resuelva una controversia profunda dentro de la sociedad (*legitimacy timing*). Estos dos factores contribuyen –se afirma– a garantizar el éxito del tribunal constitucional porque coadyuvan a que la institución que realiza el *judicial review* se encuentre en una situación en la cual "tiene la capacidad para hacer cumplir sus decisiones, asegurar que su legitimidad sea respetada y conservar su relevancia política"[54].

En tercer lugar, también se recomienda que los tribunales constitucionales de creación reciente cuenten con la facultad para controlar su propia agenda de manera que puedan graduar su intervención en cuestiones controvertidas. De este modo, los tribunales pueden mejorar los niveles de aceptación respecto de su propia existencia y del ejercicio de sus competencias por parte de los demás poderes del Estado[55].

Según esta tesis, los tribunales constitucionales (de creación reciente) pueden resultar incómodos porque, en estos contextos, no existe una cultura jurídica de control judicial de las leyes, la sociedad desea cambios profundos y rápidos sin excesivos costos de transacción y la opinión pública puede percibir al tribunal constitucional como una institución conservadora. Por estas

---

53 FONTANA. "Docket control", cit., pp. 624-636.

54 Ibíd., p. 625.

55 Ibíd., pp. 624-630.

razones, es deseable que los tribunales puedan decidir si se marginan de algunas discusiones públicas.

También se ha hecho referencia a los beneficios derivados de que los tribunales puedan administrar su propia agenda mediante la idea de las *virtudes pasivas* de los jueces. Bajo esta concepción, la posibilidad de que los tribunales declinen su competencia en ciertos casos tiene ventajas epistémicas e institucionales. En el primer sentido, el ejercicio de las virtudes pasivas mejora la información de la cual dispone el tribunal antes de decidir, permite que el caso se discuta dentro de los tribunales ordinarios y, en consecuencia, aumenta la calidad de las sentencias que emite el tribunal supremo cuando finalmente decide intervenir[56].

En el ámbito institucional, las virtudes pasivas contribuyen a racionalizar el número de procesos que los jueces pueden resolver cada año, favorece la autopreservación del tribunal, evita que la Corte sea considerada como un actor político y conduce a que la institución se pronuncie en pocos pero relevantes y paradigmáticos casos[57].

El *minimalismo judicial* que defiende Cass Sunstein también es favorable a que los tribunales tengan un margen de dominio sobre su agenda[58]. Como el propio autor señala, el minimalismo defiende que los tribunales "no digan más de lo necesario para justificar un resultado y omitan decidir la mayor cantidad posible de controversias"[59].

De acuerdo con esta tesis, los tribunales pueden hacer un *uso constructivo de su silencio* para obtener ventajas o promover objetivos democráticos (*democratic*

---

56 Bickel, Alexander. "Foreword: The passive virtues". *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961, pp. 40-79 y Bickel. *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 111-198. Una visión crtítica de esta idea en Redish, Martin. "The passive virtues, the counter-majoritarian principle and the 'judicial-political' model of constitutional adjudication". *Connecticut Law Review*, vol. 22, 1990, pp. 647–676.

57 La idea de las virtudes pasivas también se ha propuesto como una fórmula para algunos tribunales internacionales. Cfr. Pérez, Antonio. "The passive virtues and the World Court: pro-dialogic abstention by the International Court of Justice". *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1997, pp. 399–444.

58 El par conceptual –que no el opuesto– del minimalismo judicial es el maximalismo judicial. Este último ocurre cuando los jueces deciden los casos mediante el establecimiento de amplias reglas jurisprudenciales que deben ser aplicadas a los casos futuros y en el que se justifican teóricamente los resultados judiciales. Cfr. Sunstein, Cass. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 3-72 y "The Supreme Court 1995 Term. Foreword: Leaving Things Undecided". *Harvard Law Review*, vol. 110, n.º 4, 1995, p. 15.

59 Sunstein. "The Supreme Court", cit., pp. 6 y 7.

engagement). Del lado de las ventajas, se afirma que el minimalismo disminuye la probabilidad de que los tribunales cometan errores al resolver casos sobre los que existe un déficit de información o de deliberación (*error costs*). También evita que los jueces desafíen a la sociedad con decisiones correctas pero que recaen sobre un tema respecto del cual existe un profundo desacuerdo moral (*decision costs*)[60]. Finalmente, el minimalismo judicial puede promover la deliberación pública en escenarios de representación democrática como los parlamentos o las asambleas locales[61].

2.1.2. OBJECIONES AL AUTOCONTROL JUDICIAL DE LA AGENDA CONSTITUCIONAL

A pesar de las anteriores ventajas, también existen varios riesgos derivados de la posibilidad de que un tribunal pueda definir, con un amplio margen de discrecionalidad, los casos que va a conocer y controle su propia agenda. El mismo Cass Sunstein ha criticado las ventajas del minimalismo y ha aceptado que este puede generar mayores costos agregados a las decisiones judiciales. También ha reconocido que posturas no minimalistas pueden tener efectos democráticos positivos, y que los argumentos a favor del minimalismo no funcionan en todos los contextos jurídicos y políticos en los cuales el minimalismo puede resultar una verdadera equivocación (*blunder*)[62].

Del mismo modo, se advierte sobre la posible utilización política de la agenda del tribunal constitucional y la infraaplicación de la Constitución[63]. En suma, como se afirmará a continuación, los riesgos de permitir que el propio tribunal controle su agenda desaconsejan este tipo de diseños institucionales.

En primer lugar, es altamente dudoso que un tribunal sea competente para determinar en qué momento una sociedad se encuentra preparada para enfrentarse a uno de sus propios desacuerdos (*issue timing*). Incluso si tal atribución

---

60 Ibíd., pp. 7-9.

61 Sobre el minimalismo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, con una referencia especial a la Sentencia C-816 de 2004, cfr. CAJAS SARRIA, MARIO ALBERTO. "Minimalismo judicial. ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?". *Revista Precedente*, 2007, pp. 57-81 y PULIDO ORTIZ, FABIO ENRIQUE. "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista". *Revista Prolegómenos,* vol. XIV, n.º 27, 2011, pp. 165–180.

62 SUNSTEIN, CASS. "Beyond judicial minimalism". *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n.º 08-40, 2008, pp. 1-20.

63 FONTANA. "Docket control", cit., pp. 634-636.

estuviera establecida, resultaría altamente controvertido el mecanismo que debería utilizar el tribunal para realizar esa determinación. Además, el ejercicio de un autocontrol de la agenda por parte del tribunal –sobre la base de la supuesta inmadurez de la sociedad para enfrentar un desacuerdo– es una fuente de constantes violaciones del derecho de acceso a la justicia y del principio de igualdad.

En segundo lugar, las anteriores dudas también recaen sobre la propuesta de permitir un autocontrol de la agenda del tribunal constitucional a la espera de un ambiente político favorable a un resultado determinado del juicio de contraste constitucional (*legitimacy timing*). Existe un alto nivel de indeterminación en la manera como el tribunal puede llegar a percibir el ambiente político frente a una de sus decisiones, y una alta probabilidad de que cometa errores de valoración.

Adicionalmente, la agenda de un tribunal constitucional no debe quedar atada al grado de popularidad de las pretensiones de los ciudadanos que atacan la constitucionalidad de una ley. No existe ninguna razón para sostener que un sistema jurídico debe soportar la existencia de una norma contraria a los valores públicos de la Constitución en virtud de que el tribunal considera que no hay un ambiente favorable a la declaratoria de invalidez de ese acto normativo.

En tercer lugar, los riesgos de permitir que el tribunal fije su propia agenda resultan mucho más claros que las ventajas de adoptar un diseño institucional de este tipo. En concreto, esa facultad abre un margen de discrecionalidad que impide distinguir los fundamentos jurídicos de los fundamentos políticos de una decisión de inadmisión o inhibición proferida por la Corte Constitucional.

A los problemas que este tipo de fenómeno representa para la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia y del principio de igualdad se agrega que se crea un ambiente favorable para la infraaplicación de la Constitución. Como se ha señalado en otro trabajo, la infraaplicación de la Constitución "se caracteriza por la autorrestricción extrema de los jueces, la ausencia de garantías de los derechos constitucionales y el alejamiento entre las promesas de la Constitución en materia de derechos de bienestar y los mínimos garantizados por los tribunales"[64].

De acuerdo con lo anterior, resulta acertado que el sistema colombiano haya optado por disminuir al máximo posible el control que la Corte Constitucional tiene sobre su propia agenda. Como se enunció previamente, además

---

64 Roa Roa. "El incidente de impacto fiscal", cit., p. 16.

de las ventajas que este diseño tiene para fortalecer la deliberación interna de la Corte, el control ciudadano de la agenda del tribunal constitucional es muy relevante porque compromete a los individuos con la defensa de la Constitución.

Del mismo modo, la apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía resultaría inane si se permitiera que el tribunal dejara de intervenir en casos altamente controvertidos o que el órgano contramayoritario decidiera sus tiempos y su agenda en función de la opinión de la mayoría legislativa o social. Como se señaló en el capítulo tercero, estas dos últimas críticas constituyen los reparos más fuertes que se formulan contra algunas de las decisiones inhibitorias de la Corte Constitucional.

Asimismo, en los casos de control de constitucionalidad que implican un alto grado de presión política sobre la Corte Constitucional, la circunstancia de que el control haya sido suscitado por los ciudadanos contribuye a que el tribunal pueda trasladar una parte de esa presión a los demandantes. Lo anterior significa que la Corte puede usar el argumento de que la ciudadanía impone su agenda de control de constitucionalidad para justificar el hecho de que se esté ocupando de tal o cual tema y bajo el prisma de unos determinados argumentos.

La posibilidad de distribuir la presión mediática, política o social sobre el resultado de un proceso de constitucionalidad y enfocarla en escenarios diferentes al de la propia Corte Constitucional ubica al tribunal en una mejor posición porque disminuye la probabilidad de que la Corte se haya involucrado en un determinado proceso de control de constitucionalidad por desavenencias políticas, por el deseo de invadir las competencias de otra rama del poder público o de poner fin al mandato de un funcionario público con un alto nivel de popularidad[65].

2.2. La acción pública de constitucionalidad compensa la ineficacia de la iniciativa legislativa popular y el control ciudadano débil sobre la agenda del legislador

Además de los argumentos expuestos en la sección anterior, el control ciudadano de la agenda del tribunal constitucional es esencial para los sistemas políticos

---

65 Cfr. Roa Roa, Jorge Ernesto. "La independencia de la Corte Constitucional de Colombia y la acción pública de constitucionalidad". En González Pascual, Maribel (dir.) y Solanes Mullor, Joan (coord.). *Independencia judicial y Estado constitucional. El estatuto de los jueces*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 100 y 101.

en los cuales existe un presidencialismo exacerbado y los ciudadanos tienen una baja incidencia sobre la agenda legislativa. En Colombia, por ejemplo, la agenda legislativa está fuertemente coordinada con las políticas del Gobierno, existe un deficitario control político parlamentario a la actividad del presidente y las iniciativas legislativas ciudadanas son pocas e inviables sin el apoyo del mismo jefe de Gobierno.

En ese contexto, la cooptación del Congreso por parte del presidente y el bajo nivel de control ciudadano sobre la agenda legislativa se reequilibran con el alto poder de los ciudadanos sobre la agenda de la Corte Constitucional. De acuerdo con esta idea, el control de constitucionalidad –mediante la acción pública– funciona como mecanismo para subsanar el déficit de escrutinio político parlamentario y como instrumento para subsanar el déficit de intervención ciudadana en el proceso de elaboración de las leyes.

En efecto, la Constitución Política de 1991 estableció la iniciativa legislativa ciudadana como un mecanismo de participación popular[66] y como un derecho político fundamental[67]. El contenido de ese derecho implica que los ciudadanos, con el previo cumplimiento de algunos requisitos, pueden presentar proyectos de ley o de reforma constitucional[68].

El modelo implementado en Colombia es el de la iniciativa legislativa formulada e indirecta. Lo primero implica que los ciudadanos deben proponer un proyecto concreto de articulado que constituya una reforma legal o constitucional, de manera que no se pueden limitar a formular una solicitud genérica al Congreso para que legisle sobre una materia[69]. Lo segundo significa que la última palabra sobre la reforma legal o constitucional propuesta por los ciudadanos la tiene el propio órgano legislativo y no el pueblo en una consulta popular.

Desde el punto de vista material, la iniciativa legislativa popular no opera en relación con las leyes cuya iniciativa se encuentra reservada al Gobierno. Adicionalmente, no puede haber iniciativa legislativa popular para i) las leyes de presupuesto, fiscales y tributarias, ii) la regulación de las relaciones internacionales, iii) la concesión de amnistías o indultos y iv) el mantenimiento del orden público[70].

---

66 Cfr. Constitución Política de Colombia, arts. 40-5, 103 y 155.

67 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994.

68 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 375.

69 Cfr. Ley 134 de 1994, art. 13.

70 Cfr. Ley 1757 de 2015, art. 18.

De acuerdo con el texto constitucional, la iniciativa legislativa popular debe estar respaldada por un número plural de ciudadanos equivalente al 5% del censo electoral[71]. El proceso de la iniciativa legislativa popular comienza con la designación de una persona que actúa como promotor o de un grupo de personas que integran el comité promotor. A esta primera fase le sigue la inscripción de la propuesta en la Registraduría Nacional del Estado Civil, la recolección de las firmas o apoyos por un periodo de hasta seis meses, la verificación y la certificación de los apoyos por parte de la misma Registraduría[72].

Cuando ese proceso ha finalizado, la iniciativa empieza su estudio en el Congreso. En las cámaras, la propuesta ciudadana debe seguir el mismo trámite previsto para los proyectos de ley presentados con mensaje de urgencia por el presidente de la república[73]. Desde luego, el Congreso cuenta con toda la discrecionalidad para aprobar o rechazar la iniciativa legislativa popular. Según la Corte Constitucional de Colombia, la ley aprobada como resultado de la iniciativa legislativa popular tiene el mismo rango que las demás leyes ordinarias de iniciativa legislativa o gubernamental[74].

Como se puede inferir, la participación ciudadana mediante la iniciativa legislativa involucra un proceso largo, complejo y con requisitos engorrosos. El único factor que juega a favor de los ciudadanos tiene relación con el trámite de urgencia que se confiere a la iniciativa una vez ha sido presentada ante el Congreso[75]. Sin embargo, antes de llegar a esa fase se han tenido que reunir casi dos millones de firmas y estas han debido ser comprobadas por la Registraduría.

Por otra parte, el trámite de urgencia resulta inane porque lo importante para que la iniciativa tenga éxito es que obtenga el apoyo necesario de los miembros del Congreso para que se convierta en ley. Esto último puede resultar mucho más complicado que todas las etapas previas, y en un sistema como el

---

71 La Ley 40 de 1993 (Estatuto Nacional contra el Secuestro) fue la primera ley aprobada como resultado de un ejercicio de iniciativa popular bajo la vigencia de la Constitución de 1991. La constitucionalidad parcial de esta ley fue revisada en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-565 de 1993.

72 Cfr. Ley 1757 de 2015, arts. 4-21.

73 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 155) y Ley 1757 de 2015, art. 20-b.

74 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-542 de 1993.

75 El trámite de urgencia implica que el poyecto tiene prelación en el orden del día y que la cámara en la que cursa el proyecto debe decidir en un plazo de treinta días. Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 163 y Ley 5.ª de 1992, art. 191.

colombiano implica un esfuerzo por obtener el apoyo de los congresistas y del Gobierno. De manera que es muy poco probable que una iniciativa legislativa popular tenga éxito sin el apoyo del presidente o sin que este movilice a sus mayorías en el Congreso.

Por esa razón, en Colombia se han intentado sin éxito varias iniciativas legislativas populares con el fin de reformar la Constitución o de aprobar una ley. En el primer caso, se han presentado tres iniciativas de reforma constitucional para reducir la edad necesaria para ser congresista, autorizar la reelección presidencial y modificar el régimen de los servicios públicos. De estas, la primera no recaudó el número suficiente de apoyos, la segunda fue desistida por su promotor y solo la tercera agotó todas las fases previas necesarias para su debate en el Congreso, pero no fue aprobada por la mayoría del órgano legislativo, en donde fue retirada después del primer debate[76].

En el segundo caso, se han presentado seis iniciativas populares de ley sobre temas esenciales como la financiación de vivienda, los servicios públicos, el porte de armas de fuego o la protección a las víctimas de secuestro. De las seis iniciativas, dos no recaudaron los apoyos suficientes, dos no presentaron firmas y dos fueron rechazadas por el Congreso[77].

De todo lo que se ha dicho hasta ahora se infiere que en Colombia existe un alto nivel de protagonismo y participación ciudadana en el sistema de control de constitucionalidad. Es decir, el ciudadano es una pieza esencial del sistema de depuración constitucional del ordenamiento jurídico. Sin embargo, según el diseño constitucional de la iniciativa legislativa popular y su funcionamiento concreto, el ciudadano no tiene un rol central en la determinación de la agenda del Congreso porque la iniciativa legislativa es débil en virtud de los exigentes requisitos de ese mecanismo.

En ese contexto surgen las siguientes preguntas: ¿cómo se puede explicar ese desequilibrio entre el poder de un solo ciudadano para atacar la constitucionalidad de las leyes y la exigencia de un número plural de ciudadanos para la iniciativa legislativa?, ¿cómo se ajusta ese desequilibrio a la perspectiva de participación ciudadana que involucra el constitucionalismo colombiano?, y, ¿qué justifica o confiere un nivel de razonabilidad a ese desequilibrio?

---

76 AA.VV. *Mecanismos de participación ciudadana en Colombia. 20 años de ilusiones.* Corporación Misión de Observación Electoral, Bogotá, 2012, pp. 49-52.

77 Ibíd., pp. 52-56.

Una explicación razonable de la existencia de una cierta disparidad entre la iniciativa legislativa –que requiere de un número plural de ciudadanos– y la posibilidad de que un solo ciudadano ataque la constitucionalidad de las leyes mediante la acción pública de constitucionalidad consiste en analizar el tipo de razones que pueden aducir unos y otros. En efecto, mientras que los ciudadanos que participan en una iniciativa legislativa pueden respaldar su acción en razones de conveniencia u oportunidad, quienes demandan una ley ante la Corte Constitucional solo pueden intervenir con argumentos de constitucionalidad.

Esto significa que el poder ciudadano de atacar la constitucionalidad de las leyes resulta limitado en razón del sistema de filtros que se analizó en el capítulo tercero y, especialmente, en virtud del requisito de pertinencia de los argumentos de la demanda de constitucionalidad. Este implica que el ciudadano solo puede utilizar razones de orden constitucional.

Por el contrario, en la iniciativa legislativa popular, el ciudadano puede buscar el respaldo para su proyecto de ley o de reforma constitucional en argumentos de conveniencia u oportunidad. En otras palabras, mientras que en la iniciativa legislativa popular los ciudadanos pueden iniciar el proceso de aprobación de una ley por razones de conveniencia y su único límite es el respeto por los valores públicos de la Constitución, en la acción pública de constitucionalidad los ciudadanos solo pueden atacar el acto normativo por ser contrario a los valores públicos de la Constitución y deben dejar de lado cualquier argumento relativo a la (in)conveniencia de ese acto normativo.

Por otra parte, si se abandona la perspectiva de comparar la acción pública de constitucionalidad con la iniciativa legislativa popular y se analiza todo el sistema constitucional, se puede inferir que las dificultades que enfrentan los ciudadanos para participar en el proceso de aprobación de las leyes –mediante la iniciativa legislativa popular– se equilibran con el alto nivel de participación ciudadana en el control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso.

En consecuencia, en Colombia los ciudadanos carecen de una vía amplia de participación en el mecanismo de aprobación de las leyes, pero tienen un gran poder para controlar los resultados finales de la labor legislativa. Desde este punto de vista, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad no se opone a un mecanismo restringido de iniciativa legislativa, sino que compensa las limitaciones de esa vía institucional de participación ciudadana.

Adicionalmente, un elemento crucial es que la acción pública de constitucionalidad cumple otra función para compensar la baja efectividad de la iniciativa legislativa popular. En algunos casos, el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad permite que los ciudadanos soliciten a la Corte Constitucional que declare la existencia de una omisión legislativa relativa para que el tribunal proceda a remediarla unilateralmente mediante una sentencia integradora o bilateralmente por medio de un exhorto al Congreso. En esos supuestos, el acceso directo al control de constitucionalidad de las leyes no solo permite que el ciudadano participe en la depuración del ordenamiento jurídico, sino que lo faculta para activar un mecanismo para remediar la discriminación normativa producto de la inacción del legislador. Este fenómeno ha sido calificado como una especie de iniciativa legislativa ciudadana indirecta:

> … las sentencias de constitucionalidad no se han limitado a declarar la exequibilidad o la inexequibilidad de la norma legislativa impugnada, sino que han exhortado al legislador o, incluso, establecido un conjunto de normas provisionales en la materia objeto del juicio de constitucionalidad, a la espera de la intervención del órgano parlamentario. En efecto, llama la atención tanto la naturaleza legislativa de algunas sentencias, como el hecho de que tales intervenciones creativas de los jueces constitucionales hayan sido solicitadas directamente por los ciudadanos en el ejercicio de un derecho político que se asemeja mucho al derecho de iniciativa legislativa[78].

Desde luego, el equilibrio interno entre la apertura del control de constitucionalidad y los obstáculos de la iniciativa legislativa popular no es suficiente para comprender todo el rol del poder judicial y de los ciudadanos en relación con el proceso de aprobación de las leyes. Especialmente, esta perspectiva resulta insuficiente para captar el papel de la justicia constitucional en contextos de presidencialismo fuerte. En estos últimos, el Gobierno tiene iniciativa legislativa general, iniciativa legislativa exclusiva, domina las mayorías del Congreso, puede objetar leyes y reformas constitucionales aprobadas por el legislador y es titular potencial de facultades legislativas temporales. Por esa razón, resulta imprescindible analizar la manera como la existencia de una acción pública de constitucionalidad ha fortalecido el rol de la Corte Constitucional de Colombia en la contención del hiperpresidencialismo.

---

78 Caielli. "El derecho de participación", cit., p. 110.

3. LA ACCIÓN PÚBLICA COMO UN INSTRUMENTO DE REEQUILIBRIO DEL PODER EN EL CONTEXTO DEL HIPERPRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

Como se ha señalado hasta ahora, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad tiene una serie de beneficios institucionales intrínsecos. Esto quiere decir que existen razones que juegan a favor de abrir la puerta de los tribunales a los ciudadanos porque este diseño institucional tiene ventajas comparativas respecto de los demás modelos de acceso al control de constitucionalidad.

No obstante, es importante tener en cuenta que la acción pública de constitucionalidad objeto de análisis de esta investigación opera en un contexto social y político determinado. Algunas de las características de ese contexto permiten inferir un conjunto de razones a favor de la adopción de un modelo de acceso directo a la justicia constitucional. En esta sección se analizará la función de la acción pública de constitucionalidad en un escenario caracterizado por el hiperpresidencialismo y por el bajo nivel de control político y parlamentario al Gobierno.

El objetivo de esta parte del libro será demostrar que, en escenarios de hiperpresidencialismo, el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad no causa un coste sino un beneficio democrático porque la intervención judicial contribuye a mantener las condiciones básicas de la democracia que el excesivo poder del presidente amenazaba subvertir. En concreto, se mantendrá que el ejercicio ciudadano de la acción pública de constitucionalidad ha operado como un instrumento para la redistribución del poder dentro del sistema político que, además, ha evitado la consolidación de facultades omnímodas en cabeza del presidente. A esos efectos, se procederá a señalar las características básicas del hiperpresidencialismo en Colombia y el rol de la Corte Constitucional y del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad en ese contexto político.

3.1. EL ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA CONTENER EL HIPERPRESIDENCIALISMO

En relación con el contexto es importante señalar, en primer lugar, que desde principios del siglo XIX los países de América Latina adoptaron de manera

predominante el sistema presidencial[79]. El modelo implementado en las primeras constituciones de la región que fueron aprobadas después de los movimientos de independencia se basó en el sistema de Estados Unidos[80].

De manera general, el sistema presidencial tiene como eje central la existencia de un poder ejecutivo fuerte, independiente del órgano legislativo y con control exclusivo o predominante sobre la composición del Gobierno[81]. En comparación con el parlamentarismo, la doctrina señala que la principal diferencia radica en que el presidencialismo prescinde de la relación de confianza entre el legislador y el jefe del Gobierno[82].

En la mayoría de los sistemas presidenciales, el jefe del Gobierno "tiene poderes excepcionales e independencia respecto al resto del sistema político"[83]. En ese sentido, no cabe ninguna duda de que todo sistema presidencial confiere una posición especial al presidente, la cual se traduce en mayores poderes y, correlativamente, en un menor control por parte de los demás órganos del Estado. También se ha señalado que el presidencialismo busca un poder ejecutivo estable y fuerte, lo que genera un alto riesgo de personalización del poder[84].

En los países de América Latina que mantienen el sistema presidencial[85], las anteriores notas distintivas tienen "un significado histórico especial"[86]. En efecto, en los Estados de la región, el alto nivel de concentración del poder en el jefe de Gobierno, la falta de independencia del órgano legislativo y el déficit de control político de este segundo hacia el primero han alcanzado niveles

---

79 Sobre el concepto de presidencialismo, las diferencias, ventajas y deficiencias de este sistema respecto del parlamentarismo, cfr. Linz, Juan J. "The perils of presidentialism". *Journal of Democracy*, vol. 1, n.º 1, 1990, pp. 51-69 y "The virtues of parliamentarism". *Journal of Democracy*, vol. 1, n.º 4, 1990, pp. 84-91.

80 Ginsburg, Tom; Melton, James y Elkins, Zachary. *The Endurance of National Constitutions.* Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 25.

81 Linz. "The Perils of presidentialism", cit., p. 52.

82 Ibíd., p. 52.

83 Dixon y Landau. "Transnational constitutionalism", cit., p. 633.

84 Linz. "The perils of presidentialism", cit., p. 54.

85 Con algunas diferencias propias de cada Estado, el sistema presidencialista existe actualmente, entre otros, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Cfr. Fix-Fierro, Héctor y Salazar Ugarte, Pedro. "Presidentialism". En Rosenfeld y Sajó (eds.). *The Oxford Handbook*, cit., pp. 634-636.

86 Dixon y Landau. "Transnational constitutionalism", cit., p. 633.

desproporcionados[87]. En la mayoría de los países latinoamericanos, el sistema presidencial ha degenerado en un fenómeno de hiperpresidencialismo[88] que se caracteriza por la existencia de un alto nivel de concentración de los poderes constitucionales por parte del presidente[89].

Los rasgos generales del hiperpresidencialismo son la pérdida de poderes de los órganos legislativos[90], la disminución del nivel de control judicial ordinario al presidente (*i.e.*, fueros o inmunidades), la debilidad de los mecanismos de control político (*i.e.*, preguntas, interpelaciones o requerimientos), la ineficacia de los mecanismos de control político (*i.e.*, moción de censura, citaciones o procedimientos de *impeachment*)[91], la reducción de la deliberación dentro del poder legislativo[92], el desplazamiento de las competencias legislativas al poder ejecutivo mediante la disminución del ámbito de aplicación de la reserva de ley[93], la extensión del periodo presidencial o la habilitación de la reelección del presidente[94], la centralización de la ejecución del presupuesto público[95], la jefatura exclusiva de las fuerzas armadas, la existencia de amplias

---

87 Cheibub, Jose Antonio; Elkins, Zachary y Ginsburg, Tom. "Latin American presidentialism in comparative and historical perspective". *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1707-1739.

88 Algunas autoras consideran que también se presentan fenómenos de presidencialismo exacerbado en países como Rusia. Así Martínez, Jenny. "Horizontal structuring". En Rosenfeld y Sajó (eds.). *The Oxford Handbook*, cit., p. 558.

89 "Es sabido abiertamente que el hiperpresidencialismo ha sido una de las leyes de construcción del Estado en América Latina. Un rasgo característico de los sistemas políticos del subcontinente, desde su surgimiento tras la independencia de España, ha sido el predominio, a veces desmedido, del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo". Bernal Pulido, Carlos. "La democracia como principio constitucional en América Latina". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 17, julio-diciembre, 2007, p. 33.

90 Dixon y Ginsburg. *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 216.

91 Bernal Pulido. "La democracia como principio", cit., pp. 35 y 36.

92 Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. 3.ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 504-657.

93 Bernal Pulido. "La democracia como principio", cit., p. 34.

94 "Una de las amenazas más graves que se cierne sobre nuestra región latinoamericana es la exacerbación del presidencialismo como modelo político, incrementado por la tendencia hacia las reelecciones presidenciales en muchos países, estableciéndose la 'reelección indefinida', al modo de la Constitución Bolivariana de Venezuela". Dalla Via, Alberto Ricardo. "Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, n.º 9, 2014, p. 179.

95 Penfold, Michael. "La democracia subyugada. El hiperpresidencialismo venezolano". *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, n.º 1, 2010, pp. 35 y 36.

facultades excepcionales mediante la figura de los estados de excepción[96], la cooptación de los demás poderes del Estado[97], la inexistencia o la ineficacia de los mecanismos para la revocatoria del mandato, la cooptación y la persecución de los medios de comunicación y la tendencia a perpetuarse en el cargo[98]. En definitiva, se trata de un fenómeno en el cual el presidente ostenta y ejerce facultades que interfieren con el ejercicio de los poderes asignados a los demás órganos del Estado de manera que "reducen la autoridad del legislador y de los tribunales"[99].

Esta tendencia regional ha llegado a un punto excesivamente preocupante con los fenómenos de *caudillismo* en países como Colombia[100] o Venezuela[101]. A lo anterior se agregan las reformas constitucionales formales o informales de las dos últimas décadas que han tenido como objetivos la extensión del

---

96 González Jácome, Jorge. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015 y Martínez. "Horizontal structuring", cit., p. 554.

97 "El hiperpresidencialismo obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias. La centralización del poder tampoco es compatible con la democratización de la sociedad implícita en los amplios catálogos de garantías fundamentales. Además, la marcada personalización de la institucionalidad es altamente perjudicial para la misma". Bogdandy, Armin von. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 34, 2015, pp. 20 y 21.

98 "*In Latin America, a region that has been universally presidentialist since state formation, nearly all constitutions through the turn of the twentieth century and well more than 90 percent of constitutions through World War II contained executive term limits. In the postwar era, however, the proportion of cases in Latin America with limits has dropped. Among constitutions currently in force in Latin America, only 85 percent contain executive term limits, down from 95 percent immediately after World War II. On the other hand, constitutions in the rest of the world have gone in the other direction. Whereas only 47 percent of constitutions outside of Latin America provided for term limits in 1950, 73 percent now do. With respect to term limits at least, Latin America is starting to look more like the rest of the world at the same time that the rest of the world becomes more like Latin America*". Ginsburg, Tom; Melton, James y Elkins, Zachary. "Do executive term limits cause constitutional crises?". En Ginsburg, Tom (ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 358.

99 Martínez. "Horizontal structuring", cit., p. 554.

100 Uprimny Yepes, Rodrigo. "The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and challenges". *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, p. 1606.

101 Penfold. "La democracia subyugada", cit., pp. 21-40.

periodo presidencial y la habilitación de la reelección, en algunos casos ilimitada, del presidente[102].

De manera que un análisis en contexto regional permite inferir que ni el hiperpresidencialismo, ni la atribución de facultades excepcionales al presidente o el ejercicio abusivo de los estados de excepción han sido características propias de la historia constitucional de Colombia. Por el contrario, estos elementos forman parte del acervo común de la historia de América Latina. Por esa razón, un estudio más amplio debería comprender el análisis del papel de los tribunales supremos y constitucionales de cada uno de los Estados y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la contención del hiperpresidencialismo regional.

Es cierto que, en algunos casos, el rol de los tribunales no ha sido de contención sino de connivencia con el ejercicio desorbitado de las facultades presidenciales. Sin embargo, es importante reconocer que los tribunales que han asumido esta posición, generalmente lo han hecho después de que el poder ejecutivo ha realizado todas las reformas institucionales necesarias para reducir la independencia judicial y asegurar la cooptación de la judicatura[103].

En todo caso, cuando ha logrado preservar su independencia, el poder judicial de América Latina ha sido un factor de control de los excesivos poderes presidenciales y de compensación frente al déficit de escrutinio parlamentario. Se trata de un fenómeno en el que la judicatura emite decisiones que limitan las competencias del presidente, invalida reformas legales o constitucionales que profundizan la concentración del poder en el ejecutivo, denuncia la falta de deliberación dentro del órgano legislativo antes de la aprobación de las iniciativas del Gobierno, y protege los derechos fundamentales y sociales de los ciudadanos frente a la acción u omisión del poder ejecutivo[104].

---

102 Cfr. Bernal Pulido, Carlos; Caicedo, Aparicio y Serrafero, Mario. *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 1-126.

103 Estudios sobre este aspecto en Ecuador y Venezuela son, respectivamente, Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma a la justicia ecuatoriana*. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad e Instituto de Defensa Legal, Washington, 2014, pp. 1-87 y Canova González, Antonio et al. *El TSJ al servicio de la Revolución*. Galipán, Caracas, 2014, pp. 27-55.

104 Uprimny, Rodrigo. "The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debates". En Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing, England, 2006, pp. 127-151.

De acuerdo con esa visión, en la región se ha presentado una paradoja democrática porque ha aumentado el rol del menos democrático de los poderes públicos para evitar la destrucción de los principios democráticos por parte del legislador y del ejecutivo. Según esa paradoja, los tribunales constitucionales han actuado como garantes del equilibrio de poderes con el fin de limitar los excesos presidenciales y la inacción legislativa que ponen en riesgo el sistema democrático[105]. Como señala Bernal Pulido, la paradoja se completa si se tiene en cuenta que este rol de la justicia constitucional ha gozado de amplia aceptación y respaldo ciudadano:

> … en América Latina la jurisdicción constitucional ha desempeñado un papel en el sistema político que resulta *sui generis* desde el punto de vista del derecho comparado. El hiperpresidencialismo ha llevado a que la Corte Constitucional asuma, con gran legitimidad y respaldo popular, un papel que en principio no le correspondía, y se haya erigido a sí misma en una instancia de control político tanto del Ejecutivo como del Legislativo cuando éste ha sido demasiado aquiescente con el Gobierno[106].

En ese contexto, uno de los tribunales constitucionales de la región que ha cumplido con mayor profusión el rol de contención del hiperpresidencialismo ha sido la Corte Constitucional de Colombia[107]. Bajo esa perspectiva resulta destacable la intervención de la Corte en dos ámbitos: i) el control de los poderes presidenciales para declarar y adoptar medidas bajo estados de excepción y ii) la garantía de los derechos sociales.

3.1.1. La justicia constitucional frente a los abusos por acción del gobierno: los límites a los estados de excepción

En primer lugar, el papel de la Corte Constitucional de Colombia en relación con el control material de los poderes del presidente de la república para de-

---

105 "El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional. De este modo, con fundamento en el principio de constitucionalidad, las Cortes Constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo de los poderes presidenciales, han intentado llenar el vacío de control político con una extensión de su control jurídico". Bernal Pulido, Carlos. "La democracia como principio", cit., p. 36.

106 Bernal Pulido. "La democracia como principio", cit., pp. 37-38.

107 Dalla Via. "Ensayo sobre la situación", cit., p. 180.

clarar y adoptar medidas bajo la figura de los estados de excepción ha sido sobresaliente[108]. En virtud de la obligación que recae sobre el presidente de remitir los decretos legislativos que declaran un estado de excepción y aquellos que se dictan para conjurar la situación de emergencia[109], la Corte ha podido examinar la validez constitucional del ejercicio de esas competencias y ha contribuido a reducir el uso desorbitado de los estados de excepción, a racionalizar el ejercicio presidencial de esas facultades y a mantener la normalidad democrática[110]. Todo lo anterior, en virtud de un control formal y material sobre los decretos de declaratoria de los estados de excepción y de las medidas adoptadas en ejercicio de los poderes excepcionales que estos confieren al presidente[111]. Se trata, sin duda, de una intervención valiosa en un contexto político, como el colombiano, en el que el abuso de los estados de excepción (*e.g.*, estado de sitio) fue una constante durante la mayor parte del siglo XX[112].

Las situaciones que llevan a la declaratoria de un estado de excepción implican un dilema para la democracia y para el Estado de derecho[113]. Por una parte, una guerra, una grave alteración del orden público o una catástrofe sugieren la necesidad de conferir amplios poderes a las autoridades para que preserven el orden público y atiendan las necesidades especiales derivadas de un hecho extraordinario. Sin embargo, al mismo tiempo, es necesario asegurar que las autoridades no abusen de la facultad de declarar un estado de excepción mediante

---

108 Los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política de Colombia establecen los siguientes estados de excepción: guerra exterior, conmoción interior y emergencia (económica, social y ecológica). Durante el primer año de funcionamiento de la Corte Constitucional esta recibió 44 decretos de estado de excepción, y una de las primeras decisiones de la historia de la Corte fue el control integral de un decreto de declaratoria de un estado de excepción. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 1992. Sobre los estados de excepción en clave comparada y con especial énfasis en Alemania, Estados Unidos, Francia, Japón y Reino Unido, cfr. DYZENHAUS, DAVID. "States of Emergency" y HASEBE, YASUO. "War Powers". En ROSENFELD y SAJÓ (eds.). *The Oxford Handbook*, cit., pp. 442-462 y 463-480.

109 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 214-6.

110 UPRIMNY, RODRIGO. "The Constitutional Court", cit., pp. 33-49.

111 Ibíd., pp. 39-43.

112 Durante el siglo XX, en Colombia, se abusó de la figura de los estados de excepción y, en concreto, del estado de sitio previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1886. Según Rodrigo Uprimny, entre 1958 y 1970 hubo estado de excepción durante 48.5 meses, y entre 1970 y 1991 la cifra ascendió a 206 meses. Durante la primera década de funciones de la Corte Constitucional de Colombia (1992-2002) hubo algún estado de excepción durante 23.6 meses. Cfr. UPRIMNY. "The Constitutional Court", cit., p. 46.

113 Ibíd., p. 34.

una valoración extensiva de los supuestos constitucionales que los habilitan o que, una vez declarado el estado de excepción, adopten medidas que restrinjan la vigencia de las garantías básicas del Estado de derecho y de la democracia[114].

En el contexto de ese dilema, la intervención de la Corte Constitucional de Colombia ha preservado las condiciones básicas de la democracia y ha garantizado la protección de los derechos humanos mediante el control formal y material de los decretos que declaran un estado de excepción[115]. De esta manera, el tribunal no solo ha invalidado decretos en los que se ha declarado de manera injustificada un estado de excepción, sino que ha enviado un mensaje de autorrestricción al poder ejecutivo para que no abuse de estos poderes excepcionales[116].

Además de las anteriores medidas, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de la *inconstitucionalidad por consecuencia*. De acuerdo con esta doctrina, la Corte debe invalidar los decretos adoptados bajo un estado de excepción cuando el decreto que declaró la excepcionalidad fue considerado como inconstitucional por la propia Corte[117]. Como ha señalado el tribunal, la inconstitucionalidad por consecuencia se extiende a todos los decretos dictados con base en el estado de excepción y afecta, incluso, al decreto que pone fin a la excepcionalidad[118]. Solo en algunos casos el tribunal ha avalado la vigencia de una medida dictada bajo emergencia económica y social cuyo decreto declaratorio fue invalidado. En esa oportunidad, la Corte argumentó que era necesario mantener temporalmente una de las medidas adoptadas para evitar un desequilibrio fiscal a corto plazo[119].

---

114 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., pp. 631-635.

115 El primer caso en el que la Corte Constitucional debió controlar un decreto que declaraba un estado de excepción se puede consultar en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 1992. En esta decisión la Corte declaró la constitucionalidad del Decreto 333 de 1992 que estableció un estado de emergencia social.

116 Un resumen de la doctrina de la Corte Constitucional sobre el control material de los decretos que declaran un estado de excepción se puede consultar en las siguientes decisiones judiciales: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216 de 2011 (inconstitucionalidad del Decreto 20 de 2011 que declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica por calamidad grave) y C-670 de 2015 (constitucionalidad del Decreto 1770 de 2015 que declaró un estado de emergencia económica y social).

117 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-488 de 1995.

118 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 de 2009. En este caso, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto 021 de 2009 que daba por finalizado un estado de conmoción interior.

119 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253 de 2010. En esta decisión la Corte declaró la inconstitucionalidad por consecuencia diferida del Decreto 127 de 2010 que fue expedido

Esa forma de intervención de la jurisdicción constitucional en las facultades excepcionales del presidente ha contribuido a demostrar que el control de constitucionalidad opera como un elemento de reequilibrio de los poderes públicos y, en concreto, de contención del hiperpresidencialismo[120].

La experiencia de Colombia sobre este aspecto es paradigmática y puede ser útil para reflexionar a favor de la intervención judicial en el control de las competencias especiales de los jefes de Gobierno porque demuestra que el tribunal constitucional ha contribuido a mantener las condiciones básicas del Estado de derecho que resultan amenazadas por el ejercicio de las prerrogativas presidenciales. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional puso fin a una tradición constitucional consolidada en la que la excepción se hizo regla, y en virtud de la cual los presidentes declaraban el estado de sitio con el fin de concentrar facultades legislativas y restringir de manera desproporcionada los derechos humanos. Se trata de un caso evidente de contención de los posibles excesos derivados de la tendencia a ampliar el poder del presidente en los países de la región[121].

3.1.2. La justicia constitucional frente a los abusos por omisión del Gobierno: la protección de los derechos sociales

El segundo tipo de intervención de la Corte Constitucional de Colombia que contiene el excesivo presidencialismo tiene relación con la garantía de los derechos económicos y sociales. En efecto, las decisiones del tribunal colombiano sobre esta materia le han valido su calificación como modelo de prestigio en el derecho constitucional comparado[122]. En este ámbito, la Corte ha proferido

---

bajo estado de emergencia social e impuso gravámenes a productos como la cerveza, los cigarrillos y los juegos de azar. La Corte permitió que la medida se aplicara durante unos meses para evitar una afectación grave a los sistemas tributario y de salud.

120 Uprimny. "The Constitutional Court", cit., pp. 33-49.

121 Sobre la jurisprudencia colombiana relacionada con el control de los estados de excepción, cfr. Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Los estados de excepción constitucional en Colombia". *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 117-146; Ramelli Arteaga, Alejandro. "Control de constitucionalidad y conmoción interior". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 15, 2003, pp. 57-74 y Vanegas Gil, Pedro Pablo. "La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 27, 2011, pp. 261-290.

122 Cepeda Espinosa, Manuel José. "Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court". *Texas Law Review*, n.º 89, 2011, pp. 1699-1705.

medidas de protección de los derechos sociales que pueden ser calificadas como ponderadas, innovadoras, dialógicas y estructurales. Esta es una de las causas de que la Corte sea calificada como un tribunal activista –en uno de los sentidos de la expresión– y de que su jurisprudencia sea referencia obligada para los tribunales de América Latina y del Sur global[123].

En relación con el hiperpresidencialismo, la intervención de la Corte Constitucional para proteger los derechos sociales sobresale en aquellos casos en los que el tribunal ha contribuido a eliminar los bloqueos institucionales y a reparar la inacción del legislador o del Gobierno[124]. Múltiples estudios señalan el poder transformador de las decisiones del tribunal que han garantizado directamente los derechos a la salud, que han servido como base para la elaboración de políticas públicas por parte del poder legislativo o que han creado vías para superar situaciones de discriminación estructural[125]. En estos casos, la justicia constitucional impone deberes concretos de actuación a la administración y presiona el desarrollo legislativo de los derechos sociales a pesar de la resistencia del Gobierno a aceptar ese tipo de legislación.

En razón de este tipo de intervenciones, el tribunal ha sido calificado como una institución insensible al costo económico de sus decisiones. Sin embargo, esa imputación ha sido parcialmente desmentida por estudios en los que se demuestra que la gran mayoría de las decisiones estructurales del tribunal no han ordenado directamente la inversión de recursos[126]. Por el contrario,

---

123 Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión*, cit., pp. 21-53.

124 Ibíd., pp. 95-98.

125 "[L]as burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas generan bloqueos estructurales que frustran la realización de los derechos constitucionales. Ante esas circunstancias de bloqueo institucional, que llevan a graves deficiencias o incluso a una ausencia completa de políticas públicas que se ocupen de problemas sociales urgentes, planteamos que los tribunales son las instituciones apropiadas para eliminar los obstáculos al funcionamiento apropiado del Estado y para promover la protección de los derechos. A partir de una concepción de la democracia que destaca la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público, argumentamos que esta clase de intervención judicial fortalece la democracia en lugar de erosionarla". Ibíd., p. 38.

126 Cfr. Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. Esta decisión judicial es un paradigma en materia de protección estructural y sistémica de los derechos de la población en situación de desplazamiento. Sin embargo, como señala Manuel José Cepeda, en esta decisión la Corte no ordenó el gasto de un solo céntimo (*penny*). Por el contrario, el tribunal ordenó que el propio Gobierno estimara el presupuesto necesario para garantizar los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado. Según el autor –quien también fue el magistrado ponente de la decisión– la Corte aceptó incluso que la onerosidad en la garantía de los

la Corte ha proferido órdenes condicionadas al respeto de la sostenibilidad financiera[127]. En muchos otros casos, el tribunal se ha limitado a ordenar el pago de lo debido, esto es, la satisfacción de una prestación que ya se encontraba establecida en la ley:

> … estrictamente hablando, las sentencias sobre derechos sociales prestacionales que constituyen un pago de lo debido no pueden ser consideradas como verdadero activismo judicial en derechos sociales. En efecto, en estos casos la acción de tutela funciona como un remedio judicial contra la ineficacia de la administración. Esto es así ya que la orden judicial de que se pague una cantidad de dinero o de que se provea un servicio es simplemente una orden de que se cumpla con una obligación que ya existía previamente. En ese sentido, las sentencias de tutela de este tipo se parecen a una acción de cumplimiento, a través de la cual el beneficiario de un servicio o un subsidio exige el pago de lo que se le ha reconocido de antemano. Además, en estos casos el juez de tutela no realiza su función natural de adjudicación, sino que más bien ejecuta una función rutinaria dirigida a cobrar pagos debidos por el Estado como resultado de sus deudas[128].

Aun así, del hecho de que la Corte Constitucional haya mostrado un respeto por la sostenibilidad financiera para moderar el tipo de órdenes emitidas por ella con el fin de proteger los derechos sociales no se infiere que la intervención judicial no haya sido esencial para controlar el hiperpresidencialismo y el poder del Gobierno sobre el órgano legislativo.

Por ejemplo, la Corte ha señalado que le corresponde la función de monitoreo o supervisión del cumplimiento de sus propias decisiones. De esta manera, el tribunal ha adquirido una relevancia inusitada porque no solo expide una orden compleja relacionada con aspectos estructurales y sistémicos de protección de los derechos sociales, sino que puede vigilar que esta se cumpla

---

derechos de esa población podía ser una causa válida para adoptar medidas de tipo regresivo. Cepeda Espinosa. "Social and economic rights", cit., p. 1701.

127 Cfr. Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Esta decisión judicial es un paradigma en materia de protección del derecho a la salud en Colombia. Entre todas las órdenes proferidas por el tribunal, destaca la sensibilidad de la Corte por la sostenibilidad económica del sistema de salud. Cepeda Espinosa. "Social and economic rights", cit., pp. 1701 y 1702.

128 Saffon, María Paula y García Villegas, Mauricio. "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia". *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011, p. 94.

efectivamente por la autoridad encargada[129]. En estos casos, la Corte ha generado espacios de deliberación pública en los que participan los destinatarios de las órdenes, los beneficiarios, las instituciones públicas y la sociedad civil. Además, se trata de una intervención judicial que goza de amplio respaldo popular porque la sociedad percibe que "existe, al menos, una rama del poder que actúa progresiva y eficientemente"[130].

Por último, en lo relativo a la contención del hiperpresidencialismo es importante señalar que las medidas adoptadas por la Corte Constitucional de Colombia para proteger los derechos económicos y sociales también funcionan como un mecanismo de *accountability* horizontal. Eso quiere decir que, además de la protección individual o colectiva, los tribunales contienen los excesos de las otras ramas del poder público, declaran la inacción de las mismas y estimulan la actividad del ejecutivo y del legislador.

3.2. El acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional como mecanismo de contención del hiperpresidencialismo

De las dos formas de intervención de la Corte Constitucional para contener el hiperpresidencialismo señaladas en la anterior sección, la primera se produce de manera automática porque responde a la obligación constitucional que tiene el presidente de enviar los decretos legislativos que dicta cuando declara o adopta una medida bajo un estado de excepción. Por su parte, la intervención en materia de derechos sociales se realiza, prevalentemente, como resultado del ejercicio de la función de revisión de las sentencias de tutela proferidas por los jueces de todo el país. En este ámbito, la Corte ha ordenado la protección de individuos o de grupos de personas en situaciones similares, y solo tangencialmente ha adoptado algunas medidas en virtud del control de constitucionalidad de políticas económicas[131].

En ese contexto, ninguna de las dos intervenciones destacadas y destacables de la Corte Constitucional para contener el hiperpresidencialismo parece tener una relación directa con la acción pública de constitucionalidad. En consecuencia, surge el siguiente interrogante: ¿cómo ha contribuido la acción pública

---

129 Cepeda Espinosa. "Social and economic rights", cit., p. 1700.

130 Uprimny. "The enforcement of social rights", cit., p. 129.

131 Ibíd., p. 131.

de constitucionalidad a que la Corte Constitucional ejerza un rol de control judicial al poder ejecutivo en un escenario de presidencialismo exacerbado?

La mejor manera de contestar a esta pregunta es señalar los supuestos en los cuales la Corte ha intervenido en el control de constitucionalidad de las leyes o reformas constitucionales por solicitud de un ciudadano y esa intervención ha tenido como resultado la mitigación o anulación de una de las características o efectos del hiperpresidencialismo que se mencionaron previamente.

En ese sentido, la existencia de la acción pública de constitucionalidad ha i) evitado la cooptación del propio tribunal constitucional, ii) sancionado y conjurado la reducción de la deliberación parlamentaria, iii) impedido que se reforme la Constitución para establecer la reelección indefinida, iv) exigido un nivel mínimo de independencia del poder legislativo, v) limitado los poderes del presidente como suprema autoridad militar y de orden público, vi) legitimado las funciones de control de otros órganos del Estado y vii) moderado la centralización excesiva de la administración pública. A continuación se explicará brevemente cada uno de estos aspectos.

3.2.1. El acceso directo a la justicia constitucional para garantizar un nivel adecuado de independencia de la Corte Constitucional

En primer lugar, respecto de la función de la acción pública de constitucionalidad como mecanismo para garantizar la independencia de la Corte Constitucional es importante señalar que, en la medida en que los tribunales supremos o constitucionales son más fuertes en contener el excesivo presidencialismo, mayor es el interés del poder ejecutivo por reducir su independencia. Por esa razón, en América Latina uno de los riesgos más fuertes para la independencia judicial se debe al propio papel de la judicatura constitucional en la defensa de la democracia frente a los demás poderes públicos. Dicho de otra manera, en la región se ataca la independencia de los tribunales constitucionales, no porque se considere que estos se extralimitan e invaden las competencias de los demás poderes públicos, sino porque la judicatura ha asumido un rol esencial en el mantenimiento de la democracia frente a las pretensiones de concentración del poder que resultan de la fórmula "presidentes fuertes con parlamentos débiles"[132].

---

132 Martin, Arnaud. "La independencia de la justicia constitucional en América Latina". En

El grado de independencia de la Corte Constitucional de Colombia difiere notablemente de la situación en la que se encuentran los tribunales de otros países de la región. Por ejemplo, en Ecuador, Nicaragua o Venezuela ha funcionado plenamente una de las estrategias de consolidación del hiperpresidencialismo que involucra la cooptación del poder judicial y, en especial, de los tribunales supremos o constitucionales. La reducción de la independencia de los tribunales constitucionales de esos países ha sido el producto de la combinación de reformas normativas sobre el estatus, forma de elección, competencias, procedimientos y efectos de las decisiones. A todas las anteriores se han sumado las manifestaciones ciudadanas lideradas por el Gobierno con el fin de presionar indebidamente a los miembros de la judicatura antes, durante y después de sus deliberaciones. Esta presión se ejerce mediante intervenciones públicas o cadenas nacionales en las cuales se advierte sobre el futuro incumplimiento de las resoluciones judiciales desfavorables a las políticas del Gobierno[133]. El objetivo de esta estrategia del presidencialismo exacerbado es evitar la invalidación de políticas públicas relevantes y fomentar la instauración de un poder judicial favorable a las políticas del Gobierno[134].

Contra ese riesgo de cooptación del poder judicial, en Colombia, la existencia de una acción pública de constitucionalidad ha evitado la consolidación de ese elemento estructural del hiperpresidencialismo porque ha impedido que se reduzca de manera inaceptable la independencia de la Corte Constitucional[135]. En efecto, se puede afirmar que, a pesar de los múltiples esfuerzos del poder ejecutivo por cooptar al tribunal constitucional, este ha mantenido un nivel adecuado de independencia.

Se hace referencia a un *nivel adecuado* y no a un *nivel absoluto* de independencia porque no es bueno que los tribunales sean totalmente independientes

---

MARTIN, ARNAUD (dir.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 237.

133 Sobre el uso de esta estrategia en Venezuela, cfr. BENÍTEZ, VICENTE y GONZÁLEZ, GERMÁN. "El rol de las cortes", cit., pp. 54-56.

134 Se sugiere revisar las cifras sobre el bajo número de leyes de iniciativa presidencial invalidadas en Venezuela o el número irrisorio de condenas al Estado en casos de responsabilidad extracontractual en ese mismo país. Cfr. CANOVA GONZÁLEZ et al. *El TSJ al servicio de la Revolución*, cit., pp. 27-55. Sobre la situación en Ecuador, cfr. PÁSARA. *Independencia judicial*, cit., pp. 1-87.

135 Una visión del control de constitucionalidad como mecanismo imprescindible para garantizar la independencia judicial en democracias no consolidadas en GARDBAUM, STEPHEN. "Are strong Constitutional Courts always a good thing for new democracies?". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320.

de, por ejemplo, los intereses ciudadanos o el control por parte de otros órganos del Estado. El grado correcto de independencia de un tribunal se encuentra en algún punto medio entre, por una parte, la posibilidad de *accountability* sobre el tribunal y, por otra, i) su autonomía funcional, ii) su autonomía institucional y iii) el nivel de autonomía de quienes forman parte de la judicatura[136]. En ese sentido, la acción pública de constitucionalidad ha permitido que, dentro de la agenda del tribunal constitucional colombiano, las cuestiones relacionadas con las demandas ciudadanas de protección de los derechos constitucionales ocupen un mayor espacio que las iniciativas de interés exclusivo para el Gobierno.

La conexión entre la existencia de la acción pública de constitucionalidad y la independencia del tribunal constitucional también tiene una relación directa con el argumento que se formuló previamente sobre el alto nivel de influencia de los ciudadanos en la agenda de la Corte Constitucional. Este factor ha impedido que la agenda del tribunal fuera cooptada por el presidente o por las mayorías parlamentarias afines al ejecutivo. Por el contrario, los ciudadanos han podido someter al juicio de contraste constitucional los actos normativos que el presidente o los miembros del Congreso nunca llevarían ante el tribunal constitucional[137].

La anterior relación entre la acción pública de constitucionalidad y la independencia de la Corte Constitucional de Colombia permite inferir que, en contextos de presidencialismo excesivo, la implementación de sistemas de acceso al control de constitucionalidad por medio de funcionarios no es un diseño institucional idóneo. La restricción en el acceso a la justicia constitucional propicia la cooptación del tribunal constitucional y abre una puerta para que el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes se ponga al servicio del propio presidente, de un Congreso carente de independencia frente al poder ejecutivo o de miembros de la administración cuya permanencia en el cargo también depende del Gobierno. En estos casos, no es una buena idea que solo esas autoridades puedan impugnar la constitucionalidad de las leyes.

Desde luego, la acción pública de constitucionalidad no es una garantía contra todos los riesgos que amenazan la independencia del tribunal constitucional. De hecho, el potencial de los mecanismos de acceso directo al control de

---

136 Ferejohn, John y Kramer, Larry. "Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial restraint". *New York University Law Review*, vol. 77, n.º 4, 2002, pp. 962-1039 y Fiss. *El derecho como razón pública*, cit., pp. 89-96.

137 Roa Roa. "La independencia de la Corte Constitucional", cit., pp. 81-110.

constitucionalidad para evitar la cooptación de los tribunales constitucionales se ha visto reducido en contextos de constitucionalismo abusivo y de regímenes que transitan hacia el autoritarismo. Sin embargo, es importante reconocer que cerrar las puertas de la justicia constitucional a los ciudadanos para otorgar legitimación activa exclusivamente al presidente y a los miembros del poder legislativo es una combinación perjudicial en contextos de presidencialismo fuerte. Un diseño como este impide que el tribunal actúe como una instancia de revisión de los actos normativos que un legislador poco independiente ha aprobado para favorecer a un ejecutivo excesivamente fuerte. En estos casos, el mínimo nivel de acceso a la justicia constitucional debería ser el esquema de acceso interesado para que, al menos, las personas cuyos intereses o derechos son afectados por una ley puedan solicitar la revisión de constitucionalidad de ese acto normativo.

En virtud de la relación entre el acceso a la justicia constitucional y la independencia de los tribunales, no resulta extraño que en algunos países, en los que existe un fuerte presidencialismo combinado con fenómenos de constitucionalismo abusivo, se hayan promovido reformas constitucionales para limitar el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional.

En este ámbito, las reformas constitucionales y la nueva Ley Fundamental aprobadas en Hungría durante el año 2011 resultan paradigmáticas. Estas forman parte de una estrategia del Gobierno para i) reducir las competencias del tribunal constitucional mediante la restricción del control de constitucionalidad de leyes de contenido tributario, ii) eliminar la independencia judicial por medio de la ampliación del número de jueces del tribunal y el cambio en las mayorías necesarias para la elección de sus integrantes y, muy especialmente, iii) eliminar el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad[138].

De acuerdo con lo anterior, el esquema de acceso por medio de funcionarios también propicia que el presidente instrumentalice al tribunal para que confirme la constitucionalidad de leyes cuya compatibilidad con la Constitución es altamente dudosa, o para que invalide las normas aprobadas por el legislador cuando este se muestra mínimamente independiente del Gobierno.

Frente a este riesgo de instrumentalización, el sistema de acceso directo al control de constitucionalidad tiene una ventaja porque implica que "no hay posibilidad de que la Corte Constitucional se muestre interesada por el control de constitucionalidad de una ley sin la existencia de un previo mandato

---

138 Kovács y Tóth. "Hungary's constitutional transformation", cit., pp. 200-202.

legal que la faculte para revisarla (control automático) o una demanda de constitucionalidad"[139]. De esta manera, la sociedad puede estar tranquila porque la intervención de oficio de la Corte Constitucional en el control de determinado acto normativo solo se puede realizar en los estrictos casos establecidos por la Constitución, mientras que la intervención rogada solo procede por la vía de la acción pública de constitucionalidad. Ni el presidente, ni el legislador tienen más posibilidades de acceder a la justicia constitucional que los demás ciudadanos, y esa característica es una garantía para mantener un nivel mínimo de independencia del tribunal.

En cualquier caso, el riesgo de instrumentalización del control de constitucionalidad por parte del poder ejecutivo no queda absolutamente mitigado dentro del sistema constitucional colombiano, porque existe la posibilidad de que el presidente acceda como ciudadano al control de constitucionalidad o presente objeciones de inconstitucionalidad contra los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Incluso, se ha abierto la posibilidad para que el presidente presente objeciones de inconstitucionalidad contra reformas constitucionales.

De manera que aún queda pendiente en Colombia un debate sobre las condiciones en que los funcionarios públicos pueden acceder a la revisión judicial de las leyes, así como sobre las facultades del presidente en el procedimiento de aprobación de las leyes y reformas constitucionales. En ambos casos aparece justificada la imposición de unos límites que impidan el abuso de la condición de funcionarios públicos para atacar los actos del legislador o el ejercicio ilimitado de las facultades constitucionales atribuidas al presidente para objetar proyectos de ley y reformas constitucionales aprobadas por el Congreso[140].

3.2.2. La acción pública de constitucionalidad frente a la reducción de la deliberación parlamentaria

En segundo lugar, contra la reducción de la deliberación parlamentaria que causa el hiperpresidencialismo, la existencia de una acción pública de constitucionalidad ha permitido que los ciudadanos ataquen la constitucionalidad

---

139 Roa Roa. "La independencia de la Corte Constitucional", cit., p. 90.

140 Cfr. Estrada Valencia, Fabio. *Potestades presidenciales en la reforma constitucional en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 245-319.

de leyes de iniciativa gubernamental que fueron aprobadas por el Congreso sin suficiente deliberación.

Como se señaló previamente, una de las principales manifestaciones del poder excesivo del presidente es que se le confirieron varias facultades relacionadas con el poder legislativo, como la iniciativa legislativa general, la iniciativa legislativa exclusiva para ciertas materias[141], la posibilidad de aprobar decretos con fuerza de ley y la competencia para vetar por inconveniencia o inconstitucionalidad las leyes aprobadas por el Congreso[142]. En Colombia, el presidente ha llegado al punto de vetar una reforma constitucional de su propia iniciativa que ya había sido aprobada por el Congreso[143]. Sin duda, este gran poder del presidente en relación con el poder legislativo ha distorsionado el sistema de pesos y contrapesos del constitucionalismo colombiano[144].

Una consecuencia empírica del alto nivel de poder del presidente en relación con el órgano legislativo se puede percibir en el propio sistema de control de constitucionalidad. En este aspecto, resulta especialmente significativo que, en el periodo 1992-2004, el Gobierno intervino a favor de la declaratoria

---

141 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 154. Entre otras materias, el Gobierno tiene iniciativa legislativa exclusiva en relación con: el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas; la ley que determina la estructura de la administración nacional; la ley que concede autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; las leyes de rentas nacionales y gastos de la administración; las leyes sobre el Banco de la República y su junta directiva; las leyes de crédito público; las leyes sobre comercio exterior, y las leyes que fijan el régimen salarial del Congreso y de la fuerza pública.

142 "Almost all presidential constitutions give some legislative powers to the presidency. The most important powers include veto, decree, and urgency powers, as well as the government's exclusive power to introduce legislation in specified areas". Dixon y Ginsburg. *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 226.

143 El presidente de la república de Colombia presentó objeciones de inconveniencia e inconstitucionalidad al Proyecto de Acto Legislativo 007 de 2011 (Senado) y 143 de 2011 (Cámara) que introducía reformas constitucionales a la administración de justicia. Adicionalmente, el presidente convocó al Congreso a sesiones extraordinarias con el fin de que estudiara las objeciones formuladas. A pesar de que el proyecto había sido de iniciativa del propio Gobierno, el presidente no estuvo de acuerdo con algunas de las modificaciones y adiciones introducidas durante el trámite legislativo. Durante las sesiones extraordinarias, el Congreso admitió uno de los reparos de inconveniencia formulados por el presidente y ordenó el archivo del proyecto. A partir de este precedente se ha debatido sobre el fundamento constitucional de la facultad presidencial para objetar proyectos de reforma constitucional.

144 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 680.

de constitucionalidad de las leyes relacionadas con la hacienda pública en el 91% de los casos[145].

Por supuesto, tal apoyo del poder ejecutivo a la actividad del legislador solo se explica en razón de la falta de independencia de este último y del bajo nivel de control político a las iniciativas legislativas del Gobierno. Esta situación puede ser ordinaria en una democracia parlamentaria en la que el Gobierno obtiene la confianza directamente del Parlamento, pero no es normal en un sistema presidencial, en el cual el legislador debe realizar un control fuerte a todas las iniciativas legislativas del presidente.

Otra prueba del hiperpresidencialismo, de la dominación del presidente sobre el Congreso y de la consecuente reducción de la deliberación parlamentaria se infiere del origen de las leyes cuya constitucionalidad es impugnada por los propios legisladores ante la Corte Constitucional. La práctica constitucional colombiana demuestra que los legisladores acuden individualmente a la Corte Constitucional para demandar las leyes que tuvieron origen en proyectos de ley presentados por el Gobierno y que fueron aprobados por las mayorías afines al ejecutivo sin ningún tipo de escrutinio. Por el contrario, solo existe un caso en el que la ley demandada por miembros del Congreso haya sido de iniciativa parlamentaria[146].

Del mismo modo, dentro de los escenarios deliberativos del proceso de control de constitucionalidad destaca mucho más la intervención del Gobierno en defensa de la ley que la intervención del legislador a favor de sus propios actos normativos. En muchos casos, este último ni siquiera interviene, o lo

---

145 Alviar García. "Uso y límites de la acción", cit., p. 510.

146 "El único caso en el que la ley demandada fue de iniciativa legislativa es la Ley 1719 de 2014 que adopta medidas para garantizar justicia a víctimas de violencia sexual dentro del conflicto armado. […] La Corte no es entonces solo otro lugar de oposición al Gobierno. Es también un escenario para resolver asuntos pendientes de los debates que se dan en el Congreso. […] Otro hallazgo relevante es que los congresistas usualmente utilizan el foro constitucional para discutir las grandes reformas del poder ejecutivo. Pocas veces usan este espacio para cuestionar leyes de iniciativa legislativa. La Reforma al Estatuto Tributario de 2014, el Sistema General de Regalías de 2011, el Plan Nacional de desarrollo 2014-2018, el Código Minero y el Fuero Penal Militar son algunos ejemplos. Todas son leyes y actos legislativos propuestos por el ejecutivo. El único caso en el que la ley demandada fue de iniciativa legislativa es la Ley 1719 de 2014 que adopta medidas para garantizar justicia a víctimas de violencia sexual dentro del conflicto armado". Niño, María Isabel y Velásquez, Carlos. "Corte Constitucional: el segundo round de los congresistas". *Programa Congreso Visible*, Universidad de los Andes, 29 de marzo de 2016.

hace, pero sin manifestar una defensa cerrada de la norma bajo control. El defensor de la ley ante la Corte Constitucional es prevalentemente el Gobierno y no el Congreso[147].

De acuerdo con lo anterior, el contexto colombiano de la relación entre el presidente y el Congreso se puede describir bajo la idea de que existe un poder legislativo cooptado por el ejecutivo, de tal manera que el presidente tiene un gran poder de iniciativa legislativa y cuenta con las mayorías suficientes para lograr que esas iniciativas se conviertan en leyes. Esta situación causa un alto déficit de control político[148]. En medio de ese panorama, la Corte Constitucional ha intervenido por solicitud ciudadana y ha actuado como un foro de control que se activa ante la inactividad del Congreso. Sin embargo, en el foro judicial no se analiza la (in)conveniencia de los actos normativos, sino que se enjuicia su compatibilidad con los valores públicos de la Constitución.

Este tipo de intervención de la Corte en el control de las leyes de iniciativa presidencial tiene dos efectos de contención del hiperpresidencialismo. Por una parte, hay un efecto directo que consiste en invalidar las normas aprobadas por el legislador sin la suficiente deliberación o con una deliberación carente de independencia respecto de las intenciones del poder ejecutivo[149].

Por otra parte, hay un efecto indirecto en virtud de que el presidente y el Congreso reciben una señal del tribunal que les indica que la legitimidad de una política pública no deriva exclusivamente de la coincidencia de voluntades del poder ejecutivo y legislativo, sino que es necesario que el Congreso delibere profundamente sobre las políticas que propone el presidente. Cuando el legislador reduce su nivel de deliberación y aprueba una política pública, el poder judicial puede invalidar esa política precisamente por falta de deliberación.

---

147 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 225.

148 Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. 2.ª ed., Cerec, Bogotá, 1997, p. 191.

149 Para ilustrar esta función de la Corte Constitucional de Colombia, Landau utiliza el caso de la Sentencia C-776 de 2003: "Tomemos, por ejemplo, un importante caso de 2003 donde en la revisión abstracta la Corte invalidó las reformas del impuesto al valor agregado que habrían ampliado la base para incluir algunos artículos de consumo diario (como la leche) que antes estaban exentos. La Corte criticó duramente al Congreso por aceptar una propuesta de último momento del ejecutivo sin debatirla en forma sustantiva, y concluyó que la reforma 'fue el resultado de una decisión indiscriminada de gravar una gran cantidad de bienes y servicios completamente diversos que no estuvo acompañada de la deliberación pública mínima, mediante la cual se materializa el principio de no tributación sin representación'". Landau. "Instituciones políticas y función judicial", cit., p. 42.

Del mismo modo, cuando el órgano legislativo hace un control de calidad a las iniciativas del Gobierno, el poder judicial debe ser deferente con esa decisión política.

En relación con el déficit de deliberación que surge por la violación de los procedimientos establecidos para la elaboración de las leyes o reformas constitucionales, la intervención de la Corte Constitucional tiene origen en una acción pública de constitucionalidad en la que se demuestra que se produjo un vicio de procedimiento. En esos casos, la función de la Corte es realizar una especie de control de tipo estrictamente procedimental; en términos del propio tribunal:

> … sin caer en excesos ritualistas y tomando como guía el principio de instrumentalidad de las formas, una de las labores más importantes del juez constitucional es precisamente verificar la defensa de la regularidad y transparencia del proceso de aprobación de normas en el Congreso. Y es que el respeto a las formas y procedimientos de la deliberación y decisión legislativa no es un culto a unos rituales innecesarios, ya que dichas formas y procedimientos juegan un papel esencial en la democracia, por cuanto pretenden asegurar que exista una verdadera formación de una voluntad democrática detrás de cada decisión legislativa[150].

Sin embargo, el tribunal también ha realizado un control para verificar –como propuso John Hart Ely– que el nivel de cooptación del Congreso no haya significado una exclusión de todos los intereses relacionados con una política pública, que se hayan respetado los derechos de las minorías y que no se hayan cerrado los canales del cambio político. En este ámbito han sido paradigmáticas las decisiones judiciales en las que el tribunal ha señalado que el Gobierno debió satisfacer el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas o afrodescendientes antes de presentar la iniciativa ante el Congreso[151]. El incumplimiento de esta obligación –que deriva directamente del artículo 330 de la Constitución y del Convenio 169 de la Organización Internacional del

---

150 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816 de 2004, fundamento jurídico 140.

151 "Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconocen un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es así como la Corte Constitucional ha invalidado leyes sobre explotación forestal, agraria y minera por que en el trámite legislativo no se dio participación suficiente y oportuna a los grupos étnicos que podrían verse afectados por las medidas legales aprobadas". ARANGO, RODOLFO. "Fundamentos del *ius constitutionale commune*", cit., p. 35.

Trabajo– ha sido el fundamento de la inconstitucionalidad de múltiples políticas gubernamentales que fueron aprobadas por el Congreso sin un debate profundo sobre la necesidad de consultar a las comunidades afectadas[152].

3.2.3. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LA TENDENCIA DEL PRESIDENTE A PERPETUARSE EN EL PODER

En tercer lugar, contra la tendencia a reformar la Constitución para prolongar el periodo presidencial o habilitar la reelección indefinida, la posibilidad de atacar los actos reformatorios de la Constitución, mediante la acción pública de constitucionalidad, ha permitido que se establezcan criterios sólidos para controlar judicialmente las reformas constitucionales y las iniciativas de referendo que pretendían habilitar la reelección del presidente.

En este ámbito son relevantes las sentencias C-1040 de 2005 y C-141 de 2010. En la primera, la Corte Constitucional de Colombia resolvió una acción pública de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2004[153]. Esta reforma constitucional modificó, entre otros, el artículo 197 de la Constitución con el fin de establecer la prohibición de ejercer la presidencia del país por más de dos periodos o, lo que es lo mismo, abrir la posibilidad de reelección presidencial por una sola vez. El tribunal estableció que esa reforma constitucional carecía

---

152 Sobre el control de constitucionalidad de actos normativos en relación con el cumplimiento de la obligación de realizar la consulta previa, cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-169 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-245 de 2004, C-208 de 2007, C-921 de 2007, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-750 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-063 de 2010, C-608 de 2010, C-702 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-490 de 2011, C-366 de 2011, C-367 de 2011, C-882 de 2011, C-937 de 2011, C-027 de 2012, C-051 de 2012, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-317 de 2012, C-318 de 2012, C-331 de 2012, C-395 de 2012, C-398 de 2012, C-540 de 2012, C-641 de 2012, C-765 de 2012, C-767 de 2012, C-822 de 2012, C-943 de 2012, C-068 de 2013, C-194 de 2013, C-253 de 2013, C-371 de 2014 y C-501 de 2014. Sobre el tema se sugiere consultar el trabajo de BONILLA MALDONADO, DANIEL. "Self-government and cultural identity. The Colombian Constitutional Court and the right of cultural minorities to prior consultation". En BONILLA MALDONADO, DANIEL (ed.). *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 243-290.

153 Cfr. Acto Legislativo 2 de 2004. "Artículo 2.º El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos".

de vicios de procedimiento y se encontraba dentro de las competencias de reforma constitucional asignadas al Congreso como constituyente derivado[154].

En la segunda decisión judicial, la Corte realizó el control automático de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 que convocaba a la realización de un referendo constitucional para reformar la Constitución con el fin de permitir la segunda reelección del presidente[155]. La Corte consideró que, durante el trámite de esa ley, se habían cometido múltiples vicios de procedimiento. Además, el tribunal decidió que la reforma constitucional que se pretendía consultar al pueblo excedía las competencias de reforma constitucional asignadas al Congreso porque implicaba una sustitución de principios esenciales de la Constitución, como el principio democrático, la separación de poderes o la igualdad en el acceso a los cargos públicos[156].

En este punto surgen dos preguntas: ¿cómo es posible que la acción pública de constitucionalidad haya contribuido a limitar las pretensiones de reelección del presidente si en la decisión judicial que resolvió una demanda ciudadana la Corte Constitucional avaló la reforma constitucional que permitía la reelección? Aún más, ¿cómo explicar la conexión entre el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional y la contención de la reelección si la intervención de la Corte en la que declaró la inconstitucionalidad de la ley de convocatoria a un referendo constitucional que tenía el objetivo de reformar la Constitución para permitir la segunda reelección del presidente no se produjo en razón de una acción pública de constitucionalidad, sino en virtud del control automático que la Corte debe ejercer sobre la convocatoria a esa clase de referendos?

A pesar de la razonabilidad de estas dos preguntas es posible inferir la existencia de una conexión relevante entre la función de contención de la reelección presidencial y la acción pública de constitucionalidad. En efecto, la lectura detenida de las dos decisiones judiciales mencionadas previamente permite concluir que el argumento sustancial por el cual, en el año 2010, el tribunal consideró que no se podía establecer la reelección presidencial por más de un periodo se basó en las consideraciones realizadas a favor de la reelección por una sola vez incluidas en la decisión previa del año 2005.

---

154 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040 de 2005.

155 Cfr. Ley 1354 de 2009. "Artículo 1.º El inciso 1.º del artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período".

156 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010.

En efecto, en la Sentencia C-141 de 2010 el tribunal consideró –como lo había sostenido en la Sentencia C-1040 de 2005– que el diseño constitucional colombiano y el sistema de separación y equilibrio de poderes no se subvertía por el hecho de que el presidente repitiera un periodo en el cargo. Sin embargo, señaló contundentemente que no sucedía lo mismo si el presidente se mantenía en el cargo por más de dos periodos, porque en ese caso se anulaban los mecanismos de control recíproco que establece el diseño de la Constitución de 1991. En consecuencia, a pesar de que la acción pública de constitucionalidad resuelta en la Sentencia C-1040 de 2005 no fue suficiente para asegurar la contención plena del hiperpresidencialismo, sí permitió que el tribunal fijara un precedente que fue aplicado cinco años después para invalidar la posibilidad de establecer la permanencia del presidente por más de dos periodos.

3.2.4. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad contra la cooptación del poder legislativo

En cuarto lugar, contra la cooptación del poder legislativo, el control de constitucionalidad con acceso directo de los ciudadanos ha aumentado la probabilidad de que los actos normativos sean controlados por la Corte Constitucional y ha contribuido a que el tribunal reafirme la autonomía e independencia del poder legislativo. En este ámbito, por ejemplo, la Corte Constitucional ha declarado la invalidez constitucional de actos normativos aprobados por el Congreso cuando se ha demostrado una presión indebida del poder ejecutivo durante el trámite legislativo que llevó a que el legislador incurriera en varios vicios de procedimiento[157].

Del mismo modo, según Manuel José Cepeda, "dado el histórico abuso del presidente sobre el Congreso, la Constitución de 1991 fue muy cautelosa al permitir que el Congreso transfiera cualquiera de sus funciones legislativas"[158]. Por esa razón, la Corte Constitucional ha intervenido en el control de constitucionalidad de los vicios de procedimiento o del contenido material de las leyes habilitantes que confieren facultades excepcionales al presidente para que expida decretos con fuerza de ley sobre una determinada materia. Como se indicó en el capítulo segundo, el tribunal también tiene a su cargo el control

---

157 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-557 de 2000.

158 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 636.

de constitucionalidad de los decretos que expide el presidente en virtud de estas facultades legislativas extraordinarias.

En ejercicio de esa función de control de constitucionalidad, la Corte ha establecido una serie de criterios para evitar que el presidente abuse de su poder legislativo delegado. En concreto, el tribunal ha señalado que en una democracia constitucional la transferencia de facultades legislativas es un supuesto excepcional y extraordinario que pone en cuestión el principio de separación de poderes. Por esa razón, para la Corte, toda delegación de facultades legislativas en el presidente debe partir de una solicitud que el propio Gobierno formule ante el Congreso con fundamento en razones de necesidad o conveniencia pública. De acuerdo con la Constitución, con independencia de las razones invocadas por el ejecutivo, la delegación siempre es temporal, y por un periodo máximo de seis meses[159].

La transferencia de facultades legislativas debe hacerse mediante una ley habilitante que debe ser aprobada por la mayoría absoluta del Congreso. Esa ley debe señalar con precisión las condiciones concretas de la delegación. La aprobación de la ley habilitante no implica que el órgano legislativo pierda la competencia para modificar el resultado normativo del acto de delegación o sus facultades legislativas sobre la misma materia.

Además de las anteriores exigencias constitucionales, la Corte ha señalado que el presidente solo puede usar esos poderes una sola vez por cada acto de delegación y debe limitarse al contenido normativo señalado en la ley habilitante. La propia Corte Constitucional tiene competencia para controlar la existencia de una conexión lógica o de una relación de congruencia entre el acto de delegación y las medidas adoptadas por el presidente en los decretos ley.

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada, las competencias legislativas delegadas al presidente no son objeto de analogía, interpretación extensiva, ni se puede considerar que se han transferido competencias legislativas implícitas[160]. Del mismo modo, el tribunal ha establecido que el presidente no puede ejercer esas facultades legislativas temporales para reformar la propia ley habilitante[161] o para expedir leyes estatutarias u orgánicas, códigos o crear impuestos[162].

---

159 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-261 de 2016, fundamento jurídico 5.2.

160 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-261 de 2016, fundamento jurídico 5.2.

161 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-570 de 2012, fundamento jurídico 2.4.1.3.

162 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-744 de 2012, fundamento jurídico 3.1.

Con este tipo de decisiones, que tienen origen en una demanda ciudadana, la Corte ha generado dos efectos que contienen el hiperpresidencialismo y sus pretensiones de cooptación del órgano legislativo. Por una parte, el tribunal ha ofrecido un argumento sólido para que el legislador se oponga a las iniciativas del ejecutivo en razón de la potencial invalidez de sus actos normativos aprobados sin hacer control político a las políticas del Gobierno. Por otra parte, la acción pública de constitucionalidad significa que el ciudadano tiene una herramienta muy potente para denunciar los efectos de la preeminencia del ejecutivo sobre el Congreso y lograr que el tribunal constitucional pueda controlar el grado de concentración de poder en cabeza del presidente.

3.2.5. La acción pública de constitucionalidad y la limitación de los poderes presidenciales de mantenimiento del orden público

En quinto lugar, por medio de la acción pública de constitucionalidad los ciudadanos han solicitado que el tribunal controle los poderes del presidente en relación con el mantenimiento del orden público. Se trata de una intervención muy delicada en un Estado que ha vivido uno de los conflictos armados internos más antiguos del mundo, y en el cual la existencia de grupos armados no solo anula directamente el monopolio estatal de las armas, sino que ha llegado a cuestionar la estabilidad y existencia del propio orden institucional. Este contexto ha sido propicio para el abuso de las facultades de orden público por parte de las autoridades y para que exista un amplio apoyo popular a favor de conceder poderes excepcionales al presidente, incluso en tiempos de normalidad constitucional.

En ese contexto, el rol de la Corte Constitucional ha sido destacable porque ha conciliado la tensión entre la seguridad y la libertad. Además de lo que se argumentó en relación con la intervención del tribunal para controlar el ejercicio de los poderes del presidente bajo estados de excepción, el tribunal también ha delimitado las facultades del jefe de Gobierno como comandante supremo de las fuerzas armadas y como autoridad encargada de mantener el orden público[163].

El punto de partida de la jurisprudencia constitucional sobre la materia ha sido el reconocimiento de que el sistema constitucional colombiano confiere

---

163 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., pp. 637-640.

una amplia autonomía al presidente para controlar el orden público. Sin embargo, la Corte se ha encargado de advertir que el mantenimiento del orden público es una tarea compleja en la que intervienen múltiples órganos del Estado que pertenecen al poder ejecutivo, legislativo y judicial. De manera que el tribunal ha señalado que la condición presidencial de autoridad principal para mantener el orden público y para comandar las fuerzas armadas no autoriza una invasión del presidente en las funciones del Congreso o del poder judicial sobre la misma materia:

> … aun cuando corresponde al presidente la responsabilidad esencial en la conservación del orden público (CP art. 189), y existe un deber de colaboración entre los distintos órganos del Estado en este campo (CP art. 113), sin embargo, una política de seguridad no puede vulnerar el principio de la separación de poderes. No sería entonces legítimo que, en materia de seguridad y defensa, todos los órganos estatales quedaran sujetados al Gobierno, con el deleznable argumento [de] que a éste corresponde la guarda del orden público y que los diferentes órganos del Estado deben colaborar armónicamente[164].

Del mismo modo, la Corte ha establecido que las funciones del presidente para mantener el orden público también involucran las competencias para buscar la paz. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el presidente debe respetar las funciones de los demás poderes del Estado y los derechos, por ejemplo, de las víctimas del conflicto armado. De manera que los acuerdos de paz a que llegue el Gobierno con un grupo armado deben ser implementados legislativamente por el Congreso y la constitucionalidad de los actos de implementación puede ser controlada por la Corte Constitucional[165].

Adicionalmente, el tribunal ha señalado que, si el presidente convoca al pueblo colombiano a un plebiscito para refrendar los acuerdos que se adopten en el marco de un proceso de paz, el resultado de ese plebiscito fortalece la legitimidad democrática de los acuerdos pero jurídicamente solo es vinculante para el propio presidente y no obliga al Congreso a implementar legislativamente el resultado de esas negociaciones[166].

---

164 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 2002, fundamentos jurídicos 31 y 32.

165 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-699 de 2016 y C-332 de 2017.

166 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379 de 2016. Sobre la refrendación e implementación de los acuerdos de paz, cfr. ROA ROA, JORGE ERNESTO. "Los retos constitu-

De lo anterior se infiere que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad ha sido un elemento esencial para que la Corte Constitucional intervenga en la delimitación de las facultades del presidente para controlar el orden público y para buscar la paz. En esa medida, el tribunal ha delimitado esos poderes tanto para las situaciones de normalidad (funciones de orden público) como para las situaciones de dictadura constitucional (estados de excepción).

3.2.6. La acción pública de constitucionalidad y la independencia de los órganos de control

En sexto lugar, contra la deslegitimación de las funciones de control de los demás órganos del Estado o la pérdida de su autonomía frente al presidente, la Corte Constitucional ha establecido algunas reglas que permiten contener la influencia directa o indirecta del poder ejecutivo en este tipo de entidades especializadas.

En este ámbito, en las dos decisiones judiciales sobre la reelección presidencial comentadas previamente, el tribunal fue muy enfático en señalar la importancia del sistema de controles recíprocos establecido en el diseño constitucional colombiano. Este énfasis es coherente con la jurisprudencia consolidada de la Corte. Dentro de esta se le ha concedido mucha importancia a la independencia de instituciones como el banco central[167], los órganos de control fiscal[168] u otro tipo de entidades.

En concreto, la Corte ha protegido la autonomía de estas instituciones frente al poder ejecutivo mediante algunas reglas. Por una parte, ha establecido que la presencia de un delegado del presidente en la junta directiva de ciertas entidades obedece a un propósito de coordinación entre las autoridades públicas[169], de manera que esos delegados no pueden actuar con el fin de limitar la autonomía o independencia de esos órganos administrativos[170].

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha señalado que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la potestad reglamentaria le corresponde

---

cionales del proceso de paz en Colombia". *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional*, n.º 47, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 1-25.

167 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-827 de 2001.

168 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-599 de 2011.

169 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-719 de 2004.

170 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-350 de 1997.

–por regla general– al presidente. Sin embargo, ha aclarado que esa misma potestad puede recaer sobre otros órganos del Estado (*e.g.*, Comisión Nacional de Televisión)[171], de manera que cuando estos la ejercen, pueden llegar a desplazar la potestad reglamentaria general asignada al poder ejecutivo[172].

En síntesis, la Corte ha reconocido que la presencia directa o la incidencia del Gobierno en las decisiones de entidades autónomas es importante como un instrumento para facilitar el trabajo de esas entidades y para obtener resultados coherentes con la política del Gobierno. Sin embargo, la Corte ha limitado la capacidad del presidente para cooptar a órganos esenciales del Estado como los encargados del control fiscal o del manejo de la política monetaria.

El hecho de que, en estos casos, la intervención de la Corte Constitucional tenga como origen una demanda ciudadana ha permitido que las funciones de la Corte no se perciban como parte de una posible guerra entre el poder judicial y el poder ejecutivo o entre los órganos de control y el presidente. En efecto, la existencia de un conjunto de supuestos limitados en los cuales la Corte debe realizar el control automático de constitucionalidad de determinados actos normativos y la apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía ha llevado a que la sociedad perciba que el control judicial a la labor legislativa y de gobierno no tiene relación con posiciones ideológicas o de preferencias, sino que se debe al imperativo del Estado constitucional de acuerdo con el cual el Gobierno debe someterse a los valores públicos establecidos en la Constitución.

3.2.7. La acción pública de constitucionalidad y la autonomía territorial

Por último, en contra de la excesiva centralización del Estado colombiano, la intervención de la Corte Constitucional ha permitido atacar la constitucionalidad de leyes con el fin de mantener un nivel mínimo de autonomía administrativa y financiera de las autoridades locales y para avanzar en la promesa constitucional de la descentralización territorial[173]. Se trata de un ámbito muy

---

171 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-350 de 1997.

172 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-805 de 2001 y C-351 de 2004.

173 "[P]ara la Corte, hoy en día, es decir a partir de la Constitución de 1991, los entes municipales son las células fundamentales de la estructura política y administrativa del Estado; lo que significa que el poder central no puede injerir en las gestiones y decisiones que se asuman a nivel local, de acuerdo con las competencias establecidas, pues si eso ocurre se compromete la autonomía administrativa, patrimonial y fiscal que la Constitución reconoce a los entes

sensible en la historia del constitucionalismo colombiano que, en buena medida, se puede relatar a partir de la tensión entre centralismo y federalismo, y que tuvo su síntesis provisional en la fórmula de la república unitaria con descentralización y autonomía de las entidades territoriales establecida en la Constitución de 1991[174].

En este ámbito, la Corte ha intervenido por petición ciudadana para prohibir que el legislador conceda beneficios tributarios que recaigan sobre impuestos territoriales[175] o para defender las competencias de los municipios sobre la explotación de recursos naturales frente a proyectos de minería que afectan al medio ambiente[176]. Como señala Paula Robledo Silva, la función de la Corte Constitucional ha sido esencial para preservar la autonomía de las entidades territoriales y, en especial, de los municipios:

> … el papel de la Corte Constitucional respecto de la distribución de competencias entre el poder central y las entidades territoriales es fundamental y decisivo, ya que siendo la Corte el órgano competente para juzgar la constitucionalidad de las leyes, es entonces la encargada de garantizar que la autonomía de las entidades territoriales no se quede vacía de contenido por la intervención de otros poderes[177].

Hasta aquí se ha ofrecido la síntesis de siete pruebas que demuestran que el control de constitucionalidad y el acceso directo a la justicia constitucional pueden conjurar algunos problemas y disfuncionalidades que ocurren en contextos de hiperpresidencialismo. Sin embargo, es prudente introducir ciertos

---

territoriales descentralizados, con las limitaciones señaladas en la Constitución y la ley". Robledo Silva, Paula. "El panorama territorial colombiano". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 21, 2008, p. 198.

174 Robledo Silva, Paula. "Hacia la construcción de un concepto de autonomía territorial en la Constitución colombiana". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 18, 2006, pp. 127-152.

175 "Puede el legislador establecer exenciones respecto de tributos nacionales, tal como surge de los artículos 150, numeral 12, y 154 de la Carta Política, siempre que la correspondiente ley cuente con la iniciativa del Gobierno, pero le está vedado hacerlo en relación con los impuestos de las entidades territoriales en cualquier forma. Ello no cabe ni por vía directa, mediante la exclusión de unos contribuyentes que según la regla general de la propia ley estarían obligados a pagar, ni por el mecanismo consistente en enunciar quiénes no son sujetos pasivos del tributo, pues en ambos casos, tratándose de tal clase de impuestos, coarta la autonomía de dichas entidades y vulnera el precepto constitucional". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177 de 1996, fundamento jurídico III.c.

176 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-035 de 2016 y C-298 de 2016.

177 Robledo Silva. "El panorama territorial", cit., p. 183.

matices en relación con la capacidad de la justicia constitucional para enfrentar todos los peligros que se ciernen sobre el sistema democrático cuando el presidente acumula poderes exorbitantes.

3.3. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA ENFRENTAR EL HIPERPRESIDENCIALISMO

El tribunal constitucional no tiene la capacidad para remediar todos los problemas que causa el excesivo poder del presidente. Por una parte, la posición institucional de la Corte tiene unos límites que impiden que cumpla un rol más fuerte en la contención del hiperpresidencialismo. Por otra parte, existen reacciones del poder ejecutivo para evitar que el tribunal controle todos los ámbitos en los cuales el presidente puede hacer valer su preeminencia dentro del esquema constitucional.

Por ejemplo, a pesar de la existencia de un modelo de acceso directo a la justicia constitucional, un problema que no queda resuelto es la evasión del control de constitucionalidad por parte del ejecutivo mediante la reducción del objeto de aplicación de la reserva de ley. Se trata de una disminución de las competencias del legislador a favor del presidente o de organismos bajo su control que se produce por diferentes causas.

Por una parte, la agenda legislativa es desorbitada en razón de los cientos de iniciativas que son presentadas por los miembros del Congreso en cada periodo. Por otra parte, existe una fuerte tendencia a reducir materialmente las competencias reguladoras del legislador porque se considera que este órgano carece de la experticia necesaria para expedir normas sobre determinadas materias o que el procedimiento legislativo ordinario es muy costoso –en términos institucionales– para regular o modificar la regulación de áreas que se transforman permanentemente[178]. Por esa razón, en algunas áreas es "ya un tópico el reconocimiento de que el Congreso no tiene suficiente capacidad técnica para legislar acerca de los asuntos económicos que estructuran el Estado social y que, por tanto, el ejecutivo ha debido asumir esta función"[179].

---

178 "*[T]he Colombian Congress, although formally strong, in reality has a rather precarious institutional capacity to exercise its powers-for both technical reasons (e.g., poorly qualified and insufficient staff, and inconsistent access to autonomous information.) and political reasons (e.g., poor party discipline, clientelistic local electoral basis)*". CEPEDA ESPINOSA. "Judicial activism", cit., p. 681.

179 BERNAL PULIDO. "La democracia como principio", cit., p. 34.

En muchos casos, la asignación de facultades legislativas a los organismos reguladores y al propio poder ejecutivo se encuentra plenamente justificada. Sin embargo, por esta vía, el ejecutivo ha reducido el ámbito de aplicación de la reserva de ley para proferir normas jurídicas que democráticamente debían ser aprobadas por el Congreso. Esta evasión del legislador ordinario tiene como consecuencia la reducción de la posibilidad de que las políticas públicas sean sometidas a control de constitucionalidad.

Este fenómeno resulta mucho más grave cuando se utiliza la estrategia de evasión del legislador y del control de constitucionalidad para aprobar actos normativos altamente controvertidos, impopulares o que resuelven un amplio desacuerdo dentro de la sociedad. El punto más crítico de esa técnica de evasión del control de constitucionalidad se presenta cuando el ejecutivo regula, mediante decretos, aquellas materias que tienen reserva de ley estatutaria o aprueba acuerdos simplificados con otros Estados sobre aspectos que exigen un tratado internacional[180].

El control de constitucionalidad de estos actos normativos se ha atribuido a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y, en concreto, al Consejo de Estado. Sin embargo, una cosa es el ejercicio legítimo del poder regulador del Estado por parte de organismos autónomos o independientes, y otra muy distinta es la evasión del legislador y del control de constitucionalidad de las leyes mediante la utilización de esos poderes reguladores para expedir actos normativos cuyo contenido debe ser aprobado mediante una ley ordinaria y cuya constitucionalidad debe revisar, por petición ciudadana, la Corte Constitucional[181]. De esta manera, la elusión constitucional no solo cambia el órgano que realiza el control de constitucionalidad (de la Corte Constitucional al Consejo de Estado) sino que modifica el tipo de control cuando se trata de materias reservadas a leyes estatutarias, leyes orgánicas o tratados internacionales (de automático, previo e integral a rogado y posterior).

A pesar de esa dificultad relacionada con la evasión del control de constitucionalidad, todos los argumentos que se han formulado en esta sección permiten inferir que la ampliación de la legitimación activa para acceder al control de constitucionalidad aumenta el potencial de este mecanismo como

---

180 Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 48-125.

181 Sobre el control judicial de la actividad de las administraciones independientes, cfr. Solanes Mullor, Joan. *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el derecho público español*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016, pp. 283-310.

instrumento de *accountability* institucional (horizontal) y social (vertical) tanto al presidente como al legislador. De manera que la acción pública de constitucionalidad puede "servir como una herramienta del sistema de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público. Ante los poderes ejecutivo y legislativo –tradicionalmente vistos como los poderes 'políticos' del Estado en cuanto provienen del sufragio y del debate popular–, se erige ahora una rama judicial que cuenta con una herramienta vigorosa para controlar a las dos anteriores"[182].

En ese sentido, la existencia del presidencialismo exacerbado exige que el constitucionalismo democrático acepte la existencia de un poder judicial fuerte que restablezca las promesas del Estado constitucional y para que el control de constitucionalidad funcione como un instrumento que redistribuya el poder dentro de la sociedad[183]. Como se ha visto, esa intervención solo es posible cuando el sistema de acceso a la justicia constitucional se extiende a los ciudadanos y no solo a aquellos cuyo excesivo poder o falta de independencia causan los mayores temores democráticos.

Finalmente, el constitucionalismo democrático también debe reconocer que el poder judicial no puede ser el único elemento de contención del hiperpresidencialismo. La combinación de tribunales constitucionales independientes y acceso directo a la justicia constitucional es solo una pieza de todo el sistema democrático y, como tal, tiene una potencialidad inusitada y, al mismo tiempo, limitada para remediar todos los déficits democráticos de los países de América Latina.

En concreto, los límites de la justicia constitucional, en relación con el hiperpresidencialismo, no solo se refieren al tipo de órdenes que el tribunal puede emitir o al nivel de autorrestricción que debe mostrar para no invadir las competencias del legislador, sino que tiene relación con las causas estructurales del presidencialismo exacerbado que se encuentran en las profundas desigualdades sociales, políticas, económicas y culturales de nuestras sociedades. Frente a estas últimas, la respuesta de un tribunal constitucional siempre será incompleta, cerrada e insuficiente. Por todo esto, como se verá en el siguiente capítulo, el sistema político colombiano todavía adolece de un fuerte presidencialismo que subvierte todo el diseño del sistema democrático, de manera que

---

182 Alviar García, Helena. "Uso y límites de la acción", cit., p. 495.

183 Kavanagh. "Participation and judicial review", cit., pp. 484 y 485.

este factor no puede olvidarse cuando se analiza la legitimidad democrática de un determinado sistema de control de constitucionalidad.

4. LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO Y EL CIUDADANO DENTRO DE LA SALA DE MÁQUINAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para finalizar este capítulo se analizará una de las críticas al control de constitucionalidad que se han realizado en el ámbito latinoamericano. Los tres objetivos de esta sección final del capítulo consisten, en primer término, en demostrar que esa crítica ha omitido la existencia del diseño institucional que aquí se defiende, es decir, el modelo de control de constitucionalidad que confiere acceso directo a los ciudadanos.

En segundo lugar, se rescatarán aspectos de esa crítica que pueden servir de respaldo a la idea de abrir las puertas de los tribunales a los ciudadanos como una vía para conectar a la justicia constitucional con sectores minoritarios históricamente discriminados. Finalmente, se sugerirá que la acción pública de constitucionalidad es una reforma destacable de la parte orgánica de la Constitución que se pone al servicio de algunas de las generosas promesas establecidas en la parte dogmática del texto constitucional.

Como se puede inferir, el propósito no es entrar en colisión directa con las tesis que se analizan en esta sección, sino advertir que existe una omisión que puede ser relevante para los argumentos y para las mismas conclusiones que son planteadas por Roberto Gargarella. Al mismo tiempo, se aprovecharán las manifestaciones de este autor a favor de la apertura de la judicatura constitucional a la ciudadanía para reafirmar la tesis sobre la conveniencia de implementar un mecanismo de acceso ciudadano directo al control de constitucionalidad.

4.1. LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO SIN EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En *La justicia frente al gobierno*, Gargarella defiende que los sistemas de control de constitucionalidad pueden obedecer a dos tipos de paradigmas opuestos entre sí: el conservadurismo elitista y la tradición radical. Cada una de estas tradiciones tiene i) una posición sobre la manera como se deben resolver los desacuerdos dentro de la sociedad, ii) un concepto de imparcialidad y iii) una idea frente al control de constitucionalidad.

En primer lugar, el conservadurismo elitista se denomina de esta manera porque parte de la idea de que los desacuerdos dentro de la sociedad pueden ser resueltos sin tener en cuenta la opinión de los interesados o afectados por ese desacuerdo. En consecuencia, el ámbito de decisión se traslada a una minoría de especialistas que pierde todo tipo de contacto con la ciudadanía. En este esquema, la imparcialidad se garantiza precisamente mediante la distancia entre el órgano que resuelve los desacuerdos y las opiniones de los ciudadanos.

En relación con el *judicial review*, el modelo de control de constitucionalidad propuesto por Hamilton y Marshall en Estados Unidos reflejaría esta primera tradición. Este diseño convierte al tribunal supremo en esa institución especializada, alejada de la ciudadanía y experta en proteger la Constitución de las pasiones ciudadanas expresadas en las leyes[184].

En segundo lugar, la tradición radical contestaría a cada uno de los elementos del conservadurismo. Por una parte, afirmaría la necesidad de establecer procedimientos ampliamente participativos de decisión y un concepto de imparcialidad relacionado con la posibilidad de obtener una síntesis o acuerdo razonable después de haber escuchado los argumentos de todos los interesados.

La tradición radical defiende la preeminencia de las decisiones legislativas sobre cualquier tipo de control externo, de manera que "los jueces no tendrían derecho a contradecir o reemplazar a los órganos políticos del sistema en la resolución de tales casos"[185]. Bajo este esquema, el control de constitucionalidad se asigna a los propios parlamentos o a otro tipo de órganos representativos y directamente conectados con la ciudadanía.

Entre estos dos modelos opuestos entre sí, el autor reconoce que hay unas fórmulas intermedias que pretendieron moderar la influencia radical mediante la aceptación del control judicial de constitucionalidad y mitigar el conservadurismo a través de mecanismos para crear puntos de conexión entre los tribunales y los ciudadanos. Entre otros, el autor menciona como ejemplos de diseños institucionales intermedios al juicio por jurados, la intervención de los grupos de presión en el proceso judicial, los escritos de *amicus curiae* o la elección popular de los miembros del tribunal. La idea de estas opciones institucionales es que los ciudadanos con menor representación en la definición

184 Gargarella. *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 67-77.

185 Ibíd., p. 108.

de los desacuerdos pudieran acceder a los tribunales con una probabilidad aceptable de que sus reclamos fueran atendidos por la judicatura[186].

Ni los modelos extremos, ni las fórmulas intermedias son satisfactorias para Gargarella. Por esa razón, el autor hace una propuesta en el marco de la democracia deliberativa. Esa idea también reacciona a los dos modelos opuestos y a los sistemas intermedios. En relación con el elitismo, la tesis del autor reivindica el principio de igual dignidad política. En relación con la tradición radical, el autor señala que su propuesta es *genuinamente* radical porque se centra en la participación efectiva de los interesados en el desacuerdo.

A la luz de su idea, la imparcialidad de la decisión que resuelve un desacuerdo social aparece garantizada por la creación de mecanismos institucionales que aseguran la participación de quienes son tradicionalmente excluidos del proceso de decisión en virtud de su debilidad política, social o económica. En ese marco, las decisiones finales "no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración"[187].

De acuerdo con lo anterior, en materia de control de constitucionalidad, Gargarella plantea algunas modificaciones para aumentar el grado de soportabilidad democrática del *judicial review*. Por una parte, sugiere que los tribunales constitucionales pierdan la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes. Para ese propósito, propone adoptar el mecanismo de reenvío que habilita la intervención de los tribunales para advertir al legislador que ha cometido un error al aprobar una ley que entra en colisión con la Constitución. Esa intervención obligaría al legislador a deliberar de nuevo y a decidir, definitivamente, si modifica o no esa ley[188].

Se trata de un sistema muy parecido al de las declaraciones de incompatibilidad que se implementó en el Reino Unido a partir de la entrada en vigencia de la *Human Rights Act*[189]. La razón por la cual el Parlamento se queda con

---

186 Ibíd., pp. 125-133.

187 Ibíd., p. 178.

188 Ibíd., pp. 193-196.

189 Sobre las declaraciones de incompatibilidad y la *Human Rights Act* se volverá más adelante cuando se haga referencia a los modelos débiles de control de constitucionalidad. Desde luego, resulta inabarcable la literatura sobre el impacto de la *Human Rights Act* en ámbitos como el derecho de propiedad, la protección de los derechos sociales, el proceso penal, la idea clásica de soberanía parlamentaria o el derecho privado. Solo en relación con el control de constitucionalidad se pueden consultar, entre muchos otros: Bellamy. "Political constitutionalism", cit., pp. 86-111; Kavanagh, Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*.

la última palabra y los jueces están obligados a aceptar la decisión legislativa final está directamente conectada con las mayores credenciales democráticas del órgano legislativo frente al poder judicial.

La segunda propuesta se dirige a garantizar la mejor protección de las minorías dentro del proceso de control de constitucionalidad. En ese ámbito, Gargarella invita a imaginar la posibilidad de que, en los casos relacionados con los derechos de las minorías, los tribunales trasladen la decisión a otro cuerpo colegiado especializado en la protección de los derechos de las minorías o, al menos, que los tribunales soliciten *amicus curiae* de este tipo de instituciones y de otras que representen a la minoría involucrada[190].

Como se puede inferir, tanto en los modelos intermedios como en su propia propuesta, Gargarella omite cualquier referencia a los sistemas de *judicial review* que incorporan el acceso directo de los ciudadanos a los tribunales. En nuestro criterio, esta omisión es relevante porque –como se ha dicho hasta ahora– estos diseños institucionales son paradigmáticos como mecanismos para acercar a los jueces con la ciudadanía sin que necesariamente lleven anejos los problemas propios de los sistemas derivados del elitismo conservador, el populismo o los esquemas intermedios.

Por esa razón, el propósito de esta investigación ha sido, precisamente, atraer la atención sobre el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad que se implementó en Colombia desde principios del siglo XX. En relación con el trabajo de Gargarella, el contexto colombiano involucra tres aspectos que marcan una diferencia esencial con el constitucionalismo norteamericano en el que se basa *La justicia frente al gobierno*.

Por una parte, a diferencia de la Constitución de Estados Unidos, en Colombia existen varias disposiciones constitucionales que expresamente atribuyen a la Corte Constitucional la competencia para realizar el control de la constitucionalidad de las leyes. Además, se estableció el derecho político de los ciudadanos a demandar los actos normativos proferidos por el legislador cuando la ciudadanía considera que el resultado del proceso legislativo es contrario a los valores públicos de la Constitución.

En segundo lugar, el constituyente colombiano sí cumple con la premisa representativa de la que careció el constituyente norteamericano de 1787. En

---

Cambridge University Press, Cambridge, 2009 y YOUNG, ALISON. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 95-159.

190 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 205.

efecto, en el año 1991 no existía ninguna exclusión formal del sistema político colombiano porque ya se había establecido el voto universal, se aseguró el mayor grado de participación de los grupos indígenas, las comunidades minoritarias y los grupos armados desmovilizados. Tan solo las guerrillas (*inter alia*, FARC y ELN) y los grupos paramilitares fueron excluidos del pacto constituyente de 1991. Como el propio Gargarella ha reconocido recientemente:

> … la Constitución colombiana fue el producto de un extendido y heterogéneo grupo de representantes (y que incluyó figuras de la derecha política junto con ex guerrilleros del grupo M-19, indígenas y minorías religiosas), que trabajaron en conjunto durante seis meses. Se trataría, según muchos, de la primera Constitución producto de un consenso genuino, y no la mera creación del grupo vencedor de ocasión[191].

En tercer lugar, la idea de imparcialidad de la judicatura que se encuentra detrás del sistema colombiano de control de constitucionalidad rechaza las bases del pensamiento conservador y del elitismo epistemológico[192]. En efecto, bajo un esquema de acceso directo de las personas al control de constitucionalidad, la imparcialidad se basa en la conexión directa entre el juez y las diferentes posiciones dentro de la sociedad. Se trata de una especie de pluralismo epistemológico que se encuentra en el centro de la democracia deliberativa y no en contra de esta. El eje central de esa visión es la existencia de una Corte Constitucional cuyos jueces están conectados institucionalmente con los debates públicos mediante el sistema de acceso de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

En ese sentido, un mecanismo como la acción pública de constitucionalidad constituye un buen diseño para fortalecer la imparcialidad de las decisiones porque impide que el tribunal constitucional se erija en una institución conformada por un grupo de élite alejado de las necesidades, intereses y opiniones de la ciudadanía. Como se ha mostrado a lo largo de esta investigación, la acción pública de constitucionalidad contribuye a aumentar el nivel en el que los debates constitucionales forman parte de la deliberación pública colectiva y conecta las deliberaciones extrajudiciales con la deliberación dentro del tribunal.

---

191 GARGARELLA, ROBERTO. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz Editores, Buenos Aires, 2015, p. 337.

192 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 69.

Del mismo modo, no resulta improbable que el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad tenga un potencial significativo para superar algunos de los más agudos problemas de fundamentación democrática del *judicial review*. Lamentablemente, ninguno de los argumentos a favor de abrir la puerta de los tribunales a la ciudadanía o de las ventajas democráticas de ese diseño institucional será suficiente para la perspectiva que vuelve –una y otra vez– sobre el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad como una objeción infranqueable. Para esa visión, ningún modelo supera "el hecho de que un grupo selecto de individuos siga tomando decisiones fundamentales en el nombre de la mayoría de la población. Esto es, unos cambios como los sugeridos no modifican el carácter propio de la *judicial review*: unos pocos siguen decidiendo acerca de cuestiones constitucionales fundamentales en lugar de la mayoría"[193].

Por el contrario, si se enfrenta el núcleo de esta crítica y se intenta mostrar la conexión entre la ciudadanía y los jueces constitucionales, la crítica contramayoritaria reacciona –en muchas ocasiones– con en el siguiente argumento circular: los tribunales que realizan el control de constitucionalidad son órganos contramayoritarios y esto supone un problema de fundamentación democrática que cuestiona el propio ejercicio de esa función. No obstante, cuando los críticos se enfrentan a algunas fórmulas en las que el control judicial modera su carácter contramayoritario (*i.e.*, existencia de mecanismos de control ciudadano a la acción de los jueces) proceden a rechazarlas inmediatamente recordando que han caracterizado al control de constitucionalidad como una institución contramayoritaria y que tales mecanismos contradicen tal característica del control judicial.

Por esa razón, incluso quienes han desarrollado virtuosamente el debate sobre la dificultad contramayoritaria del poder judicial en clave regional, han omitido la existencia de mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad en muchos países de América Latina como un rasgo en potencial expansión dentro de la región. Sin duda, no se trata de una omisión por desconocimiento, sino de un exceso de generalización, lo que conduce a autores como Gargarella a sostener que quienes defienden la democracia deliberativa en América Latina "impugnamos la organización de un sistema político que, en los hechos, parece orientado a socavar la representación popular, expropiando

193 Ibíd., p. 136.

el poder de decisión de la ciudadanía y *depositándolo en una élite política a la que la ciudadanía tiene enormes dificultades de acceder*"[194].

Por esa razón, la tesis que aquí se defiende es que omitir la existencia de mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad implica un costo de oportunidad para la discusión sobre la compatibilidad de la revisión judicial de las leyes con el principio democrático y con la democracia deliberativa. Esa omisión impide un debate abierto y completo sobre un diseño institucional que, como se verá a continuación, puede implicar una incursión de los ciudadanos en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano.

4.2. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como una incursión significativa en la sala de máquinas del constitucionalismo latinoamericano

En *Latin American Constitutionalism (1810-2010)*, Gargarella afirma que el constitucionalismo de América Latina involucra una especie de contradicción interna. Por una parte, los textos constitucionales de la región han incluido en la parte dogmática un catálogo generoso de promesas constitucionales: derechos fundamentales, derechos sociales, derechos colectivos y del medio ambiente, derechos de la naturaleza y los animales y derechos de las generaciones futuras[195]. Al mismo tiempo, en la parte orgánica, esos mismos textos constitucionales han mantenido un modelo de distribución del poder que no es coherente ni funcional al objetivo de hacer efectivas o convertir en realidad las caras promesas constitucionales[196].

Lo anterior significa que las estructuras de poder de los Estados de la región se han mantenido intactas y desconocen las transformaciones estructurales que requiere la materialización de los contenidos de la parte dogmática de las constituciones. Incluso, la distribución del poder diseñada desde la Constitución no solo ha sido un obstáculo para satisfacer esas promesas constitucionales, sino

---

194 Ibíd., pp. 19 y 20.

195 La expresión *promesas constitucionales* no es exactamente la que utiliza el autor. Agradezco a Roberto Gargarella su generosidad y paciencia para ayudarme a comprender adecuadamente su visión sobre la evolución y estado actual del constitucionalismo en América Latina.

196 Cfr. Gargarella, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press, Oxford, 2013. En adelante se citará la ya señalada traducción al castellano de esta obra.

que ha asegurado que los ciudadanos carezcan de mecanismos efectivos para influir en las decisiones o exigir el cumplimiento de las mismas[197].

Por esa razón, Gargarella retoma la idea de Arturo Sampay y señala que el constitucionalismo progresista de América Latina no ha ingresado a la *sala de máquinas* de las constituciones para remover los obstáculos que impiden la realización de los derechos constitucionales. El conservadurismo, por su parte, habría comprendido mejor la importancia de la sala de máquinas y, en consecuencia, habría permitido ciertas concesiones al progresismo a cambio de asegurar que los mecanismos institucionales de poder quedaran diseñados al servicio de propósitos no siempre explícitos en la parte dogmática de las constituciones o contrarios a los que efectivamente fueron incorporados en la Constitución.

En medio de ese diagnóstico lúcido y fundamentado, al final de su investigación Gargarella señala –sin excesivo entusiasmo– que existen dos experiencias que destacan parcialmente por haberse separado de este esquema, es decir, dos incursiones apenas aceptables en la sala de máquinas de la Constitución[198]. Estas dos incursiones tienen relación con un fenómeno de 'revitalización del poder judicial' de la región que tradicionalmente se había mantenido alejado de la ciudadanía, especialmente por el procedimiento elitista y cerrado de elección de los miembros de los tribunales y por las barreras de acceso a la justicia que debían enfrentar los ciudadanos más desfavorecidos[199].

Por una parte, Gargarella se refiere a la apertura de la justicia constitucional en Costa Rica mediante el establecimiento de mecanismos de protección de los derechos constitucionales y la creación de la sala IV o sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia de ese país[200]. En segundo lugar,

---

197 Gargarella, Roberto. "Recuperar el lugar del 'Pueblo' en la Constitución". En Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (eds.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. UNAM, IIJ, México, 2016, pp. 15-55.

198 "Ahora bien, lo anterior no debe entenderse, de ningún modo, como sugiriendo la idea de que los casos citados sean la única manera, ni la principal, de concretar el reformismo social a través de la Constitución en nuestro tiempo. Este tipo de reformas, como hemos visto, tienden a mostrar limitaciones cruciales, especialmente cuando la estructura básica del poder político se mantiene intacta, y la organización y composición del Poder Judicial sigue siendo idéntica a la que era, como suele ser el caso". Gargarella. *La sala de máquinas*, cit., p. 339.

199 Gargarella. "Recuperar el lugar del 'Pueblo'", cit., pp. 38 y 39.

200 "Entre las reformas del caso, destaca la extraordinaria ampliación dispuesta en la legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado a la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, debe

destaca la apertura de la justicia constitucional colombiana, a partir de 1991, mediante la incorporación de la acción de tutela como mecanismo para la protección judicial de los derechos fundamentales. Sobre el instrumento de amparo colombiano afirma que:

> … permite a cualquier persona acceder a la Justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene interés concreto en el asunto por el que reclama. Es decir: una apertura máxima, difícilmente superable, en términos de acceso al tribunal[201].

Las dos incursiones moderadas en la sala de máquinas en Costa Rica y Colombia tienen un denominador común que es la apertura de la justicia constitucional. A lo anterior se suma un respaldo empírico bien valorado por el autor que indica, por una parte, un aumento significativo del número de amparos recibidos por la Corte Suprema de Costa Rica entre 1990 y 2008 y, por otra, el aumento de las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional de Colombia entre 1992 y 2002.

Con base en esta información, Gargarella arriba a la siguiente conclusión que resulta absolutamente relevante para esta investigación: el grado de apertura de los tribunales constitucionales a la ciudadanía es un factor que determina directamente otros aspectos de la justicia constitucional, *inter alia*, el grado de cercanía de la judicatura con los ciudadanos, la conducta de los tribunales, los temas que ocupan su agenda y el grado de deferencia que muestran por los demás poderes del Estado. Como el mismo autor indica:

> Cambios relativamente menores en el derecho de *standing*, junto con una reducción drástica de las exigencias formales acostumbradas en un proceso judicial, tienden a generar cambios radicales en la relación entre los individuos y el sistema judicial. Tales cambios se traducen, inequívocamente, en un incremento significativo en las cifras de litigiosidad y, asimismo, y de manera notable, en el propio comportamiento de los tribunales. Acosados por una sobrecarga de demandas provenientes de los sectores menos aventajados –que acceden, gracias a cambios como los citados,

---

agregarse el hecho de que cualquier persona quedó autorizada a abrir un caso ante la Sala IV, sin necesidad de recurrir a un abogado, sin necesidad de pagar ninguna tasa, sin necesidad de apegarse a argumentos y reglas preestablecidas". GARGARELLA. *La sala de máquinas*, cit., p. 337.

201 Ibíd., p. 338.

> a la oportunidad de una repuesta judicial– los tribunales tienden a mostrar una apertura mayor a cuestiones vinculadas con derechos sociales y económicos. En el caso de la Corte colombiana, y contra la práctica de una mayoría de tribunales similares, el nuevo organismo judicial terminó por ocuparse, mayormente, de resolver casos relacionados con derechos sociales[202].

La conclusión de Gargarella sobre las prácticas constitucionales de los mecanismos de amparo en Costa Rica y de tutela en Colombia es que estos son dos buenos ejemplos de configuración de la sala de máquinas de la Constitución a favor de las promesas constitucionales, porque "tales reformas […] pueden servir para ilustrar una forma tan sigilosa como modesta (aunque nada irrelevante) de ingreso a la 'sala de máquinas' del constitucionalismo"[203]. Según su visión, ambas constituyen "reformas *sigilosas, localizadas y bien dirigidas* que dan cuenta de la importancia, y de la posibilidad efectiva, de llevar a cabo modificaciones de peso en la 'sala de máquinas' de la Constitución"[204].

Sin embargo, en relación con el sistema constitucional colombiano, la anterior inferencia merece una precisión y un comentario. En primer lugar, tanto la descripción de la apertura de la justicia constitucional en Colombia como el análisis de las cifras relacionadas con las decisiones de la Corte Constitucional de ese país sugieren que Gargarella entiende que, mediante la acción de tutela, las personas pueden acceder directamente a la Corte Constitucional de Colombia.

No obstante, a diferencia del procedimiento de amparo de Costa Rica, la acción de tutela en Colombia no es un mecanismo de acceso directo a la Corte Constitucional. El tribunal constitucional colombiano solamente tiene la función de revisar discrecional y excepcionalmente las decisiones de tutela que han proferido los demás jueces del país. En ningún caso un ciudadano puede acudir directamente al tribunal constitucional por la vía de la acción de tutela.

Según se indicó en el capítulo tercero, el sistema colombiano de unificación de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales opera mediante el envío automático de todas las decisiones definitivas de tutela a la Corte Constitucional para que el tribunal revise solo algunas de esas sentencias, con base en un catálogo muy discutible de criterios de selección. El ciudadano tampoco participa directamente en el proceso de selección.

---

202 Ibíd., p. 339.

203 Ibíd., p. 336.

204 Ibíd., p. 339.

En consecuencia, la precisión de esta investigación al análisis de Gargarella consiste en que el autor pone el acento sobre un nivel de apertura de la justicia constitucional en Colombia que en la realidad no existe. Esa precisión permite afirmar que el análisis de Gargarella incorpora una paradoja, porque el autor se concentra en destacar la apertura de la justicia constitucional colombiana en un ámbito en el que tal apertura es dudosa, mientras que deja de lado un elemento esencial del diseño institucional de la sala de máquinas de la Constitución colombiana que representa verdadera y efectivamente una de las mayores aperturas posibles a la justicia constitucional mediante la acción pública de constitucionalidad.

En este sentido, la acción pública de constitucionalidad puede significar una ruptura significativa del modelo de constitucionalismo latinoamericano dibujado por Gargarella. En efecto, una de las ideas que se ha tratado de demostrar a lo largo de este capítulo es que la apertura de los tribunales constitucionales a la ciudadanía ha servido, precisamente, para que los ciudadanos ingresen y operen dentro de la sala de máquinas de la Constitución. Ese fenómeno se ha producido como consecuencia de la conjunción entre un catálogo de derechos amplio y generoso, al que se suma la existencia de mecanismos institucionales para hacerlos efectivos mediante la intervención judicial en sede de tutela y el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. La existencia de una sala de máquinas idónea no es suficiente si no existe un conjunto de promesas constitucionales, y esta requiere, como señala Gargarella, una organización del poder dirigida a materializarlas.

La acción pública de constitucionalidad existía en Colombia mucho antes de la Constitución de 1991. De manera que, durante todo el siglo XX, en Colombia ocurrió un fenómeno opuesto al que describe Gargarella, porque existió un mecanismo dentro de la sala de máquinas de fácil acceso para que los ciudadanos solicitaran la protección de sus derechos, pero no había un catálogo generoso de promesas constitucionales. De manera que, en la práctica, la acción pública de constitucionalidad solo era ejercida por:

> … los grupos económicos más poderosos, u otros grupos de presión (cuando ello era ventajoso para sus intereses), demostrando así que el canal jurídico públicamente accesible que había sido diseñado originalmente se había convertido, de alguna manera, en un instrumento para la promoción de intereses privados encubiertos[205].

---

205 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 31. Véase la nota 45 en esa página y el texto que la acompaña.

Por esa razón, a partir de la Constitución de 1991, se conjuga el catálogo generoso de derechos con la acción pública de constitucionalidad y transforma un sistema en el cual la Constitución tenía una sólida garantía, pero su parte dogmática no tenía ninguna relación con la vida de los ciudadanos, con sus necesidades, aspiraciones y proyectos de vida. La nueva Constitución significó la asunción de un texto constitucional que sobresale mundialmente por su plenitud, generosidad, actualidad y, de manera muy especial, por su conexión con la vida diaria de los colombianos.

Además, la acción pública de constitucionalidad logró que los temas sociales ocuparan una buena parte de la agenda de la Corte Constitucional. En ese ámbito, destaca el control de constitucionalidad de las leyes con contenido económico que impuso la garantía de los derechos sociales frente a la acción del legislador[206]. El mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad se conjugó con un alto nivel de sensibilidad de los jueces por la materialización de las promesas sociales de la Constitución en un contexto de amplia desigualdad. De manera que ha sido por la vía de la acción pública de constitucionalidad, y no solo por el mecanismo de tutela, que en Colombia "la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia –con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera"[207].

Desde luego, es importante reconocer que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad no exime a los defensores de la justicia constitucional de contestar a las críticas de fundamentación democrática de la institución del *judicial review*. Sin embargo, también parece justo que los críticos reconozcan que este tipo de mecanismos permiten que sistemas de control de constitucionalidad, como el colombiano, tengan unas virtudes democráticas y deliberativas que contribuyen a la soportabilidad democrática del control de constitucionalidad. Como señala Marisa Iglesias en relación con el trabajo de Gargarella, en el marco de la contradicción entre las promesas constitucionales y la sala de máquinas,

> … el poder judicial debería ser pensado desde una división cooperativa del trabajo institucional. La judicatura no ejerce una tarea aislada que pueda ser comprendida

206 Uprimny. "The enforcement of social rights", cit., pp. 135-137.

207 Gargarella. "Recuperar el lugar del 'Pueblo'", cit., p. 42.

> sin prestar atención a qué contribución le corresponde dentro de una estructura constitucional que persigue el avance igualitario. […] [N]o es que los jueces sean órganos que carecen de legitimidad democrática, sino que su legitimidad democrática está condicionada a su adecuada inserción en este organigrama institucional; y ello no sólo en lo que respecta al diseño general de sus potestades jurisdiccionales, también en sus modos de actuación en la concreción y aplicación de cada derecho en particular[208].

Para concluir el análisis de los dos trabajos de Gargarella es importante precisar que ni la crítica contramayoritaria al poder judicial propone un sistema político en el que reina la tiranía de las mayorías, ni, mucho menos, la exaltación de las virtudes democráticas del control judicial de la ley defiende un sistema en el que reina la tiranía de la élite minoritaria que integra la Corte Constitucional. Ni las críticas al poder judicial tienen origen en una importación acrítica de las ideas que forman parte del debate norteamericano y europeo sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, ni, mucho menos, la propuesta de hacer tal debate en clave contextual o regional y alertar sobre los riesgos de dejar la última palabra institucional en manos del legislador o del ejecutivo tiene su origen en "graves malentendidos y también, me animaría a señalar, en cierta pereza intelectual"[209].

Ni las críticas al control de constitucionalidad en América Latina pasan por alto los problemas de legitimidad y credibilidad del legislador o del ejecutivo, ni, mucho menos, la defensa del control de constitucionalidad en el subcontinente se construye sobre la base de una idealización de las judicaturas constitucionales de la región. Estos no son los términos –o no deberían ser los términos– del debate sobre el control de constitucionalidad en Latinoamérica.

Por el contrario, en este libro se ha mantenido que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad puede ser una pieza clave de una teoría de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo latinoamericano. Un diseño institucional que promueva la protección judicial de los derechos mediante la discusión democrática dentro y fuera de los tribunales[210].

---

208 Iglesias Vila, Marisa. "¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución?". *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. v, n.º 3, 2016, pp. 18 y 19.

209 Gargarella. *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 19.

210 "*As we see, the expectation of the new Latin American constitutionalism seems to achieve a strong judicial protection of rights accompanied by strong democratic participation and deliberation. This model is not impossible, but it is difficult. One way to explore this idea is to develop a theory of*

Un esquema en el cual, en contra de lo que puede intuirse, se generan procesos de movilización social y de organización política porque cada uno de los individuos puede ser el promotor de un ataque de constitucionalidad de las leyes. El contexto político y social de la región impone, como señala Grimm, que "la elección se haga entre diferentes tipos de democracia y no entre la democracia y el control de constitucionalidad[211].

Finalmente, este capítulo ha sido una defensa del modelo de la acción pública de constitucionalidad. La tesis general de esa defensa es la idea de que cualquier costo que pueda generar el control de constitucionalidad para el principio de igual participación política puede ser compensado por elementos del diseño institucional del mecanismo de acceso al control de constitucionalidad. Esta es una propuesta que, como se verá en el siguiente capítulo, no es aceptada por el denominado núcleo del argumento contra el *judicial review*. Por esa razón, la defensa del mecanismo de acción pública de constitucionalidad debe analizar cada uno de los elementos de esa crítica y contestarlos, puesto que solo de esa manera se podrá construir una defensa holística del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

---

constitutional justice for Latin America, which involves an exercise of judicial protection of rights that would promote, but not undermine, democratic participation and discussion". Uprimny Yepes. "The recent transformation", cit., p. 1608.

211 Grimm. "Constitutional adjudication", cit., p. 201.

CAPÍTULO SEXTO

El modelo colombiano de justicia constitucional frente a la crítica de Jeremy Waldron al control de constitucionalidad

A pesar de haber mostrado algunas fortalezas del modelo de acción pública de constitucionalidad en relación con las potenciales objeciones democráticas que se pueden formular al control de constitucionalidad, resulta importante hacer referencia al argumento de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes, a su potencial aplicación en Colombia y a los argumentos que puede aportar el modelo de acción pública de constitucionalidad con el fin de contestar a algunas de las tesis centrales de ese argumento. Adicionalmente, como parte de esa demostración, tiene la mayor relevancia referirse a la situación del modelo colombiano en el contexto de la división, cada vez más extendida en el constitucionalismo global, entre sistemas fuertes y sistemas débiles de control de constitucionalidad.

En consecuencia, el propósito de este capítulo es retomar uno de los ataques más difundidos en contra de la revisión judicial de las leyes, examinar sus efectos concretos para el sistema colombiano de acción pública de constitucionalidad y elaborar una serie de respuestas a las críticas que forman parte del denominado núcleo del argumento en contra del *judicial review*. Como parte de esa respuesta se pondrá en cuestión la solidez de la división entre modelos débiles y fuertes de control de constitucionalidad y su incidencia acrítica en el debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional.

La tesis que orientará este capítulo es que la configuración del modelo colombiano de control de constitucionalidad solo es, *ab initio*, objeto del ataque que plantea el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes porque el sistema político de Colombia no satisface los requisitos necesarios para la aplicación de los argumentos que forman parte de esta crítica.

1. La crítica de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes

Jeremy Waldron ha formulado uno de los ataques más difundidos contra la revisión judicial de las leyes[1]. La tesis central de Waldron es la siguiente: siempre que en una sociedad funcionen adecuadamente las instituciones democráticas y los ciudadanos tomen en serio sus derechos, no habrá ninguna razón concluyente que permita colegir que los derechos serán mejor protegidos por los jueces que por el legislador. Ni siquiera las experiencias destacables o los

1 Waldron. "The core of the case", cit., pp. 1346-1406.

buenos resultados del control de constitucionalidad durante un periodo concreto pueden ocultar que la intervención judicial es democráticamente ilegítima.

La mejor manera de explorar todas las aristas de este argumento es dividir su exposición en tres partes. En primer lugar, se identificarán los modelos de control de constitucionalidad objeto de la crítica. En segundo lugar, se describirán las cuatro condiciones que constituyen el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes. Finalmente, se desglosará el contenido concreto de la objeción en contra del *judicial review*.

I.1. EL OBJETO LIMITADO DE LA CRÍTICA: EL CONTROL FUERTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DE CARÁCTER POSTERIOR Y LA IRRELEVANCIA DE LOS RESULTADOS

El punto de partida de la tesis de Waldron es una advertencia metodológica según la cual su trabajo no tiene como objetivo postular un argumento en contra del *judicial review* con un potencial teórico universal. Esta limitación del ámbito de aplicación de la crítica es un cambio de posición respecto de los trabajos previos del mismo autor. Por ejemplo, en su obra más difundida, Waldron defendió la siguiente tesis central que tiene un objeto de aplicación mucho más amplio que la tesis que mantuvo posteriormente en el *core of the case*:

> Sostendré que nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que conocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes sólo se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean[2].

Eso significa que, en contra de lo sostenido en *Derecho y desacuerdos*, en el *core of the case* Waldron establece tres límites al ámbito de aplicación de su crítica. Estas giran en torno a i) el objeto del control judicial que considera ilegítimo, ii) el tipo de control judicial al que se opone y iii) la irrelevancia de los resultados del control de constitucionalidad.

---

2 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 254.

En virtud del primer criterio (objeto del control), Waldron afirma que sus argumentos se dirigen contra la revisión judicial que tiene por objeto controlar la constitucionalidad de las leyes; mientras que deja a salvo la revisión judicial que tiene por objeto el control de la acción ejecutiva o de las decisiones administrativas[3]. En tal sentido, su punto de mira es el procedimiento judicial que tiene por objeto el control de los actos normativos ordinarios del legislador[4].

De acuerdo con el segundo criterio (tipo de control), el autor establece dos límites. En primer lugar, afirma que sus objeciones recaen solo sobre los modelos fuertes de control de constitucionalidad de las leyes, en tanto excluye de su crítica a los modelos débiles de control de constitucionalidad[5].

Waldron entiende que un sistema jurídico ostenta un control de constitucionalidad fuerte cuando los jueces tienen, al menos, una de las siguientes tres competencias: i) dejar de aplicar una ley claramente aplicable a un caso concreto, ii) modificar los efectos de una ley para que su aplicación sea compatible con una determinada interpretación de las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales o iii) expulsar una ley del ordenamiento jurídico[6]. Por el contrario, los modelos débiles[7] son aquellos diseños institucionales en los cuales los jueces no tienen ninguna de las anteriores competencias y sus decisiones sobre la incompatibilidad de una ley con la Constitución –tal como sucede en Inglaterra o Nueva Zelanda– se limitan a señalar esa contradicción normativa como una opinión no vinculante (man-

---

3 A pesar de esta advertencia, Waldron no descarta que algunos de los argumentos en contra del *judicial review* sean aplicables también en contra de la revisión judicial de los actos normativos proferidos por el poder ejecutivo: "*It might be thought that some of the same arguments apply to executive action as well: After all, the executive has some elective credentials of its own with which to oppose decision-making by judges. But it is almost universally accepted that the executive's elective credentials are subject to the principle of the rule of law, and, as a result, that officials may properly be required by courts to act in accordance with legal authorization*". WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1354.

4 Ibíd., p. 1353.

5 "*There are a variety of practices all over the world that could be grouped under the general heading of judicial review of legislation. They may be distinguished along several dimensions. The most important difference is between what I shall call strong judicial review and weak judicial review. My target is strong judicial review*". Ibíd., p. 1354.

6 Ibíd., p. 1354.

7 Mark Tushnet considera que la definición de modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad hecha por Waldron en el *core of the case* es imprecisa. Cfr. TUSHNET, MARK. "How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 1, 2010, p. 64.

dato interpretativo) que la judicatura le ofrece al legislador, al Gobierno y al conjunto de la sociedad[8].

En segundo lugar, el autor sostiene que sus críticas se dirigen hacia el control posterior de constitucionalidad, por lo que deja a salvo la mayoría de los sistemas de revisión previa de constitucionalidad. Esto es así porque Waldron considera que el control previo constituye una forma de control político que realiza el propio legislador dentro del procedimiento legislativo. El autor también afirma que, cuando el control previo de constitucionalidad es realizado por un juez constitucional, en realidad, el juez no actúa como tal, sino que asume el rol funcional de una cámara adicional del órgano legislativo[9].

Finalmente, el tercero de los criterios mencionados al inicio de esta sección (irrelevancia de los resultados) conduce a Waldron a señalar que sus argumentos pertenecen a una discusión en abstracto sobre la compatibilidad del *judicial review* con la democracia. En ese sentido, son irrelevantes los buenos o malos resultados de una práctica concreta del control de constitucionalidad. En su criterio, el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de las leyes no se basa en los beneficios históricos o actuales de las decisiones judiciales que han protegido los derechos, porque este es un aspecto contingente y controvertido que, como tal, dice poco sobre la compatibilidad del *judicial review* con el principio democrático y con la igualdad política[10].

Sobre este último aspecto, Waldron señala que un sector de la doctrina –sobre todo norteamericana– ha apoyado y apoya la institución del control de constitucionalidad como una forma de respaldar unas decisiones concretas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en materias como el aborto o la segregación racial. Para Waldron, este tipo de defensa de

---

8 WALDRON. "The core of the case", cit., pp. 1355 y 1356. Sobre esta distinción se volverá más adelante en la sección específica que se ocupa de los modelos débiles y fuertes de control de constitucionalidad. También se advierte que, en contra de la mayor parte de la literatura, Waldron considera que el sistema canadiense no es un modelo débil sino un esquema intermedio de control de constitucionalidad. Incluso, Waldron anuncia que el sistema canadiense es susceptible de algunas de sus críticas: "*Thus, in what follows I shall count the Canadian arrangement as a form of strong judicial review, with its vulnerability to my argument affected only slightly by the formal availability of the override*". Ibíd., pp. 1356 y 1357.

9 Ibíd., pp. 1358 y 1359.

10 "[C]ualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad". WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 292.

la Corte Suprema es marginal y no se puede considerar seriamente porque está ligada a unos resultados determinados de la práctica judicial. Para el autor, quienes ocultan su apoyo a unas decisiones judiciales concretas detrás de argumentos para fundamentar la existencia y el funcionamiento del *judicial review* serán los primeros en retirar ese apoyo a los jueces cuando los resultados sean contrarios a sus preferencias. Por esta razón, sostiene, es mejor debatir en abstracto sin tener en cuenta los afectos o desafectos que puedan generar las decisiones judiciales[11].

En definitiva, según Waldron, los resultados judiciales son irrelevantes en el debate sobre el control de constitucionalidad porque ningún efecto favorable para la protección de los derechos constitucionales puede ocultar que ha sido el producto de una institución que tiene un alto coste para la democracia. Por el contrario, cuando el proceso legislativo arroja resultados deficientes, al menos los ciudadanos saben que estas decisiones son producto del ejercicio de su derecho de participación, las pueden asumir como errores propios y, sobre todo, saben que fueron producidas sin un coste democrático:

> Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces, –seguro– se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar [...]. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro[12].

De acuerdo con todo lo anterior, las objeciones de Waldron solamente se aplican a los modelos fuertes, centralizados o descentralizados y de control posterior de la constitucionalidad de las leyes[13]. Aun así, no todos los sistemas de este

---

11 WALDRON. "The core of the case", cit., pp. 1351-1352.

12 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 351.

13 Al final de sus aclaraciones, Waldron parece abrir un margen a favor del control centralizado de constitucionalidad porque reconoce que la especialización del juez constitucional puede significar una ventaja decisiva. Sin embargo, no se puede afirmar que el autor excluya de sus

tipo son susceptibles a los reproches de Waldron, porque el autor también establece cuatro condiciones necesarias que debe satisfacer el sistema político dentro del cual opera el control de constitucionalidad para que sus objeciones puedan ser aplicadas. Estas constituyen el denominado núcleo del argumento (*core of the case*) en contra de la revisión judicial de las leyes.

1.2. Las cuatro condiciones de aplicación de la crítica: el *core of the case*

Además de las exclusiones descritas en la sección anterior, Waldron señala que el sistema político en el que opera el control de constitucionalidad también debe cumplir con una serie de condiciones para que sus argumentos en contra del *judicial review* puedan ser aplicados. En ese sentido, Waldron sostiene que el núcleo de su argumento (*core of the case*) funciona en una sociedad imaginaria que satisfaga los siguientes cuatro elementos:

> (1) instituciones democráticas con un funcionamiento razonablemente correcto, incluyendo un legislativo representativo elegido con base en el sufragio universal de los adultos; (2) un conjunto de instituciones judiciales, de nuevo, con un funcionamiento razonablemente correcto, establecido en bases no-representativas para escuchar demandas jurídicas individuales, resolver disputas y mantener el imperio de la ley (*rule of law*); (3) un compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la sociedad, y de sus funcionarios, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente, substancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del alcance del compromiso con los derechos y cuáles son sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad que están comprometidos con la idea de los derechos[14].

De acuerdo con la explicación del autor, la primera condición implica la existencia de órganos legislativos de representación que funcionan como escenarios de deliberación. Adicionalmente, los representantes deben ser elegidos

---

críticas a los modelos que tienen en el eje del control de constitucionalidad a un tribunal constitucional: "*Perhaps a specialist constitutional court can do better, though experience suggests that it too may become preoccupied with the development of its own doctrines and precedents in a way that imposes a distorting filter on the rights-based reasoning it considers*". Waldron. "The core of the case", cit., p. 1359.

14 Ibíd., p. 1360.

mediante el sufragio universal en elecciones regulares y transparentes. Estos representantes tienen la función de decidir sobre las políticas públicas por medio de votaciones abiertas que se producen después de varios debates. El procedimiento legislativo debe ser previamente establecido, y dentro del mismo se debe escuchar a la sociedad civil. Además, los representantes deben pertenecer a partidos políticos y defender los intereses de quienes les han votado o de la sociedad en general[15]. Finalmente, esta primera condición exige que las instituciones democráticas realicen una deliberación de calidad, hagan un buen trabajo y privilegien el principio de igualdad política[16].

La segunda condición se refiere a la existencia de un poder judicial fuerte, independiente, organizado, jerarquizado, no representativo y no controlable electoralmente. Las funciones de este poder judicial son la resolución de las disputas entre los ciudadanos, o entre estos y la administración, y el control de la constitucionalidad de la acción de la administración. Los integrantes del poder judicial deben gozar de un especial respeto por parte de la sociedad, estar protegidos frente a las presiones políticas (independencia judicial) y caracterizarse por un fuerte compromiso con la protección de los derechos de cualquier persona[17].

El tercer requisito es el compromiso serio de cada miembro de la sociedad con los derechos y libertades, en especial, con los derechos de las minorías. Los ciudadanos de esta sociedad imaginaria tienen claro que deben perseguir el bien general, pero sin que este sea un argumento conclusivo para negar o vulnerar los derechos individuales. Waldron utiliza la fórmula popularizada por Dworkin y afirma que piensa en una sociedad que se toma los *derechos en serio*, esto es, que los ha incluido en una declaración y enfrenta con responsabilidad los debates que estos generan sin limitarse a repetir, como un dogma, la fórmula vacía de las *cartas de triunfo*[18]. En relación con las minorías es especialmente enfático al señalar que "el respeto general por los derechos de los individuos y las minorías es una parte importante de un amplio consenso en la sociedad,

---

15 Ibíd., p. 1361.

16 De acuerdo con Waldron, esto no quiere decir que las leyes que aprueben las instituciones democráticas sean justas o injustas. Su argumento sobre el buen trabajo de las instituciones se concentra en los procedimientos y no en los resultados. Cfr. ibíd., p. 1362.

17 Ibíd., pp. 1363 y 1364.

18 "No es suficiente simplemente con *repetir* 'derechos como triunfos', como si se tratara de un *mantra*". WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 289.

una parte del órgano más prevalente de opinión política y, ciertamente, una parte de la ideología oficial"[19].

Finalmente, Waldron retoma sus tesis sobre los desacuerdos dentro de la sociedad[20]. La cuarta condición del núcleo de su argumento es que el consenso sobre la importancia de los derechos en la sociedad no excluye la existencia de fuertes desacuerdos sobre varios aspectos: el concepto de derechos, el catálogo de derechos, el contenido de los derechos y la forma de protegerlos[21]. Waldron es enfático en sostener que el desacuerdo también está presente en las deliberaciones judiciales, porque "los jueces discrepan entre sí tanto como los demás, y lo hacen razonablemente y de buena fe, sobre la naturaleza de su administración constitucional y los compromisos sobre principios que se supone que dicha administración incorpora"[22].

El carácter fuerte de tal disenso deriva del hecho de que no se trata solamente de un problema de hermenéutica jurídica, sino que es un desacuerdo que obliga a que la colectividad discuta sus dilemas más serios y centrales sobre difíciles cuestiones morales y políticas[23]. Disentir en serio sobre los derechos no implica asumir el relativismo moral, sino reconocer que el "desacuerdo es perfectamente compatible con la existencia de una verdad sobre el asunto de los derechos y los principios del constitucionalismo –asumiendo que nuestra condición no sea una donde la verdad se revele en maneras que nos son razonablemente negables"[24].

Estas cuatro condiciones se suman a las limitaciones descritas en la sección anterior. Unas y otras enmarcan el debate en el que operan las objeciones que Waldron formula en contra del control de constitucionalidad. Según se verá más adelante, se trata de una aparente autolimitación del alcance de la crítica que también funciona como un mecanismo de defensa de los argumentos del autor en contra del *judicial review*. En efecto, cuando hay una teoría o práctica que aporta una defensa plausible de la legitimidad democrática de la revisión judicial de la ley, Waldron afirma que esa teoría o práctica no está dentro de su *core of the case* porque no satisface alguno de sus presupuestos. En esos casos,

---

19 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1365.

20 Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 177-247.

21 Ibíd., pp. 18-25.

22 Ibíd., p. 334.

23 Waldron. "The core of the case", cit., pp. 1366-1369.

24 Ibíd., p. 1369.

el autor opta por señalar una de dos posiciones: o bien que la revisión judicial de la ley puede estar justificada para corregir una disfuncionalidad, o bien que el control de constitucionalidad puede constituir un error que se suma al deficiente funcionamiento del sistema político.

Del mismo modo, cuando se cuestionan algunas de las ventajas del procedimiento legislativo o estas se califican como verdaderas excepciones a lo que sucede en la realidad, el autor responde que el objetivo de los argumentos del *core of the case* no es corregir aquellos sistemas legislativos que son "patológica e incorregiblemente disfuncionales"[25]. De esta manera, Waldron utiliza las cuatro condiciones para concretar su ataque y, al mismo tiempo, también las instrumentaliza para eludir algunos poderosos argumentos en su contra[26].

1.3. El argumento en contra de la revisión judicial de las leyes: Waldron a favor del legislador

Como se anunció previamente, la tesis central de Waldron afirma que, en las sociedades *core of the case* –es decir, aquellas en las cuales se cumplen las cuatro condiciones señaladas en la sección anterior–, los ciudadanos deben resolver sus desacuerdos sobre sus derechos mediante las instituciones legislativas y no en los foros judiciales. En efecto, el autor considera que:

> Cuando los ciudadanos o sus representantes discrepan acerca de qué derechos tenemos o qué se desprende de tales derechos, la afirmación de que dicha discrepancia no puede ser superada mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces, parece casi un insulto[27].

Aunque Waldron no cree que haya una oposición irremediable entre el control de constitucionalidad y el sistema democrático, sí sostiene que, en cumplimiento

---

25 Ibíd., p. 1389.

26 Sucede exactamente de esta manera cuando Waldron enfrenta el argumento de Joseph Raz sobre la actuación facciosa, parcializada y autointeresada del Parlamento. La respuesta de Waldron a Raz es que tal actuación del órgano legislativo no es un argumento en contra de sus tesis para rechazar el *judicial review* porque esa hipótesis queda fuera del *core of the case* en virtud de que no cumple con la primera condición que hace referencia a una institución legislativa que funcione de manera ordenada y haga un buen trabajo. Cfr. ibíd., p. 1377.

27 Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 23.

del *core of the case*, las sentencias de las autoridades judiciales que inaplican o invalidan los actos normativos proferidos por el legislador no satisfacen un estándar mínimo de legitimidad democrática[28]. En una sociedad como esta, el control de constitucionalidad puede ser contrario a la idea misma de derechos y, en concreto, al derecho de participación política en condiciones de igualdad que, en la visión de Waldron, es el derecho de los derechos[29].

Para respaldar su crítica, Waldron utiliza dos ejes. Por una parte, se basa en la distinción entre las razones o argumentos de procedimiento y las razones o argumentos de resultado con el fin de demostrar que tanto unas como otras juegan a favor del órgano legislativo como escenario para la resolución de los desacuerdos que surgen dentro de la sociedad. Por otra parte, el autor enfrenta directamente cinco argumentos que son frecuentemente empleados como una defensa del control de constitucionalidad. A continuación se expondrán estos dos elementos de su objeción al *judicial review*.

1.3.1. ARGUMENTOS BASADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS

Como ya se enunció, según Waldron, la única forma de resolver los desacuerdos dentro de la sociedad es mediante procedimientos que satisfagan unos criterios mínimos de legitimidad. En su visión, existen dos clases de razones que deben ser tenidas en cuenta para determinar cuál es el escenario legítimo para la resolución de los desacuerdos: razones basadas en el procedimiento y razones basadas en los resultados.

De acuerdo con el primer tipo de razones (basadas en los procedimientos), el procedimiento legislativo no es un caso de justicia procesal pura o perfecta. Sin embargo, este es el único método que garantiza los principios de autodeterminación y de igualdad política, porque asegura que la opinión de cada persona será tenida en cuenta y valorada con el mismo valor que la opinión de los demás miembros de la sociedad[30].

---

28 WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1360.

29 "Los teóricos constitucionales como Ronald Dworkin, por lo tanto, tienen razón cuando afirman que no podemos apelar a ninguna oposición fundamental entre la idea de democracia y la idea de derechos individuales como base para criticar la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes como la de los Estados Unidos. No existe tal oposición fundamental. Si hay una objeción democrática al control de constitucionalidad, debe estar también basada en derechos". WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 338.

30 WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1373.

Por ese motivo, incluso una persona disconforme con el resultado del procedimiento legislativo se sentirá tranquila al acatar esa decisión, puesto que comprenderá que esta ha sido el producto de un proceso imparcial, en el que la decisión la han tomado personas que fueron elegidas mediante mecanismos en los cuales la disidente pudo participar o abstenerse de hacerlo en condiciones de libertad e igualdad. La conclusión de Waldron sobre este aspecto es que el procedimiento legislativo es el único que garantiza resultados satisfactorios para todos los involucrados en el desacuerdo[31].

Según esta misma idea, en comparación con el procedimiento legislativo, el *judicial review* carece de las credenciales democráticas suficientes para ser considerado como una práctica legítima. Para reforzar su tesis, el autor destaca los bajos niveles de control político, ciudadano y electoral al que se encuentran sometidos los jueces constitucionales y los contrasta con el alto nivel de escrutinio al que son sometidos periódicamente los legisladores mediante las elecciones[32].

Del mismo modo, Waldron aduce que los tribunales constitucionales aplican la misma regla de decisión mayoritaria que los órganos legislativos, y no se explica cómo eso puede ser censurable cuando lo hace el Congreso pero defendible cuando lo hacen los tribunales para resolver una misma clase de desacuerdos:

> Seguramente los magistrados de la Corte Suprema se toman en serio los derechos si nadie más lo hace, pero dichos magistrados discrepan acerca de tales derechos tanto como los demás, y también resuelven sus desacuerdos por un voto de mayoría simple. La práctica establecida en Estados Unidos es que el pueblo debe aceptar la autoridad de una decisión de la Corte sobre los derechos que ellos poseen, incluso cuando dicha decisión se basa en una votación ajustada de cinco a cuatro magistrados[33].

1.3.2. ARGUMENTOS BASADOS EN LOS RESULTADOS

De acuerdo con el segundo tipo de razones (basadas en los resultados), Waldron afirma que tanto el procedimiento judicial como el procedimiento legislativo pueden resultar idóneos o tener muchas deficiencias como métodos para resolver los desacuerdos dentro de la sociedad. Como se enunció previamente, el aspecto

---

31 Ibíd., p. 1387.

32 Ibíd., p. 1391.

33 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 365.

que marca la diferencia entre uno y otro es el coste democrático que tiene el *judicial review* frente al beneficio democrático del procedimiento legislativo.

Para respaldar esta idea, Waldron afirma que los defensores del *judicial review* se equivocan al destacar tres aparentes ventajas del proceso judicial frente al proceso legislativo: i) los jueces resuelven desacuerdos en el contexto de un caso concreto, ii) con base en la declaración de derechos y iii) mediante procesos deliberativos y argumentativos. Para el autor, estas diferencias son menos favorables al *judicial review* de lo que parece y de lo que quieren hacer que parezca quienes apoyan el control de constitucionalidad.

En relación con la primera ventaja, Waldron sostiene que la tesis de Richard Fallon, según la cual los jueces están más habituados que los legisladores a decidir sobre aspectos morales o sobre la colisión de derechos en casos concretos, es simplemente un mito ampliamente extendido[34]. Por el contrario, el autor señala que la práctica concreta demuestra que, cuanto más alto llega un caso dentro de la jerarquía judicial, más abstractos son los razonamientos del tribunal que lo decide.

En cambio, esta ventaja también jugaría a favor del proceso legislativo porque, a diferencia de la jurisprudencia, la legislación se basa en los problemas concretos de los ciudadanos y la deliberación parlamentaria recoge las preocupaciones ciudadanas particulares a través de los grupos de presión, las audiencias públicas y el debate abierto[35].

En relación con la segunda ventaja, Waldron afirma que la sujeción de los jueces a un catálogo de derechos es más bien un problema del *judicial review* porque conduce a uno de dos extremos. Esta puede llevar a un textualismo rígido o a que los jueces se separen de la declaración de derechos, de manera que "las palabras de cada disposición tienden a tomar vida propia, se convierten en un eslogan obsesivo para decir todo aquello que se quiere expresar sobre el derecho en debate"[36].

---

34 La tesis de Fallon para defender el judicial review es la siguiente: "*I have assumed that even if courts cannot be shown to be better than legislatures at resolving disputed rights questions, courts are likely to have a distinctive perspective, involving both a focus on particular facts and a sensitivity to historical understandings of the scope of certain rights, that would heighten their sensitivity to some actual or reasonably arguable violations that legislatures would fail to apprehend*". FALLON, RICHARD. "The core of an uneasy case for judicial review". *Harvard Law Review*, vol. 121, n.º 7, 2008, p. 1710.

35 WALDRON. "The core of the case", cit., pp. 1379 y 1380.

36 Ibíd., p. 1381. Exactamente la misma cita aparece en WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 262.

Eso significa que, para Waldron, no hay un valor agregado en el hecho de que los jueces deban decidir los casos con base en una declaración de derechos escrita. Por el contrario, el autor encuentra que esto causa más problemas porque conduce a que los jueces sometan su decisión a parámetros textuales que poco tienen que ver con el contenido axiológico y trascendente del desacuerdo al que los enfrentan los casos sobre vulneraciones a los derechos contenidos en esas declaraciones. Cuando no sucede lo anterior, según Waldron, los jueces hacen todo lo contrario, es decir, toman la decisión que discrecionalmente consideran adecuada y la justifican mediante interpretaciones poco razonables del texto que supuestamente les iba a proporcionar la respuesta correcta para cada caso.

Sobre la tercera ventaja, Waldron mantiene que, en relación con la deliberación, tanto los legisladores como los jueces utilizan procedimientos deliberativos y argumentativos para cumplir con su deber de justificar las decisiones. También reconoce que hay una diferencia entre la estructura argumentativa de los jueces y la del legislador, pero afirma que esta, en lugar de beneficiar a los jueces, les perjudica porque los lleva a concentrase en aspectos superfluos de los debates que plantea el desacuerdo concreto sobre un derecho. Según Waldron, los jueces se desvían del debate preciso que implica el desacuerdo y se enfocan en aspectos técnicos, como la aplicación de un precedente o el derecho comparado. Por el contrario, cuando el legislador asume directamente un problema se centra siempre en los debates morales que incorpora el desacuerdo[37].

En efecto, Waldron sostiene que solo una mínima parte de las sentencias que resuelven profundos desacuerdos dentro de la sociedad aplican argumentos que enfrentan directamente los problemas morales que estos desacuerdos implican. Como se dijo con anterioridad, Waldron asevera que los jueces se dedican especialmente a aspectos técnicos, como el precedente, las reglas de competencia y el derecho comparado, y, por el contrario, destaca la existencia de debates legislativos morales de alta calidad. Utiliza como ejemplo las deliberaciones parlamentarias ocurridas el Reino Unido en torno a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

En este punto, en lugar de construir un argumento por contraste, Waldron incurre en la falacia de asimetría porque presenta la peor cara del trabajo judicial contra la mejor cara del Parlamento. También lo hace cuando afirma que los jueces usan excesivamente el derecho comparado mientras que el legislador

---

37 Waldron. "The core of the case", cit., pp. 1382-1386.

va directo al punto central del problema con el fin de encontrar una respuesta en clave local.

Esos argumentos a favor del legislador son débiles por dos razones. Por una parte, el legislador también evalúa las decisiones de otros parlamentos antes de elaborar una política local. Esta no es una práctica reprochable sino, por el contrario, una aspiración lógica en un mundo en el que tanto los jueces como los legisladores deben afrontar problemas comunes de orden global. Por otra parte, tampoco es cierto que los debates legislativos sean un ejemplo destacable de brevedad y concreción. En circunstancias normales, cuando un debate parlamentario es excesivamente breve, son más las sospechas que los aspectos destacables que se deben generar de esa práctica.

Con base en esa falacia de asimetría, Waldron señala que la única conclusión posible que se deriva tanto de las razones de procedimiento como de las razones de resultado es que estas juegan a favor del legislador y en contra del *judicial review*. A pesar de que ninguno de los dos sistemas para resolver desacuerdos dentro de la sociedad es perfecto, para Waldron, el procedimiento parlamentario tiene mayores credenciales democráticas y representa mayores ventajas comparativas con un menor o nulo coste democrático[38].

Con el fin de aumentar la potencia de su crítica, además de construir este argumento a favor del legislador basado en las razones de procedimiento y en las razones de resultado, Waldron también argumenta en contra de cinco tesis que se suelen postular en defensa del control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera, el autor pretende blindar todo su ataque contra la revisión judicial de las leyes.

1.4. Waldron en contra de los jueces: los errores de cinco argumentos favorables al control de constitucionalidad

Waldron afirma que los defensores del *judicial review* saben muy bien que los argumentos basados en los procedimientos y los argumentos basados en los resultados no les son favorables y, por tal razón, han intentado otras vías para

38 "*The system of legislative elections is not perfect either, but it is evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary*". Ibíd., pp. 1382-1391.

fundamentar la compatibilidad del control judicial de las leyes con el principio democrático.

En concreto, el autor sostiene que los defensores del control de constitucionalidad se basan en cinco tesis sobre: i) la mayor legitimidad democrática del texto constitucional sobre las leyes ordinarias; ii) los valores públicos de la Constitución como un precompromiso que vincula a las generaciones presentes con las decisiones que fueron adoptadas por las generaciones del pasado en un escenario con una supuesta calidad deliberativa superior; iii) la posibilidad de responder a las decisiones judiciales que inaplican o invalidan una ley con una reforma constitucional que modifique el parámetro de constitucionalidad; iv) la legitimidad de origen de los jueces constitucionales, y v) el contenido participativo del proceso de control de constitucionalidad.

El propósito de Waldron es atacar cada uno de esos cinco argumentos. A continuación se resumirá la comprensión y el alcance que el autor confiere a cada una de esas tesis que defiende el control de constitucionalidad, así como los argumentos que plantea en su contra. Como se podrá colegir al final de esta sección, el autor reduce cada una de estas defensas, las simplifica y omite elementos esenciales de las mismas con el fin de refutarlas fácilmente.

1.4.1. La mayor legitimidad democrática del texto constitucional en relación con las leyes ordinarias

La primera defensa del control de constitucionalidad contra la que se dirige Waldron es aquella que afirma que los jueces pueden inaplicar o invalidar una ley contraria a la Constitución porque en esos casos los tribunales se limitan a garantizar la prevalencia del texto constitucional sobre las disposiciones legales. Los jueces pueden hacer tal cosa en virtud de que la Constitución es una norma aprobada por un órgano con el máximo grado de legitimidad democrática (constituyente primario), cuyas decisiones deben prevalecer y limitar el ámbito de acción del legislador[39].

---

39 Esa defensa del control de constitucionalidad se ha planteado de diferentes maneras, entre otras: "*A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their*

La respuesta de Waldron a este argumento es que la existencia de un texto constitucional que incorpora un catálogo de derechos no elimina los desacuerdos dentro de la sociedad[40]. Por el contrario, la estructura normativa ambigua e indeterminada de las disposiciones sobre derechos constitucionales es una fuente de desacuerdos. Lo que enfrenta a Waldron con los defensores del *judicial review* es, precisamente, la cuestión de saber a qué órgano o institución y con base en qué parámetros corresponde decidir sobre esos desacuerdos.

En el rechazo de esta primera forma de defender el control de constitucionalidad, Waldron coincide con autores como Carlos S. Nino o Wilfrid Waluchow. Frente a este argumento, Nino sostuvo que la tesis según la cual los procesos de elaboración de una Constitución son profundamente democráticos es altamente indeterminada y constituye una generalización. Para Nino, el carácter democrático de una asamblea constituyente debe ser demostrado en cada caso concreto antes de defender las mayores credenciales del texto constitucional como fundamento de la revisión judicial de las leyes[41].

Sin embargo, Waldron no acepta esta concesión de Nino a favor del control de constitucionalidad. Para Waldron, incluso si se acredita plenamente que un proceso constituyente concreto fue altamente democrático, tal hecho no impide la subsistencia del desacuerdo cuando los jueces aplican las disposiciones constitucionales. Se trata del denominado *problema de la discrecionalidad* al que han hecho referencia otros autores y que impide trasladar la legitimidad

---

agents". HAMILTON, MADISON y JAY. *The Federalist Papers* (n.º 78), cit., p. 381; "*That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent*". *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 (1803); "*In rejecting the countermajoritarian difficulty, I hardly wish to give the modern Supreme Court a blank check. I do not deny that it is undemocratic for Nine Old Lawyers to force the country to embrace the moral ideals that win their approval by a vote of 5 to 4. I mean, instead, to suggest a third possibility: that a modern Court has been doing a credible (not perfect) job interpreting the constitutional principles hammered out by We the People at the Founding, Reconstruction, and the New Deal (as well as at lesser constitutional moments)*". ACKERMAN. *We, the People. Foundations*, cit., p. 262; "*The democratic legitimacy of constitutional review rests on the ideology of higher law constitutionalism, which subordinates the exercise of all governmental authority, even that which is made according to the general will, to the law of the constitution*". STONE SWEET. *Governing with Judges*, cit., p. 50.

40 WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1393.

41 NINO. *The Constitution of Deliberative*, cit., p. 198.

democrática del texto constitucional a las autoridades judiciales encargadas de interpretarlo[42].

De acuerdo con el *problema de la discrecionalidad*, las mayores credenciales democráticas del proceso constituyente podrían respaldar la fundamentación democrática de control de constitucionalidad si el texto constitucional fuera claro y unívoco. Sin embargo, en ausencia de esas condiciones es difícil sostener que los jueces siempre garantizan la plena vigencia de una norma con mayores calidades democráticas cuando el contenido de esa norma es altamente discutido[43]. Como señala Ferreres:

> Si realmente podemos decir que la Constitución de determinada nación es el resultado de una forma superior de política democrática, frente a las leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento, es verdad, entonces, que el tribunal puede producir un beneficio democrático cuando invalida una ley en nombre de esa norma suprema. El problema, obviamente, es que existe controversia en muchos casos acerca de la interpretación del texto constitucional[44].

Con base en la subsistencia del desacuerdo y en el *problema de la discrecionalidad*, Waldron no encuentra ninguna ventaja a favor de los jueces en el hecho de que estos apliquen el controvertido texto constitucional y su carta de derechos por más antiguo que este sea o por más calidades deliberativas que hayan ostentado quienes lo redactaron[45].

---

42 Ferreres Comella, Víctor. "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas". En aa.vv. *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 18.

43 En el mismo sentido se puede consultar a Bayón, quien afirma que tanto la rigidez constitucional como la justicia constitucional deben descartar esta vía para su fundamentación porque esta desconoce las dificultades para interpretar la Constitución: "En cuanto al control de constitucionalidad, podría pensarse que no añade nada a la dimensión contramayoritaria que lleve implícita la rigidez, limitándose a corroborarla o hacerla efectiva frente al legislador (y que, por tanto, la justificación del control no entrañaría ninguna dificultad adicional respecto de la que ya pudiera suponer justificar la rigidez misma). Esto podría ser cierto si los límites que los jueces constitucionales hacen valer frente al legislador estuviesen claramente predeterminados en la Constitución". Bayón, Juan Carlos. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo". En Carbonell y García (coords.). *El canon neoconstitucional*, cit., p. 289.

44 Ferreres Comella. "El control judicial", *cit.*, p. 363.

45 La versión resumida del argumento en Waldron. "The core of the case", cit., p. 1393. La versión extensa del argumento en Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 251-275.

Por su parte, Waluchow aduce otros argumentos en contra de la conexión entre las mayores calidades democráticas del texto constitucional y el control de constitucionalidad. Según Waluchow, incluso si –como Nino exigía– se prueba que el proceso constituyente fue altamente democrático, eso no implica que el control de constitucionalidad se encuentre plenamente justificado. Para Waluchow, el argumento de la mayor legitimidad democrática del texto constitucional tiene cuatro dificultades que minan su solidez para erigirse en una defensa adecuada del control de constitucionalidad: i) la desconexión entre el método de decisión y el contenido de la decisión, ii) la brecha intergeneracional, iii) la rigidez constitucional y iv) el originalismo.

En primer lugar, de acuerdo con Waluchow, es un error pensar que un procedimiento democrático siempre producirá una decisión democrática. Por esa razón, el autor afirma que el hecho de que los límites constitucionales y la función de control de constitucionalidad atribuida a los jueces hayan sido decididos mediante procedimientos altamente democráticos dice muy poco sobre el contenido democrático de esos límites y de esa función:

> … el que una sociedad haya por alguna razón escogido, a través de medios democráticos legítimos, someterse a sí misma a un mando tiránico y unipersonal difícilmente sería suficiente para considerar este mando como una forma democrática de gobierno, y mucho menos para considerarla una legítima. De forma más general, el que una forma de gobierno o proceso de toma de decisiones haya sido escogida por medios democráticos no implica que el objeto escogido automáticamente disfrute de legitimidad democrática[46].

A lo sumo, Waluchow acepta que la mayor calidad democrática del constituyente solo es una parte de todo el argumento que se debe construir para realizar una defensa aceptable del control de constitucionalidad. En su criterio, queda pendiente, entre otros aspectos, una teoría de la interpretación constitucional que defina los parámetros y límites que tienen los jueces para definir los desacuerdos dentro de la sociedad (*problema de la discrecionalidad*)[47].

---

46 WALUCHOW. "Strauss, democracia y constitucionalismo", cit., p. 234.

47 "[P]or supuesto, esto es sólo el comienzo de una respuesta a las críticas de aquellos que se preocupan por los asuntos de la legitimidad, porque el mero hecho que las Cortes deban aplicar la Carta en la evaluación de la legislación, deja abierto el problema de *cómo* ello debe hacerse. En otras palabras, deja abierto cómo se han de concebirse las restricciones impuestas por la carta

En segundo lugar, incluso si se acepta que la mayor calidad democrática del proceso constituyente tiene relación con la mayor calidad democrática del texto que fue aprobado finalmente, Waluchow afirma que subsiste una segunda dificultad relacionada con la falta de identidad entre el grupo de personas que elige y decide los límites y el cambio que sufre con el paso del tiempo el grupo de los destinatarios de esos límites. Se trata de una brecha intergeneracional que surge en razón de que las generaciones del presente no pueden quedar atadas a las decisiones de las generaciones del pasado[48].

La dificultad intergeneracional se profundiza si se combina con el tercer problema relacionado con la rigidez constitucional. Según esta idea, la mayor dificultad para reformar el texto constitucional se erige en una barrera para las pretensiones de actualización y cambio del texto constitucional por parte de las nuevas generaciones[49]. Finalmente, afirma Waluchow, la brecha intergeneracional y las tensiones con los valores constitucionales del pasado aumentan si los jueces aplican métodos de interpretación de tipo originalista que impidan fenómenos de mutación constitucional o de actualización del contenido normativo de las disposiciones constitucionales[50].

En síntesis, la tesis de Nino sobre la necesidad de probar la mayor calidad democrática de la asamblea constituyente, la subsistencia del desacuerdo o *problema de la discrecionalidad* descrito por Ferreres y las objeciones de Waluchow apoyan la idea central de Waldron sobre la equivocación en que incurren los defensores del control de constitucionalidad que centran sus argumentos exclusivamente en el carácter suprademocrático de la asamblea que redactó la Constitución.

1.4.2. La constitución como un precompromiso

La segunda forma de respaldar el control de constitucionalidad que Waldron rechaza es aquella que afirma que los jueces son los garantes de un precompromiso que vincula a toda la sociedad con los valores públicos establecidos en el texto constitucional. Las teorías del precompromiso se basan en las ideas de

---

y cómo los jueces van a interpretar esos límites cuando se embarcan en el proceso de control constitucional". Waluchow. "Strauss, democracia y constitucionalismo", cit., p. 250.

48 Ibíd., p. 255.

49 Ibíd., p. 255.

50 Ibíd., p. 256.

Jon Elster sobre la elección racional y han sido ampliamente difundidas bajo diferentes analogías con el proceso de decisión colectiva[51].

Las dos analogías más conocidas son la de Ulises y las sirenas y la de Pedro el alcohólico. De acuerdo con la primera, el Ulises de *La Odisea* navegaba hacia Ítaca con el conocimiento de que sería objeto de los seductores cantos de las sirenas. Con el fin de escuchar a las sirenas sin sucumbir ante sus llamados, Ulises ordenó a los miembros de la tripulación de su barco, por una parte, que cada uno de ellos derritiera cera y tapara sus oídos y, por otra, que antes de llegar a la zona de las sirenas le ataran al mástil de la nave.

Cuando el barco navegó por la zona que habitaban las sirenas y se escucharon sus cantos, solo Ulises pudo oírlos porque era el único tripulante que no tenía cera en los oídos. Ulises intentó infructuosamente desatarse del mástil, pues los marineros, en fiel cumplimiento de las órdenes que este les había dado antes de zarpar, le impidieron hacerlo, atándolo con más cuerdas. A pesar de que, en el momento de escuchar los cantos de las sirenas, Ulises ordenó que lo liberaran, la tripulación lo mantuvo siempre atado en cumplimiento de las órdenes que él mismo había proferido cuando se encontraba sosegado[52].

La segunda analogía se refiere a un hombre que con frecuencia consume alcohol hasta embriagarse. Antes de empezar a consumir alcohol, este hombre decide entregar la llave de su vehículo a alguno de sus amigos y le ordena que unas horas más tarde, cuando él se encuentre ebrio, no le devuelva la llave del vehículo y omita sus órdenes para obtener la llave de regreso. De esa manera, mientras está sobrio y consciente de que no debe conducir ebrio, el hombre decide limitar su propio margen de acción hacia el futuro al desprenderse de la llave de su vehículo y confiarla a uno de sus amigos.

Según la teoría del precompromiso, la decisión colectiva tiene puntos de conexión con las acciones individuales de Ulises antes de zarpar o de Pedro antes de empezar a consumir alcohol. La sociedad también tiene momentos sosegados, deliberativamente cualificados y reflexivamente profundos en los que establece una serie de compromisos que tienen una vocación de permanencia que se extiende hacia el futuro y que, de manera muy especial, limitan

---

51 Elster, Jon. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality.* Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 36-110.

52 Homero. *La Odisea*. José Manuel Pabón (trad.), Editorial Gredos, Madrid, 1993, pp. 285-299. Una reconstrucción de la versión de *La Odisea* en un *Christmas Club* en Shapiro, Scott. "Ulysses rebound". *Economics and Philosophy*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 157-182.

lo que esa misma sociedad puede decidir con posterioridad en tiempos de turbulencia.

En materia constitucional, la analogía sugiere que en el momento m_1, o momento constituyente, la sociedad decide un conjunto de disposiciones constitucionales con el fin de evitar que, en un momento m_2, ella misma se desprenda de esos vínculos o ataduras mediante decisiones elaboradas en procedimientos de política ordinaria, bajo la influencia de presiones y pasiones o con el ánimo de atender una situación de emergencia desplazando los valores esenciales de la comunidad. Como señala Bayón:

> La estrategia consiste en distinguir desde el punto de vista cualitativo entre dos tipos de circunstancias en las que una comunidad política –en el fondo, como los individuos– puede adoptar sus decisiones: aquellas en que reflexiona colectivamente con mayor seriedad, imparcialidad y altura de miras (los "momentos de política extraordinaria") y aquellas otras, menos brillantes (o de "política ordinaria"), en las que prevalecería el intento descarnado de satisfacer los intereses inmediatos, aun a riesgo de adoptar decisiones miopes que la comunidad política lamentaría a la larga, porque con ellas se acabaría perjudicando a sí misma[53].

La idea central de la teoría del precompromiso es que existen fuertes razones para sostener que deben prevalecer los valores o las decisiones del momento m_1 sobre las razones de cambio del momento m_2; por ejemplo, la calidad de la deliberación durante el momento m_1, las mayores credenciales democráticas del constituyente en m_1 respecto del legislador en m_2, la existencia de menores presiones (y pasiones) en el momento constituyente m_1 en comparación con m_2, favorecer el consenso que respalda el pacto constitucional suscrito en m_1, la estabilidad del ordenamiento jurídico, evitar discusiones que polarizan en extremo a la sociedad, entre otras[54].

El rol que en las dos analogías desempeñaron los miembros de la tripulación de Ulises o los amigos de Pedro, como garantes de ese precompromiso, es asumido dentro de la sociedad por los tribunales constitucionales al evitar que las leyes ordinarias se aparten de los valores públicos incorporados en la Constitución.

---

53 Bayón. "Democracia y derechos", cit., p. 337.

54 Elster. *Ulysses and the Sirens*, cit., pp. 36-110.

Desde el punto de vista teórico se han formulado distintas razones para rechazar la analogía entre la decisión individual y la decisión colectiva[55], la idea misma del precompromiso (el problema intergeneracional, el problema de la identidad o la petrificación del ordenamiento jurídico)[56] y la idoneidad de los jueces para asegurar su cumplimiento. El mismo Elster cuestionó sus propias ideas sobre la conveniencia e idoneidad del precompromiso y, en concreto, desistió de su tesis sobre la superioridad cualitativa de los redactores de la Constitución en relación con los miembros de los órganos de decisión de la política ordinaria[57].

Sin embargo, el ataque concreto de Waldron en contra de esta defensa del control de constitucionalidad es que el contenido propio del precompromiso es objeto de múltiples desacuerdos, de manera que, ante un cambio de opinión de la sociedad, resulta adecuado que sean los órganos deliberativos los que determinen si cambia o se actualiza el precompromiso. Para Waldron, en ningún caso es deseable que sean los jueces quienes realicen esa operación, y tampoco es aceptable que los jueces puedan desconocer o invalidar la actualización del precompromiso realizada por el legislador[58].

Una vez más, dirá Waldron, los defensores del control de constitucionalidad han fracasado al postular que el *judicial review* es una vía idónea para garantizar un precompromiso, como si este no fuera lo suficientemente indeterminado e impreciso para confiar en que los jueces podrán interpretar lo que los redactores del texto constitucional habrían dicho frente a los desacuerdos entre los integrantes de la sociedad algunos o muchos años después de la elaboración de la Constitución.

---

55 "[E]l mito de Ulises, basado en una decisión individual, no sirve para explicar las decisiones de una colectividad democrática. La sociedad democrática, integrada por una pluralidad de individuos, no tiene una sola opinión. E incluso, si la tuviera, con el paso del tiempo muy probablemente dicha opinión cambiaría. Por ello es equivocado sostener que la colectividad se autolimita voluntariamente como lo hizo Ulises". Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica y UNAM, IIJ, México, 2006, p. 235-236.

56 Moreso, José Juan. *La Constitución: un modelo para armar*. Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 138-144.

57 Elster, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press. Cambride, 2000, pp. 172 y 173. También una visión crítica en Besson, Samantha. *The Morality of Conflict, Reasonable Disagreement and the Law*. Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 287-338.

58 La versión resumida del argumento en Waldron. "The core of the case", cit., p. 1394. La versión extensa del argumento en Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 305-335.

1.4.3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO RESPUESTA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

La tercera opción para defender el control de constitucionalidad que Waldron refuta es aquella que se basa en la posibilidad de reformar la Constitución ante la invalidación de una ley que fue considerada contraria a los valores públicos de la Constitución. El eje central del argumento es que el legislador puede reaccionar a las decisiones de los jueces con las que discrepa mediante la modificación del parámetro de control de constitucionalidad[59].

Es decir, si los jueces garantizan el cumplimiento de la Constitución y el legislador quiere aprobar una política contraria a los valores públicos actuales de la Constitución, este tiene la posibilidad de modificar esos valores para que se ajusten a sus nuevas intenciones. De esa manera, el Parlamento no solo hará prevalecer su decisión, sino que, en adelante, los jueces serán los primeros garantes de la nueva política legislativa que fue constitucionalizada.

Adicionalmente, esta tesis afirma que el cambio constitucional –que ocurre como reacción a las decisiones del tribunal constitucional– tiene un efecto positivo porque, cuando el legislador traslada el contenido de la nueva política al ámbito de la Constitución, se genera un proceso de mayor deliberación para determinar si el contenido de la misma amerita su inclusión dentro del texto constitucional[60]. En ese sentido, la reacción legislativa a las decisiones judiciales no es solo una reacción del Parlamento sino de toda la sociedad frente a la interpretación de la Constitución realizada por los tribunales.

Como se verá más adelante (cap. séptimo), la reforma constitucional no es la única forma como el legislador puede reaccionar frente a una sentencia que ha declarado inconstitucional una ley. Incluso, se discute si la reforma constitucional es una forma de diálogo entre el legislador y los tribunales, porque se considera que el constitucionalismo dialógico se desarrolla sobre el texto

---

59 Sobre las respuestas legislativas a las decisiones judiciales, cfr. FERRERES COMELLA. "Una defensa de la rigidez", cit., pp. 29-47; NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO. "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, mayo-agosto, 2012, pp. 139-168 y TUSHNET, MARK. "Revisión judicial dialógica". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013, pp. 1-10.

60 "[E]l hecho de que el legislador responda a través de una reforma constitucional y no de una ley ordinaria tiene la ventaja de intensificar la deliberación y, por tanto, que el cambio de la doctrina constitucional se haga atendiendo a nuestros compromisos más profundos y no como reacción a la política ordinaria". NIEMBRO ORTEGA. "Las respuestas legislativas", cit., p. 144.

de la Constitución existente, lo cual quiere decir que no hay diálogo cuando el legislador cambia el texto sobre el cual debía dialogar con el Parlamento. Sin embargo, esta es la única forma de reacción legislativa a la que Waldron dirige su atención.

Su principal objeción frente a este argumento es que no se trata de una defensa del control de constitucionalidad sino de una costosa salida frente a la existencia del *judicial review*. Es costosa porque desconoce las dificultades para reformar la Constitución y no da cuenta de las razones por las cuales la sociedad debe hacer el esfuerzo de modificar la Constitución cada vez que una decisión judicial se opone a una política legislativa[61].

En su visión, no deben ser los jueces quienes fuercen a la sociedad a un momento constitucional –en términos de Ackerman– cada vez que deciden que una ley no se ajusta al contenido del controvertido texto constitucional. Según Waldron, con esta estrategia los defensores del control de constitucionalidad reconocen que esta es una institución antidemocrática y cuyos resultados pueden obstaculizar las pretensiones de cambio de la sociedad. Por esa razón, crean una válvula de escape que es muy costosa en términos democráticos y que no sería necesaria si se pusiera mayor atención a la actividad del Parlamento que a la del tribunal constitucional.

1.4.4. El proceso de elección de los jueces del tribunal constitucional

La cuarta vía para defender la legitimidad de los tribunales constitucionales que Waldron rechaza es aquella que se enfoca en el proceso de elección de los miembros del tribunal supremo o constitucional. Como se señaló en el capítulo cuarto, de acuerdo con esta defensa, en la mayoría de los sistemas constitucionales los jueces no tienen legitimidad de origen de primer grado porque no son elegidos directamente por el pueblo. Existen excepciones, como en Bolivia o en Japón, porque allí hay una mayor participación popular en la nominación y designación de los jueces constitucionales, pero estas son, ciertamente, experiencias marginales y muy cuestionables.

Sin embargo, del hecho de que los jueces no sean elegidos por el pueblo y carezcan de legitimidad de origen de primer grado no se infiere que estos

---

61 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1394.

también carezcan de legitimidad de origen de segundo grado. Esta última deviene del hecho de que los jueces son elegidos mediante procedimientos en los que intervienen, de diferentes maneras y en distintos grados, los legisladores y el ejecutivo.

La idea de la legitimidad de segundo grado señala que la designación de los miembros del tribunal por parte de funcionarios elegidos democráticamente les transmite a los jueces una porción de la legitimidad democrática que el presidente o los legisladores recibieron mediante la elección popular. Adicionalmente, esta defensa señala que el proceso de elección de los jueces constitucionales suele estar rodeado de fuertes debates y de atención pública sobre cada uno de los candidatos, con lo cual aumenta la legitimidad de su elección en términos deliberativos[62].

Sobre esta defensa del control de constitucionalidad Waldron ha tenido dos posiciones diferentes. En primer lugar, en *Law and Disagreement* se manifestó a favor de la idea central de Dworkin, quien señalaba que la cuestión de la elección de los jueces tenía un peso menor o irrelevante para fundamentar la legitimidad democrática del *judicial review*[63]. Por lo demás, en esta primera posición, Waldron sigue plenamente a Dworkin, quien era enfático en sostener que no se ganaba nada al tratar de demostrar que los jueces eran parecidos a los legisladores. Como se ha señalado en el capítulo cuarto, Dworkin creía que el éxito de esta forma de defender el *judicial review* era una especie de victoria pírrica que subvertía la esencia y las ventajas contramayoritarias de los derechos como cartas de triunfo sobre las mayorías y del control de constitucionalidad como su mecanismo de garantía[64].

En segundo lugar, en el *core of the case* Waldron deja de lado la tesis sobre la irrelevancia de la legitimidad de origen de los miembros del tribunal supremo o constitucional. En este segundo trabajo, el autor afirma que muchas de las razones a favor del control de constitucionalidad se basan en demostrar las diferencias y las ventajas de un proceso judicial de revisión de las leyes en relación con el propio procedimiento legislativo. En consecuencia, mantiene que no es una buena idea que los defensores del *judicial review* comparen las credenciales democráticas de los legisladores con las de los jueces porque, de

62 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1394.

63 Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 349.

64 Dworkin. "Igualdad, democracia y Constitución", cit., pp. 117-149.

cualquier manera, siempre serán mejores las credenciales de los miembros del Congreso que las de los jueces de la Corte[65].

En síntesis, en el segundo trabajo, Waldron se aparta de Dworkin con el fin de resaltar el valor democrático derivado de los procesos de elección y designación de los legisladores y de los jueces. Sin embargo, aconseja a los defensores del control de constitucionalidad que no piensen en la tesis de la legitimidad de origen de segundo grado de los miembros del tribunal constitucional porque esa estrategia no resistirá una comparación entre las credenciales democráticas de los jueces y las de los legisladores. De esa manera, tal y como sucedía con las razones de procedimiento y las razones de resultado, los argumentos que parecían apoyar una defensa sólida del *judicial review* terminan favoreciendo mucho más a los legisladores que a los jueces.

1.4.5. Los elementos participativos del proceso de control de constitucionalidad

La quinta forma de defensa del control de constitucionalidad en el punto de mira de Waldron está directamente relacionada con la tesis central de esta investigación. Esa defensa mantiene que el proceso de revisión judicial de las leyes es una forma de participación ciudadana en los procesos en los cuales se adoptan las decisiones que resuelven los desacuerdos dentro de la sociedad[66].

Esta tesis también afirma que los ciudadanos pueden elegir diferentes opciones acumulativas para intervenir en los debates públicos: votar, ser candidatos a un cargo público, participar en las audiencias ante el órgano legislativo, manifestarse públicamente, interponer una acción pública de constitucionalidad o participar en las audiencias públicas ante la Corte Constitucional.

La respuesta de Waldron a esta defensa del control de constitucionalidad no es muy prolija. Sin embargo, la tesis central del autor es que no se pueden equiparar los diferentes mecanismos de participación de los ciudadanos en los procesos políticos de resolución de los desacuerdos con un proceso judicial. No es lo mismo votar o ser miembro del Parlamento que interponer una demanda o recurrir a los instrumentos judiciales, porque en estos últimos la participación de los ciudadanos no respeta el principio de igualdad política.

---

65 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1394.

66 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1395.

Para Waldron resulta descabellado pensar que la idea de participación pública en la resolución de los desacuerdos radique en acudir a un tribunal para que un grupo de jueces defina esa controversia con base en su propia interpretación de un viejo y controvertido texto constitucional. Como el propio autor señala: "podemos esperar que el ejercicio del poder por parte de unas pocas celebridades vestidas de negro ciertamente *fascine* a una población más o menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa"[67].

Al rechazar estos cinco argumentos a favor del control de constitucionalidad, Waldron considera que blinda todo su argumento en contra de la revisión judicial de las leyes. Su conclusión es que, siempre que se tomen en serio los derechos y se cumplan las condiciones del *core of the case*, las razones basadas en los procedimientos, las razones basadas en los resultados y la debilidad de la defensa del control de constitucionalidad aconsejan que sea el órgano legislativo el escenario en el que se diriman los desacuerdos que los mismos derechos generan.

Frente al anterior conjunto de premisas de Waldron para rechazar el control de constitucionalidad, en lo que sigue del capítulo se demostrará, en primer lugar, que el sistema colombiano no cumple con las condiciones del *core of the case*. De manera que un análisis contextual llevará a la conclusión de que el modelo colombiano queda fuera del ataque de Waldron. En segundo lugar, se mantendrá que, en el remoto caso de que el sistema colombiano satisfaga las condiciones de la sociedad imaginaria de Waldron, el mecanismo de la acción pública de constitucionalidad constituye un buen modelo de control de constitucionalidad aceptable democráticamente.

Finalmente, se argumentará que Waldron deja abierta una puerta muy grande al excluir de su ataque a los modelos débiles de control de constitucionalidad porque esa división es gradual. Esa premisa permitirá que en el siguiente capítulo se afirme que hasta los modelos más fuertes de justicia constitucional (*i.e.*, Colombia) incluyen elementos propios de los sistemas débiles de control de constitucionalidad, de manera que existen modelos fuertes y dialógicos de justicia constitucional.

---

67 Waldron. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 348.

2. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL *CORE OF THE CASE*: JEREMY WALDRON EN BOGOTÁ[68]

Los argumentos formulados por Waldron no son inmunes a objeciones de distintos tipos. Desde el punto de vista de este trabajo, esto es, desde el modelo de acceso directo al control de constitucionalidad, existen –por lo menos– cuatro vías para refutar las tesis de Waldron.

Una primera respuesta a los argumentos de Waldron es una especie de *fast track* para descartar la aplicación de sus objeciones al modelo colombiano de control de constitucionalidad. En concreto, el núcleo de esta respuesta es que las cuatro condiciones para la aplicación de la crítica de Waldron a la revisión judicial de las leyes no se cumplen, o solo se cumplen de una manera parcial y deficiente, en el sistema político colombiano. La inexistencia de un nivel mínimo de optimización del sistema democrático colombiano es demoledora para la aplicación de los argumentos de Waldron porque ubica a Colombia fuera del *core of the case*, en un punto tal que hasta el propio autor compartiría la idea de que, bajo esos supuestos, sus objeciones no pueden ser aplicadas a ese país.

No obstante, esta vía rápida es débil e insuficiente. Por una parte, es débil en la medida en que la Constitución Política de Colombia también aspira a construir un sistema político que cumpla con las condiciones que Waldron anhela. Si en algún momento las aspiraciones y promesas constitucionales se

---

68 La primera ocasión en que Jeremy Waldron estuvo en Bogotá fue durante los días 4 y 5 de agosto de 2017. En esa oportunidad, Waldron presentó una conferencia en la sede de la Corte Constitucional de Colombia. En esa conferencia, titulada "Judicial review and political legitimacy", Waldron insistió en todas sus críticas al control de constitucionalidad expuestas en *Derecho y desacuerdos* y en "The core of the case". El autor criticó expresamente el carácter representativo de los tribunales constitucionales, excepto en aquellos casos en los cuales los tribunales actúan a petición de los ciudadanos. También insistió en el carácter contextual del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional e invitó a que se tomara en serio ese problema en Colombia. Waldron formuló dos propuestas: i) repensar las mayorías con las cuales se decide sobre la constitucionalidad de la ley para establecer una mayoría más exigente que la mayoría simple para que un tribunal pueda invalidar una ley y ii) asumir enfoques de deferencia al momento de evaluar la constitucionalidad de la ley y antes de conceder todas las pretensiones de quienes impugnan los actos normativos. Sin duda, el Waldron de Bogotá fue mucho más moderado que el Waldron que escribió los textos más difundidos en contra del *judicial review*. Como el mismo autor señaló al final de su conferencia: "Si me hubiesen invitado hace veinte años, yo habría hecho una presentación mucho más categórica y les habría dicho: el control de constitucionalidad fuerte está mal, mal, mal; pero me han invitado en un momento de auto-reflexión y de duda".

vuelven eficaces, las objeciones waldronianas al control de constitucionalidad reaparecerán con toda su fuerza.

También es una vía insuficiente, porque presenta al control de constitucionalidad solo como un remedio apenas aceptable cuando el sistema político no funciona. Por el contrario, el verdadero desafío es demostrar que el control de constitucionalidad es un mecanismo deseable, incluso cuando el sistema político funciona en condiciones óptimas. Como se verá más adelante, esto es lo que hace Richard Fallon al demostrar que, en condiciones ideales del sistema democrático, también es conveniente implementar un mecanismo de control de constitucionalidad. En el criterio de Fallon, incluso bajo los cuatro supuestos del *core of the case*, la revisión judicial de las leyes puede conducir a la sobreprotección de los derechos. En su visión, este es un riesgo mucho más aceptable que el de infraprotección de los derechos. Este último se produce cuando se confía plenamente en el órgano legislativo y se prescinde de un mecanismo judicial de control de sus actos normativos[69].

Sin embargo, la conjunción de los dos problemas mencionados que afectan a la vía rápida de respuesta a los argumentos de Waldron puede conducir a la denominada falacia de asimetría[70]. Esta consiste en sostener una defensa de la revisión judicial de las leyes sesgada por la presentación de la mejor versión del control de constitucionalidad frente a la peor versión del sistema legislativo de deliberación. Desde luego, la falacia de asimetría también se puede cometer a favor del proceso político. De hecho, Waldron ha incurrido en ese error varias veces porque ha presentado una imagen idealizada del trabajo legislativo y del sistema político en contraste con casos paradigmáticos y excepcionales que se inscriben dentro de la peor versión disponible del *judicial review*.

Un caso evidente de falacia de asimetría a favor del legislador ocurre cuando se hace referencia a la posibilidad de que las decisiones adoptadas por la mayoría dentro del órgano legislativo desconozcan los derechos de las minorías no representadas o subrepresentadas. Frente a esa crítica, Waldron afirma que ese tipo de situaciones no forman parte del curso ordinario esperado de un sistema en el cual se satisfagan los cuatro requisitos del *core of the case*[71]. Por

---

69 Fallon. "The core of an uneasy case", cit., pp. 1704-1709.

70 Bayón. "Democracia y derechos", cit., p. 321.

71 "*The conclusion is not, however, that tyranny of the majority is something we need not worry about. Rather, the conclusion is that tyranny of the majority –if that term is being used responsibly– is a characteristic of non-core cases, in which people care little for minority or individual rights other than their own*". Waldron. "The core of the case", cit., p. 1398. Como se puede inferir, Waldron

este tipo de argumentos, con razón, se afirma que Waldron se preocupa muy poco por algunos problemas del sistema político mientras que resalta o exagera los problemas del control de constitucionalidad[72].

Mattias Kumm también ha señalado expresamente que Waldron incurre en la falacia de asimetría en varias ocasiones. Por ejemplo, al seleccionar los casos paradigmáticos de buena deliberación parlamentaria en un país y compararlos con excepcionales ejemplos de deficiente deliberación judicial ocurridos en otro contexto:

> Waldron ha escogido muy bien sus ejemplos. Primero, se concentra en un caso en el que la argumentación judicial por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos es particularmente pobre y no persuade a nadie que no se encuentre ya convencido de lo mismo por otros motivos. En segundo lugar, describe un proceso político del Reino Unido que funcionó tan bien como se podría esperar y en el que los argumentos de todas las partes fueron cuidadosamente considerados[73].

Una segunda forma de enfrentar las tesis de Waldron es demostrar que, incluso en presencia de las condiciones que establece el *core of the case*, sus críticas no son correctas y resultan injustificadas, y que el control de constitucionalidad tiene unas ventajas institucionales que lo hacen valioso para el sistema democrático. Antes de Waldron ya se habían construido argumentos en ese sentido que son aplicables bajo las condiciones de este autor, y después de Waldron se han elaborado respuestas específicamente pensadas en esa dirección[74].

La tercera forma de contestar a Waldron es demostrar que existe una conexión entre la configuración del sistema de control de constitucionalidad y los resultados del mismo. De manera que los resultados del sistema resultan relevantes en la medida en que no son, como cree Waldron, una circunstancia meramente contingente relacionada con variables como la integración del tribunal. En esta investigación, por ejemplo, se ha demostrado que la apertura

---

acepta la existencia de la tiranía de las mayorías, pero afirma que esa hipótesis no forma parte del core of the case porque no satisface la tercera y cuarta condiciones: individuos comprometidos con los derechos propios y ajenos y empeñados con la resolución imparcial de los desacuerdos.

72 SPECTOR. "Judicial review, rights, and democracy", cit., p. 318.

73 KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 21.

74 Algunos de los trabajos más destacados que critican las tesis expuestas por Waldron sobre el control de constitucionalidad son FALLON. "The core of an uneasy case", cit., pp. 1693-1736 y CHRISTIANO, THOMAS. "Waldron on law and disagreement". *Law and Philosophy*, vol. 19, n.º 4, 2000, pp. 513-543.

del control de constitucionalidad a la ciudadanía es un elemento determinante de los resultados del proceso de control de constitucionalidad.

La estrategia final para refutar los argumentos de Waldron es sostener que la diferencia entre modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad no es una dicotomía fatal. Por el contrario, se trata de una división gradual, dentro de la cual la identificación de un modelo como débil o fuerte depende de diversos factores no conclusivos. En especial, es factible que un sistema incorpore elementos de ambos modelos, de manera que su clasificación sea un proceso difícil y controvertido, a tal punto que no puedan aplicarse o descartarse automáticamente las críticas de Waldron.

De estas cuatro vías, la segunda y la tercera, es decir, las ventajas que tiene el modelo de acción pública de constitucionalidad y la conexión con unos determinados resultados, fueron el objeto de los dos capítulos anteriores. En consecuencia, se intentarán la primera y la cuarta formas de contestar al ataque de Waldron contra la revisión judicial de las leyes. Para ello se argumentará a favor de dejar fuera del *core of the case* al sistema colombiano de control de constitucionalidad y de cuestionar la división entre modelos débiles y fuertes de control de las leyes. Lo primero se hará en esta sección y lo segundo en el siguiente capítulo.

2.1. El dilema waldroniano: a mayor grado de exigencia del *core of the case*, menor alcance del ataque al control de constitucionalidad

Como se describió previamente, Jeremy Waldron estableció cuatro criterios para delimitar el núcleo de su argumento teórico en contra de la revisión judicial de las leyes. Como también se enunció, el incumplimiento de uno o varios de esos presupuestos dentro de una sociedad determinada conduce a que sus críticas no sean aplicables a ese contexto. El propio autor reconoce que, fuera del *core of the case*, el control de constitucionalidad puede estar justificado. Sin embargo, aclara rápidamente, en estos últimos casos no es que el *judicial review* adquiera un valor intrínseco, sino que se implementa como una respuesta para resolver los fallos estructurales del sistema democrático.

Se trata de una estrategia que demuestra la habilidad del autor porque, al limitar el objeto de aplicación de sus críticas a una sociedad políticamente atractiva, conduce a pensar que es verdad que en esa sociedad imaginaria el control de constitucionalidad resultaría innecesario. Incluso, el autor afirma que, ante el fracaso en la construcción de la sociedad del *core of the case*, se ha

optado por un mal remedio al establecer el control de constitucionalidad. En cualquiera de los dos casos, el control de constitucionalidad resulta perjudicado porque se califica como innecesario o se reduce a la condición de un mal complemento de un sistema democrático altamente patológico.

Sin embargo, algunos autores han rechazado la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes solo está justificado y únicamente apareja beneficios democráticos para las sociedades con algún tipo de patología en el funcionamiento del sistema político. Por ejemplo, Richard Fallon ha sostenido que el control de constitucionalidad puede contribuir a aumentar el grado de legitimidad política de un sistema que funcione dentro de los términos del *core of the case*[75].

Además, el propio Waldron se encuentra en un dilema. En efecto, piensa en una sociedad imaginaria cuando formula los cuatro elementos del *core of the case* y reconoce el carácter ideal de esa comunidad política perfecta. Sin embargo, también mantiene que estos requisitos no son un baremo extremadamente alejado de la realidad de algunas sociedades concretas[76]. Con base en ese segundo postulado, Waldron defiende que el *core of the case* contiene unos mínimos necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático o, lo que es igual, que las cuatro condiciones que forman parte del núcleo del argumento no son un objetivo ideal, sino el piso mínimo que debe satisfacer cualquier sociedad bien constituida.

El dilema de Waldron se encuentra precisamente en este último punto, esto es, entre la sociedad imaginaria y la sociedad de mínimos, o entre el nivel de exigencia necesario para considerar que una sociedad determinada se inscribe dentro del *core of the case* y la pretensión de presentar al conjunto de condiciones como una meta realizable y no extremadamente alta o utópica. El dilema concreto surge porque la descripción de cada uno de los elementos del núcleo del argumento tiende hacia un nivel alto de exigencia, es decir, hacia la sociedad imaginaria o ideal; pero, cuanto más se eleva el baremo, menor es el grado de aplicabilidad de los argumentos de Waldron en contra del *judicial review*.

Por el contrario, si el autor disminuye el estándar de exigencia de sus cuatro condiciones con la pretensión de ampliar la cobertura de sus ataques al control de constitucionalidad, tal reducción puede conducir a que se incluya

---

75 FALLON. "The core of an uneasy case", cit., p. 1719.

76 "*First, the assumptions on which I have been proceeding are not unrealistic*". WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1402.

como sociedades *core of the case* a aquellas que se encuentran por debajo de un estándar mínimo. Lo más probable es que, en estas últimas, los argumentos contra la revisión judicial de las leyes no resulten satisfactorios.

Se trata de un verdadero dilema, porque la pretensión del autor es ser lo más exigente posible en relación con los cuatro elementos de una sociedad bien constituida y, al mismo tiempo, mostrarlos como pilares básicos del sistema democrático. La primera opción del dilema opta por una sociedad altamente organizada, pero restringe el campo de aplicación de las críticas en contra el *judicial review*. La segunda opción del dilema es más abierta a aceptar algunos fallos del sistema político y extender el ámbito de aplicación de las críticas. Sin embargo, esta última incluye el riesgo de que las objeciones pierdan validez debido a que el *judicial review* constituya una respuesta a algunos fallos del propio sistema político en esa sociedad *core of the case* en su versión flexible.

Por supuesto, Waldron no reconoce este dilema. Para el autor resulta claro que una sociedad en la que se cumplen sus cuatro condiciones no necesita el control de constitucionalidad. Por el contrario, si la sociedad se encuentra fuera de las cuatro condiciones no se aplican sus objeciones frente al *judicial review*. Se trata de una posición de todo o nada. Sin embargo, esta última hipótesis no significa que en esas sociedades *non core case* no existan otras formas de repudiar el control de constitucionalidad sobre las que el autor no profundiza:

> En los casos donde no se cumplen los supuestos, el argumento contra el control judicial presentado en este ensayo no prevalece. Como he enfatizado en la sección III, mi argumento es de naturaleza condicional. Sin embargo, no se sigue que el control judicial de la legislación sea defendible cuando los supuestos no se cumplen. Puede que haya otros buenos argumentos contra el control judicial que no estén condicionados a supuestos como los que he presentado. O puede que ocurra que el control judicial no ofrezca esperanza de aminorar una situación particular. Puede que no sea apropiado establecer el control judicial de la legislación si la toma de decisiones judiciales en una sociedad no es menos corrupta o no se encuentra menos parcializada que la toma de decisiones legislativas[77].

No obstante, el hecho de que Waldron no reconozca este dilema no esconde la dificultad para aceptar la validez general de sus argumentos en contra de la revisión judicial de las leyes. Aún más cuando la práctica política concreta de

---

77 Ibíd., p. 1402.

una buena parte de las sociedades contemporáneas se aleja de la mejor versión del *core of the case*. Las cuatro condiciones establecidas por Waldron tienen un valor intrínseco pero su obsesión con una sociedad ideal lleva inevitablemente a cuestionarse: ¿por qué el autor no se concentró en los casos que quedan fuera del *core of the case*, que son los que corresponden con la mayoría de las democracias imperfectas en todo el mundo?

Si la mayor parte de los sistemas políticos actuales no cumple satisfactoriamente con el *core of the case* y, en consecuencia, estos no pueden prescindir del *judicial review* como un remedio imperfecto, ¿por qué Waldron se limitó a señalar aquel modelo que es difícil de obtener y a exigir que la sociedad encuentre la oferta que incluya "el auto más rápido al precio más barato"[78], en lugar de aceptar u ofrecer un método de revisión judicial de las leyes que sea respetuoso de la igualdad de participación política, del principio democrático y de la protección de los derechos fundamentales?

En el contexto del anterior dilema waldroniano, esta investigación ha señalado algunos argumentos para defender el modelo de acción pública de constitucionalidad como si a este le fueran aplicables las objeciones de Waldron. Sin embargo, en esta sección específica sobre el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes resulta importante señalar que una lectura seria y de la mejor versión de las cuatro condiciones del *core of the case* conduce inevitablemente a considerar que las objeciones de Waldron no son aplicables al modelo colombiano o, en otras palabras, que el sistema político de Colombia es un *non core case*.

2.2. EL SISTEMA DEMOCRÁTICO COLOMBIANO COMO UN *NON CORE CASE*

El objetivo de esta sección es apelar a algunos problemas del sistema político de Colombia con el fin de demostrar que allí no se satisfacen, ni siquiera en un grado mínimo aceptable, la primera y la tercera condiciones que forman parte del *core of the case.* Como se mostrará más adelante, si en Colombia no se cumplen esas dos condiciones o se cumplen en un grado deficiente, eso significa que dejan de ser aplicables las críticas de Waldron a la revisión judicial de las leyes.

Es probable que un análisis más exigente concluya que en Colombia no se satisface ninguna de las cuatro condiciones del *core of the case*. Sin embargo, la

78 Sigo el símil propuesto por el autor en WALDRON. "The core of the case", cit., p. 1375.

estrategia de esta sección es señalar que incluso un análisis flexible de las cuatro condiciones de Waldron concluiría que la primera y la tercera condiciones no se alcanzan en el sistema colombiano. De esa manera, tanto el escrutinio estricto como el escrutinio flexible del *core of the case* respaldarían la conclusión que se plantea en esta sección.

2.2.1. El contexto frente a la importación acrítica de la teoría estándar adversa al control de constitucionalidad

Como se recordará, la primera condición waldroniana hace referencia al buen funcionamiento del órgano legislativo. Con independencia de si los resultados de la labor legislativa son justos o injustos, Waldron apuesta por un poder legislativo fuerte e independiente en el que tiene lugar una deliberación robusta sobre los desacuerdos sociales.

Lo anterior significa que no es suficiente con que se cumplan ciertas condiciones formales del sistema democrático (*i.e.*, sufragio universal, libre y secreto o procedimientos legislativos públicos y ordenados), sino que la sociedad *core of the case* debe contar con un órgano legislativo independiente en el cual los "debates son realizados bajo una cultura de la democracia, evaluando responsablemente la deliberación y la igualdad política"[79]. Aún más, Waldron demanda que, si el órgano legislativo deja de funcionar razonablemente bien, el propio legislador sea capaz de modificar el sistema electoral o introducir reformas para mejorar su funcionamiento[80].

Por su parte, la tercera condición hace referencia a la actitud individual de los miembros de la sociedad frente al bien común y los derechos de los demás. El estándar de Waldron es que los ciudadanos crean en la importancia de los derechos, en su garantía efectiva, que asuman un compromiso serio sobre ese aspecto. La exigencia se extiende hasta el respeto por los derechos de las minorías como una actitud prevalente dentro de la sociedad porque se les asigna una importancia superlativa a los desfavorecidos para compensar su debilidad política[81].

---

79 Waldron. "The core of the case", cit., p. 1361.

80 Ibíd., p. 1362.

81 Ibíd., p. 1365.

La mayor parte de los estudios sobre la práctica política colombiana señalan algunos problemas que permiten inferir que allí no ocurre ninguna de las cosas que Waldron tenía en mente cuando pensaba en el legislador que hace un buen trabajo y en el compromiso de los ciudadanos con los derechos de los demás y, muy especialmente, con los derechos de las minorías. Por ejemplo, Landau mantiene que Colombia:

> … es un ejemplo clásico de un país en desarrollo que es democrático […] pero que sufre de un mal funcionamiento de las instituciones políticas. En particular, el sistema de partidos es muy débil: el sistema es fragmentado, los partidos tienden a ser de corta vida o a tener facciones internas y tienen débiles raíces en la sociedad. En consecuencia, el cuerpo legislativo nunca ha podido cumplir un papel constructivo en el diseño de políticas y los presidentes han dominado en el proceso de diseño de políticas[82].

Las propiedades del sistema político colombiano, no solo justifican plenamente la existencia del control de constitucionalidad, sino que respaldan el establecimiento de una Corte Constitucional muy poderosa, con amplias competencias de control judicial y altamente activista. Este tribunal fuerte –uno de los más poderosos del mundo– resulta atípico, extraño y es criticado por la teoría constitucional estándar (*i.e.*, constitucionalismo popular) porque esta ha sido elaborada para un contexto específico como el de Estados Unidos[83]. Por el contrario, en Colombia, el rol activo del tribunal constitucional aporta altos beneficios democráticos si se hace una evaluación de su trabajo en clave contextual y con cierta distancia de los postulados abstractos de la teoría constitucional clásica[84].

---

82 LANDAU, DAVID. "Political institutions and judicial role in Comparative Constitutional Law". *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n.º 2, 2010, pp. 319-377. Se cita la traducción al castellano: LANDAU. "Instituciones políticas y función judicial", cit., p. 15.

83 Sobre la debilidad de los postulados del constitucionalismo popular fuera de Estados Unidos se dice en LANDAU. "Instituciones políticas y función judicial", cit., pp. 72 y 73: "A diferencia de Estados Unidos, donde los constitucionalistas populares argumentan que el reclamo de la supremacía judicial en la interpretación constitucional es un obstáculo para el desarrollo del constitucionalismo a través del Congreso y del pueblo, en Colombia la Corte parece ser el mejor reflejo de la opinión popular sobre la transformación constitucional. La voluntad y la capacidad del legislativo colombiano para llevar a cabo esta transformación, en cambio, son muy limitadas".

84 "[L]a teoría constitucional estadounidense se basa en concepciones del contexto institucional que no se aplican en buena parte del mundo en desarrollo. La división estándar entre el rol

En muchos aspectos, la teoría constitucional estándar resulta inaplicable y sus principales elementos son desvirtuados por el contexto y el funcionamiento de la justicia constitucional fuera de Estados Unidos, por ejemplo, en el denominado Sur global. En el caso de Colombia, Landau afirma que la teoría norteamericana del constitucionalismo popular tendrá mucho que revisar cuando se enfrente a su aplicación concreta en otro tipo de sistemas[85]. Así lo ha reconocido también Mark Tushnet, quien afirma la importancia del contexto para distinguir las sociedades en las que el constitucionalismo popular puede prevalecer sobre el constitucionalismo judicial:

> … si el constitucionalismo popular es mejor que el constitucionalismo judicial, es algo que sólo puede responderse atendiendo al contexto. Por ejemplo, si los partidos son sólo mecanismos para la defensa de intereses personales o están organizados alrededor de personalidades en lugar de programas (que sólo existen como retórica), falta una de las condiciones importantes para el constitucionalismo popular. Lo mismo sucede si una comunidad está dividida de tal forma que en la práctica es imposible que un grupo que es despreciado participe en la negociación política y obligue a los demás a competir por sus votos. Los supuestos que Jeremy Waldron identifica en su artículo "[The] Core of the Case" son otras condiciones que deben darse para que el constitucionalismo político pueda funcionar"[86].

Además, la tesis de Landau confirma el dilema waldroniano al que se ha hecho referencia previamente y la incapacidad del núcleo del argumento contra el

---

legislativo y el rol judicial tiene poco sentido donde las constituciones son extensas porque el constitucionalismo es un proyecto altamente transformador, los políticos tienen poco interés en el desarrollo constitucional y el cuerpo legislativo está cerca de ser disfuncional. Se deben encontrar otras maneras de evaluar la acción judicial". Ibíd., p. 27.

85 "Las relaciones que postula la literatura constitucionalista popular estándar parecen ser exactamente opuestas en Colombia, por ejemplo. Esa literatura postula que en Estados Unidos los reclamos de supremacía judicial de la Corte Suprema son en general un obstáculo para que el pueblo desarrolle el constitucionalismo, y considera que el Congreso es el vocero adecuado de las opiniones populares sobre la Constitución. En Colombia, la Corte Constitucional parece hacer mejor la tarea de reflejar las opiniones populares de transformación constitucional; en cambio, la disposición y la capacidad del cuerpo legislativo para efectuar la transformación constitucional son muy limitadas. La extraordinaria popularidad de la Corte colombiana –en general más popular que el Congreso o el ejecutivo– respalda la idea de que es el principal portador constitucional de la visión de transformación constitucional". Ibíd., pp. 22 y 23.

86 Tushnet, Mark. "Derecho constitucional crítico y comparado". En Gargarella y Niembro Ortega (eds.). *Constitucionalismo progresista*, cit., p. 12.

judicial review para convertirse en un argumento teórico con aplicación generalizada o universal. Las cuatro condiciones del *core of the case*, bien sea como mínimos necesarios o como tipos ideales, limitan el potencial de esa crítica para afectar a los sistemas de control de constitucionalidad de la mayor parte del mundo porque, desafortunadamente, estos operan en contextos que no satisfacen los requisitos establecidos por Waldron. A pesar de que Landau no refuta expresamente las tesis de Waldron o su aplicación en Colombia, su estudio controvierte la aplicación de la mayor parte de las teorías sobre la legitimidad democrática del *judicial review* al contexto colombiano[87].

2.2.2. EL SISTEMA POLÍTICO COLOMBIANO FUERA DE LA SOCIEDAD IDEAL WALDRONIANA

Además de las patologías descritas por Landau, se podría preguntar: ¿cuáles son esos problemas del sistema democrático colombiano que lo separan de la primera y la tercera condiciones waldronianas y lo convierten en un *non core case*?

De manera enunciativa se pueden señalar solo algunas: el desprestigio y falta de legitimidad del Congreso; la desconexión entre la deliberación parlamentaria y ciudadana; los bloqueos institucionales que se traducen en omisiones legislativas e infradesarrollo de las promesas constitucionales; la debilidad del sistema de partidos; la falta de instrumentos técnicos para que el Congreso pueda legislar sobre materias complejas; la corrupción y la ausencia de una respuesta institucional a los problemas que afectan a la mayor parte de la población. En síntesis, "el sistema político colombiano está afectado por deficiencias que llevan a que la población recurra a medios alternativos, frecuentemente judiciales, para resolver problemas que no fueron resueltos en el foro político"[88].

Del mismo modo, como se destacó en otro trabajo, los bloqueos institucionales y las omisiones del Congreso para ofrecer respuestas a los problemas de la sociedad han generado las condiciones para que la Corte Constitucional actúe con el fin de evitar el estancamiento social y político[89]. Incluso, el tribunal ha mostrado unas aptitudes y una posición institucional cualitativamente mejores que las del Congreso para enfrentar problemas que deberían ser discutidos

---

87 LANDAU. "Instituciones políticas y función judicial", cit., p. 21.

88 CEPEDA ESPINOSA. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 241.

89 ROA ROA. *La acción pública*, cit., pp. 89-98.

y resueltos legislativamente. Sin embargo, como "el legislativo a menudo es incapaz de asumir las tareas básicas de proposición de políticas, manejo, control político y vigilancia del ejecutivo, la Corte ha tenido que desempeñar esas funciones, al menos periódicamente. Además, ha demostrado que es capaz de desarrollar muchas de las capacidades de recolección de información y de supervisión que usualmente se asocian con el legislativo"[90].

No se trata de un fenómeno exento de críticas, pero tampoco se puede desconocer que es una realidad cada vez más extendida regionalmente y que goza de un amplio respaldo popular[91]. Por esa razón, el desencanto ciudadano frente a la política ha generado profundos sentimientos de decepción que se traducen en desinterés y en altos niveles de abstención electoral. Se trata de una nota característica de toda América Latina que tiene elementos particulares en el sistema colombiano[92]. Como afirma Rodrigo Uprimny:

> El desencanto de los colombianos con la política ha conducido a ciertos sectores sociales a demandar respuestas del poder judicial a problemas que, en principio, deberían ser debatidos y resueltos por medio de la participación del pueblo en la esfera política. Este fenómeno no es exclusivo de Colombia. Sin embargo, en el caso de Colombia, la debilidad de los mecanismos de representación política es más profunda, por esa razón, existe la gran tentación de sustituir la acción política por la judicial. En muchas ocasiones, lo que ha ocurrido no es que la Corte haya desplazado a los demás poderes, sino que ha intervenido para llenar el vacío que los demás poderes han dejado. Esta intervención es considerada legítima por amplios sectores de la sociedad que pueden sentir que existe, al menos, una institución que actúa progresivamente y con un poco de habilidad[93].

---

90 Landau. "Instituciones políticas y función judicial", cit., p. 16.

91 Algunas de las críticas en Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., pp. 246-251.

92 "*From Scandinavia to Latin America, a mixture of skepticism, indifference, and dissatisfaction marks the relationship between civil society and politicians. In countries where voting is not compulsory, abstention rates reveal a general disinterest in participation in the political process. In countries with compulsory voting, such as Brazil, a very low percentage of voters are able to remember whom they voted for in the last parliamentary elections. Dysfunctionality, corruption, and over-influence of private interests are issues globally associated with political activity*". Barroso. "Reason without vote", cit., p. 77.

93 Uprimny. "The Constitutional Court", cit., p. 44. Exactamente en el mismo sentido se puede consultar Uprimny. "The enforcement of social rights", cit., p. 129.

Adicionalmente, la desconexión entre el legislador y la ciudadanía reduce el rechazo popular a las decisiones judiciales que invalidan una ley y fortalecen el respaldo a la Corte Constitucional cuando depura el ordenamiento jurídico de leyes que, además de ser contrarias a los valores públicos de la Constitución, fueron aprobadas por motivos de interés privado, con procedimientos marcados por la corrupción y el clientelismo o con el fin de beneficiar a un sector de la élite empresarial o política[94].

Las tesis de Waldron parten de la base de que el Gobierno y el Congreso son legítimos y hacen bien su trabajo. Lamentablemente, la realidad no responde a esos presupuestos y, aunque no sea siempre un motivo de orgullo, el poder judicial asume una posición cuya legitimidad aumenta en la medida en que la inacción y las disfuncionalidades de los otros dos poderes desplazan el apoyo y la confianza ciudadana hacia la judicatura[95].

En efecto, frente a los problemas de legitimidad del Congreso, la Corte ha ejercido funciones de control al presidente; ha exhortado al Congreso para que legisle sobre distintas materias o repare situaciones de discriminación normativa; ha remediado directamente casos de discriminación que son producto de las omisiones del legislador[96] y ha vigilado el cumplimiento de decisiones en las que emitía orientaciones de contenido sobre una determinada política. Desde luego, ninguna de estas funciones es compatible con la democracia tipo *core of the case*, pero todas son imprescindibles en un modelo *non core case* como el colombiano.

Otro aspecto relevante que afecta al sistema democrático y niega el cumplimiento de la tercera condición del *core of the case* es la debilidad de los movimientos sociales. Las causas de este fenómeno son múltiples y tienen relación con aspectos tan diversos como la apatía, el individualismo, la inseguridad y el grave peligro para la vida e integridad física de quienes se vinculan a

---

94 Cepeda Espinosa. "Judicial activism", cit., p. 681 y *Polémicas constitucionales*, cit., p. 242.

95 "*The principle of separation of powers and the distinction between legislation and adjudication presuppose that the executive and legislature are themselves vested with legitimacy and popular support. Where this is not entirely the case, the assumption of a political role beyond that traditionally ascribed to the judiciary may not undermine, but indeed enhance its credibility and support*". Cassels, Jamie. "Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n.º 3, 1989, p. 515.

96 Sobre los casos en los cuales la Corte Constitucional de Colombia ha declarado la existencia de una omisión legislativa, cfr. Bazán, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales.* Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pp. 753-774.

determinados sectores (*e.g.*, defensores de derechos humanos, sindicalistas, voluntarios y organizaciones no gubernamentales), la ausencia de garantías para las minorías políticas y para quienes se encuentran en la oposición al Gobierno[97] o la estigmatización de ciertos colectivos que son identificados con los grupos armados ilegales[98].

Esa debilidad de los movimientos sociales ha contrastado con el progresivo fortalecimiento de sectores de la sociedad civil que han utilizado la acción pública de constitucionalidad como un mecanismo para obtener la protección de sus derechos o para la protección de los derechos de otros ciudadanos[99].

Sin embargo, se trata de un fenómeno ampliamente criticado porque genera desmovilización política y conduce a que los ciudadanos descuiden el procedimiento legislativo o se desentiendan de los procesos electorales parlamentarios, mientras que se concentran en canalizar sus demandas exclusivamente a través del poder judicial. Es una crítica muy fuerte, pero injustificada en un escenario en el que el ciudadano debe buscar respuesta a sus reclamos más básicos en alguna institución pública y en el que el control de constitucionalidad –como también se indicó– es un generador de deliberación pública de calidad.

Al factor señalado previamente se agregan la ausencia de políticas públicas apropiadas para un Estado multicultural, el abandono de las comunidades indígenas, la reticencia a consultarlas cuando se trata de una decisión pública que les afecta directamente o la atribución de responsabilidades al mecanismo de consulta previa por impedir la ejecución de proyectos de infraestructura o de inversión extranjera[100]. La ausencia de una garantía efectiva para el derecho

---

97 Bernal Pulido. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., p. 352.

98 "*A nossa hipótese para explicar o ativismo progressista do Tribunal poderia, pois, ser sintetizada desta forma: os projetos da justiça constitucional colombiana e a cultura jurídica tornam possível institucionalmente um importante ativismo do Tribunal. A crise de representação e a debilidade dos movimentos sociais favorecem o recurso a mecanismo jurídicos por parte de certos atores sociais. O texto aprovado em 1991 também estimula uma visão progressista pelo Tribunal, o qual, devido ao vazio gerado pelo enfraquecimento das forças constituintes, tende a ver-se como o poder ao qual compete executar os valores contidos na Constituição*". García-Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo. "Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia". En Sousa Santos, Boaventura de. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, p. 309.

99 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., pp. 243 y 244.

100 Sobre la necesidad de una ley estatutaria que regule los mecanismos de consulta previa y que recoja los estándares sobre la materia proferidos por la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cfr. Suárez Ricaurte, Federico. "El derecho

de participación política de las minorías en Colombia ha aumentado la probabilidad de que las decisiones mayoritarias sean violatorias de otros derechos de los cuales esos mismos grupos son titulares[101].

Además de todo lo anterior, otro elemento que niega la aplicación de las objeciones basadas en el *core of the case* tiene relación con los altos niveles de pobreza, miseria y desigualdad de la población colombiana. En un contexto como el señalado, incluso quienes apoyan una visión crítica del control de constitucionalidad aceptan que este tipo de condiciones afectan directamente la primera condición del *core of the case*:

> … en las sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad el procedimiento democrático no respetaría la igual dignidad y autonomía ni sería epistémicamente confiable porque algunas personas se hallan en unas condiciones de vulnerabilidad tan grandes que resulta insensato pensar que canalizarían sus demandas eficientemente a través del proceso político[102].

Por esa razón, los autores que atacan el control de constitucionalidad de carácter fuerte defienden un tipo de intervención excepcional de los jueces que, además de garantizar los elementos esenciales del procedimiento democrático, incluya la protección de la igualdad efectiva de los ciudadanos llamados a participar en la deliberación democrática. Lo anterior implica reconocer la legitimidad de los tribunales constitucionales para decidir sobre áreas que tradicionalmente se han mantenido reservadas al legislador o al ejecutivo, como la política económica o los derechos sociales[103].

---

a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena". En Henao, Juan Carlos y González Espinosa, Ana Carolina (eds.). *Minería y desarrollo. Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana,* t. iv, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 331-375.

101 "Las circunstancias sociales en las que el valor del derecho de participación es más bajo son también aquellas en las que es más probable que la mayoría sea una amenaza para los derechos de alguna minoría discreta e insular". Bayón. "Democracia y derechos", cit., p. 354.

102 Linares. *La (i)legitimidad democrática*, cit., pp. 86 y 87.

103 "*[E]n aquellas sociedades en las que los patrones distributivos son escandalosamente desiguales* (creo que dentro de esta categoría, aun siendo demasiado vaga, entrarían todos los países latinoamericanos) la justicia constitucional actuaría democráticamente cuando anula leyes dirigidas a recortar los derechos sociales o cuando ordena a los representantes la adopción de reformas estructurales tendientes a mejorar el acceso de los más desprotegidos a los beneficios generados por la cooperación social". Ibíd., p. 142.

En síntesis, el dilema de Waldron y el análisis de la aplicación del *core of the case* en Colombia permiten colegir que las tesis de Waldron están hechas a la medida de otro tipo de sociedades[104]. No resulta extraño que sus referencias y ejemplos constantes remitan al funcionamiento de las instituciones políticas y a la calidad de los debates parlamentarios en Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido[105]. En virtud de un argumento de dependencia contextual –que el propio autor reconoce–, su ataque al control de constitucionalidad no es aplicable a Colombia y, como han señalado algunos autores, tampoco lo es a Estados Unidos[106].

La conclusión de esta sección es que la dificultad para cumplir con los requisitos del *core of the case* dejan al sistema colombiano fuera de los ataques de Waldron. No se trata de una inferencia alentadora sino de la asunción de un desafío que consiste en construir argumentos aplicables a la práctica constitucional colombiana, sin renunciar a la aspiración de que se transformen los elementos necesarios para que se cumplan las cuatro condiciones de Waldron. Cuando esto último suceda, sus argumentos tendrán mayor utilidad de la que se puede aprovechar actualmente.

Finalmente, en esta sección se ha argumentado que la democracia colombiana no satisface las condiciones del *core of the cas*e. Con base en esa comprobación, se sostuvo que las objeciones de Waldron no son aplicables al modelo colombiano de control de constitucionalidad porque el autor formuló un argumento condicionado a un contexto que en Colombia no existe.

---

104 Esta es una de las críticas que Tushnet formula a la pretensión totalizante de las objeciones de Waldron: "*Whether one accepts or rejects either core case may depend on how one sees the world, and in particular whether one sees pervasive denials of fundamental rights in modern liberal democracies with Social Welfare States weaker than those in other liberal democracies*". TUSHNET. "How different", cit., p. 69.

105 "Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, como en los Estados Unidos, y quizás lo sean más, porque dichos debates no están contaminados por subterfugios sobre cómo interpretar el texto de un documento del siglo XVIII". WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 346.

106 "*I would draw an additional conclusion from the relatively low levels of social provision in the United States. They show that, with respect to social welfare rights to which the nation is nominally committed, the United States may not be a well-functioning democracy-and if so, the core case against constitutional review that Professor Waldron constructs and the core case for constitutional review that Professor Fallon constructs are interesting in theory but inapplicable to the United States*". TUSHNET. "How different", cit., p. 64.

Sin embargo, en este punto surge el siguiente interrogante: ¿acaso no se había señalado previamente que esta era una vía rápida e ineficaz para contestar a las objeciones de Waldron porque, finalmente, la Constitución Política de Colombia también aspira a construir un sistema democrático que se ajuste a las condiciones del *core of the case*?

Frente a esa pregunta, en esta sección se ha construido un argumento con el fin de insistir en la necesidad de un debate contextual sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Quizá la mayor parte de las sociedades aspira a organizarse bajo las condiciones del *core of the case*, aún más, para algunas sociedades estas condiciones solo son un mínimo o (muy pobre) punto de partida que ya fue superado. No obstante, es importante utilizar los elementos teóricos de manera crítica y en el entendimiento de que estos también tienen limitaciones para comprender y explicar la realidad.

Desde luego, el constitucionalismo global no puede prescindir de las teorías estándar de origen europeo o norteamericano. Sin embargo, incluso la discusión teórica global tiene el imperativo de reconocer las particularidades que afectan a los contextos de las sociedades en las que esas teorías pretenden ser aplicadas. El argumento de contexto indica que no es posible evaluar el papel de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en Colombia con base en la teoría que ha sido elaborada pensando esencialmente en países como Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y, en el menos lejano de los casos, Estados Unidos.

Se trata de un exhorto a una discusión que combine el profundo conocimiento de la teoría estándar con una recepción crítica de sus postulados y un rechazo enfático de sus pretensiones totalizantes. A nivel mundial, el debate sobre las credenciales democráticas del control de constitucionalidad ha sido resuelto a favor de la intervención de los jueces en el control de la actividad del Congreso. Sin embargo, en los países de América Latina se trata de una cuestión pendiente y, según se ha sostenido, el debate académico en la región no se puede limitar a tomar nota de las conclusiones derivadas de la deliberación en el norte global[107].

Además, la práctica constitucional colombiana, como la de otros países de América Latina, puede aportar a la teoría constitucional global. Si eso es así, entonces la región no puede asumir el papel de simple receptora y debe

---

107 Cfr. Gardbaum, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 24.

hacer un esfuerzo por construir marcos teóricos que comprendan sus propias prácticas constitucionales[108]. Quizá el sistema de control de constitucionalidad que resulta extraño para la teoría estándar, en lugar de alejar a Colombia de los elementos de un sistema *core of the case*, lo aproxima a esa sociedad bien organizada; de manera que no representa un coste sino un beneficio democrático para esa comunidad política.

En la siguiente sección se sostendrán dos argumentos que juegan a favor de la tesis de que la acción pública de constitucionalidad se encuentra a salvo del *core of the case* o, lo que es lo mismo, que la acción pública reporta un beneficio democrático incluso cuando se satisfacen todos los parámetros de la sociedad que Waldron imagina.

2.3. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD A SALVO DEL *CORE OF THE CASE*

La mayor parte de este trabajo es un intento por mostrar las ventajas de la acción pública de constitucionalidad sin construir argumentos que residan exclusivamente en los errores, deficiencias o problemas del sistema político. Es decir, la solidez de los argumentos a favor de la acción pública de constitucionalidad no depende del grado de adecuación del sistema político a las condiciones del *core of the case*.

En todo caso, existe un reparo adicional que podría formularse desde la perspectiva de Waldron con el potencial de afectar la tesis de la sección anterior. Esa objeción señala que, incluso si en Colombia existen fuertes razones para defender el modelo de acción pública de constitucionalidad y allí no resultan aplicables los ataques de Waldron porque no se satisfacen los elementos del *core of the case*, todavía se mantiene incólume un ataque final que el propio Waldron formula contra el *judicial review*. Según este último, el *judicial review* es, en sí mismo, uno de los obstáculos que impide que muchas sociedades satisfagan las condiciones de una sociedad bien constituida.

---

108 En ese sentido, uno de los proyectos más destacables es el del *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL). Cfr. BOGDANDY. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", cit., pp. 3-50. También se puede consultar el conjunto de trabajos recopilados en BOGDANDY, FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI. *Ius constitutionale commune*, cit., pp. 3-500.

Este último argumento ha sido refutado por algunos autores que se han ocupado de señalar que los sistemas que satisfacen los estándares establecidos por Waldron también tienen razones suficientes para rechazar sus objeciones al control de constitucionalidad. En ese sentido, en esta sección se hará referencia a las tesis de Richard Fallon y Rosalind Dixon.

Fallon defiende que en una sociedad ordenada y con un buen funcionamiento del sistema político, el control de constitucionalidad sirve como una vía para reforzar la protección de los derechos constitucionales. Por su parte, Dixon sostiene que un sistema *core of the case* no se puede considerar exento de algún tipo de fallo. En concreto, Dixon señala que existen *puntos ciegos* dentro del sistema democrático que justifican la intervención del poder judicial para que este ponga el foco de atención en aquellos aspectos que el legislador no logró percibir. Con base en estas dos tesis, al final de esta sección se concluirá que el sistema de acción pública de constitucionalidad puede utilizar estas dos vías de defensa del control judicial de las leyes para quedar a salvo de las objeciones de Waldron, incluso si el sistema democrático colombiano alcanza de manera ocasional o permanente un funcionamiento que satisfaga las condiciones del *core of the case*.

2.3.1. La sobreprotección de los derechos frente a la infraprotección de los derechos

Richard Fallon ha contestado directamente a las objeciones de Waldron en un artículo en el que pone de presente que no es tan fácil postular la existencia de una sociedad bien ordenada y, a continuación, desechar automáticamente el *judicial review*. La tesis central de Fallon es que el control de constitucionalidad también es deseable cuando se satisfacen las cuatro condiciones del *core of the case*.

En respaldo de su tesis, Fallon sostiene que los tribunales aportan una visión o perspectiva diferente que permite identificar las violaciones a los derechos constitucionales[109]. En consecuencia, la conjunción entre una democracia *core of the case* y el control de constitucionalidad genera una sobreprotección deseable de los derechos constitucionales. Además mantiene que, si el control de constitucionalidad genera un costo para una democracia ideal, ese perjuicio se

109 Fallon. "The core of an uneasy case", cit., p. 1709.

produce por la sobreprotección de los derechos, que es un costo mucho menor que aquel que produce la infraprotección de los derechos[110].

Esta tesis de Fallon permite afirmar que, si el sistema político no funciona bien e incumple las condiciones del *core of the case*, las críticas de Waldron no se aplican y el control de constitucionalidad en ese contexto queda a salvo del ataque waldroniano. Además, si esporádica o permanentemente el sistema funciona bajo los parámetros ideales del *core of the case*, el control de constitucionalidad resulta un mecanismo adicional al servicio de la protección de los derechos constitucionales.

Mientras que, en el primer caso, el control de constitucionalidad no resulta criticable sino necesario como un remedio a las disfuncionalidades del sistema político, en el segundo caso, el control de constitucionalidad no sobra –por decirlo de alguna manera– porque se agrega al procedimiento legislativo como una vía más para que los ciudadanos obtengan la protección de sus derechos. Como señala Fallon, se podrá decir que el sistema tiene una sobreprotección de los derechos, y eso es, definitivamente, mucho mejor que una infraprotección de los derechos o una infraaplicación de la Constitución[111].

En síntesis, para Fallon no hay una relación de incompatibilidad absoluta dentro de un sistema que funciona bien democráticamente y que incorpora el control de constitucionalidad. Esa tesis aplicada al sistema colombiano permite inferir que este puede ser un caso de error por sobreprotección de los derechos. En tal supuesto, se podría afirmar con Fallon que "los errores que resultan de la infra-aplicación de los derechos son más preocupantes que los errores que resultan de su supra-aplicación, y el control de constitucionalidad puede proveer una protección ostensiblemente valiosa contra los errores de infra-aplicación"[112].

La conclusión general del autor es que, al cumplir la función de sobreprotección de los derechos, el *judicial review* contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de todo el sistema judicial y político porque un aspecto esencial

---

110 Ibíd., p. 1700.

111 "*[I]t is reasonable in principle to believe it better to err on the side of too much rather than too little protection of rights under conditions of reasonable disagreement, an argument that supports judicial review on this basis obviously risks proving too much*". Ibíd., p. 1708.

112 Ibíd., p. 1709. La tesis de la sobreprotección de los derechos es discutida en TUSHNET. "How different", cit., pp. 49-70.

de esa legitimidad radica en disminuir la probabilidad de la violación de los derechos[113].

2.3.2. LIMITACIONES EPISTÉMICAS DE LA DEMOCRACIA: LOS PUNTOS CIEGOS Y LAS CARGAS DE INERCIA DEL LEGISLADOR Y DEL GOBIERNO

En segundo lugar, Rosalind Dixon también se ha ocupado de señalar que el control de constitucionalidad no es prescindible en las democracias que funcionan aceptablemente. El punto de vista de Dixon es muy diferente de la perspectiva de Fallon. Mientras que este acepta que una democracia que funciona bien tiene una ventaja epistémica, Dixon señala que una democracia *core of the case* puede tener otro tipo de problemas o fallos que restan su valor como proceso de decisión. Ante los efectos importantes de esa debilidad de la democracia, el control de constitucionalidad aparece como una vía adecuada para introducir correctivos.

En concreto, Dixon afirma que incluso las democracias que funcionan de manera adecuada tienen un alto riesgo de aprobar políticas públicas contrarias a los valores públicos de la Constitución. Esto sucede porque existen *puntos ciegos* de la democracia o del sistema deliberativo.

La tesis de Dixon es que los *puntos ciegos* pueden ser de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento. Estos ocurren, respectivamente, cuando: i) los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley, que parece conforme con la Constitución desde un punto de vista abstracto, puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; ii) no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad, y iii) se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional[114].

Además, Dixon también se refiere a los problemas o *cargas de inercia* del legislador que afectan a los derechos constitucionales. En especial, se preocupa por la inercia legislativa que es consecuencia de la prevalencia de los intereses

---

113 FALLON. "The core of an uneasy case", cit., p. 1716.

114 Sobre los puntos ciegos de aplicación, perspectiva y acomodamiento, cfr. DIXON, ROSALIND. "Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n.º 3, 2007, p. 402.

electorales de los grupos políticos sobre la protección de los derechos o de la intención de mantener la unidad de un partido político cuando existen diferentes opiniones dentro de ese partido respecto del contenido de un derecho[115]. La autora también señala que una democracia *core of the case* puede combinar la inercia del legislador con la inercia de la administración con resultados perjudiciales para la garantía efectiva de los derechos[116].

Frente a los *puntos ciegos* y la inercia del legislador, Dixon propone un enfoque dialógico de la justicia constitucional en el que los tribunales deben adoptar medidas para evitar la prolongación de los efectos de los puntos ciegos o resolver los problemas que generan los bloqueos legislativos[117]. No se trata solamente de que el poder judicial le indique al legislador que ha fallado y se quede a la espera de que este se desbloquee o abandone la posición de inercia, o de que los jueces adopten remedios individuales en casos concretos por la vía de los mecanismos de tutela o amparo. El poder judicial debe contribuir directamente a remediar la inercia o superar el bloqueo institucional[118].

Fallon y Dixon tienen una preocupación común por el hecho de que en una democracia *core of the case* se produzcan violaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la acción del propio Parlamento. El aspecto que los aleja es que, mientras Dixon también se preocupa por la inercia legislativa, Fallon considera que "la acción legislativa es más proclive a la violación de derechos fundamentales que la inacción del legislador"[119], y por tal razón el autor se despreocupa de este último aspecto.

En ese marco, se puede aceptar la invitación waldroniana e imaginar que ocasional o permanentemente el sistema democrático colombiano cumple con las condiciones de una sociedad organizada bajo el *core of the case*. Como ya se ha dicho, superar los problemas descritos en la sección anterior, que hacen de Colombia un *non core case*, es una de las promesas centrales de la Constitución

---

115 En Estados Unidos existen muchos ejemplos de desacuerdos dentro de la sociedad que dividieron a los partidos y sobre los cuales el Congreso se abstuvo de decidir para que fuera la Corte Suprema el órgano encargado de tomar una decisión sobre la materia. Se citan como casos paradigmáticos los problemas relacionados con la abolición de la esclavitud (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Cfr. TUSHNET, MARK. "Alternative forms of judicial review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, p. 2788.

116 DIXON. "Creating dialogue about", cit., p. 403.

117 Ibíd., p. 406.

118 Ibíd., pp. 404 y 405.

119 FALLON. "The core of an uneasy case", cit., p. 1700.

de 1991 y un requisito necesario para garantizar la realización de otras promesas constitucionales. Ahora bien, ¿justificaría eso eliminar la acción pública de constitucionalidad?, o, por el contrario, ¿las tesis de Fallon y Dixon aconsejan mantener el control de constitucionalidad y el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad dentro de una sociedad *core of the case*?

Desde luego, los dos autores coinciden en que el control de constitucionalidad también causa beneficios democráticos en sociedades bien organizadas, pero no hacen referencia a un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad. Sin embargo, la tesis central de Fallon, en relación con su preferencia por un sistema de sobreprotección de los derechos frente a uno de infraaplicación de la Constitución, contribuye a defender la existencia de un mecanismo con el cual el ciudadano pueda acceder fácilmente al control de constitucionalidad para que los jueces remedien la violación a sus derechos derivados de la acción del legislador.

Del mismo modo, la contribución de Dixon en relación con los *puntos ciegos* del sistema democrático y su preferencia por un sistema en el que los jueces tienen un rol central para la superación de los efectos negativos que esos *puntos ciegos* conllevan para los derechos constitucionales, permiten defender un sistema en el cual los propios ciudadanos activan la intervención judicial con el fin de remediar las consecuencias negativas de los límites epistémicos del legislador.

Todavía más, Dixon se muestra favorable a que el control de constitucionalidad –suscitado por una demanda ciudadana– contribuya a superar situaciones de bloqueo institucional mediante órdenes directas. La reticencia legislativa para cumplir con sus funciones impide que el legislador reclame a la judicatura por ocupar un espacio que el propio legislador ha dejado vacío; los jueces no desplazan al legislador cuando este mismo declina en el ejercicio de sus funciones. En estos casos, los tribunales pueden señalarle al legislador que los propios ciudadanos han solicitado la intervención judicial frente a la defraudación de las expectativas sobre el rol que corresponde al poder legislativo dentro de la organización social.

Desde otro punto de vista, el cumplimiento esporádico de las condiciones del *core of the case* es una razón central para mantener el control de constitucionalidad y el mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de las leyes porque este se convierte en un seguro que opera cuando no se satisfacen esas condiciones. El control de constitucionalidad evita los retrocesos, remedia los retrocesos parciales y estimula avances permanentes dentro del sistema democrático.

Por otra parte, en sociedades *core of the case* en construcción o que transitan de escenarios *non core case* hacia modelos de funcionamiento aceptable, el control de constitucionalidad sirve como un instrumento de consolidación y de contención de los posibles retrocesos. En estos casos es imprescindible un mecanismo de fácil acceso al control de constitucionalidad que, sobre todo, pueda ser activado por actores diferentes a quienes son responsables del retroceso o quienes se benefician del mismo.

En todos los supuestos mencionados previamente resulta desvirtuada la tesis de Waldron según la cual el control de constitucionalidad impide que sistemas *non core case* se acerquen al funcionamiento de una sociedad bien ordenada. Además, el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional contribuye a que el *judicial review* funcione como un remedio efectivo a los posibles errores que puede cometer un legislador *core of the case* o reaccione frente a sus posibles retrocesos. Al final de todo, y con las cuentas bien hechas, el control de constitucionalidad puede contribuir, mucho más de lo que Waldron está dispuesto a aceptar, a la construcción y mantenimiento de una sociedad *core of the case*.

CAPÍTULO SÉPTIMO

La justicia constitucional y los modelos de constitucionalismo débil

En el capítulo anterior se señaló que Waldron sostiene que sus críticas no se dirigen contra los sistemas débiles de control de constitucionalidad. Esa advertencia parte del supuesto de que es posible trazar una línea entre los dos modelos de justicia constitucional para aceptar democráticamente los sistemas que quedan del lado de la fórmula del constitucionalismo débil y repudiar a los sistemas que quedan del lado del control de constitucionalidad fuerte.

En ese contexto, el objetivo central de este capítulo es demostrar que la división entre sistemas débiles y fuertes de control de constitucionalidad es una cuestión de grado, de manera que el supuesto carácter fuerte del sistema colombiano de control de la constitucionalidad de las leyes también incorpora mecanismos de los denominados sistemas débiles. Por una parte, esta tesis contextual servirá para cuestionar la transposición automática de la objeción contramayoritaria a los modelos fuertes de *judicial review* mientras que se privilegian los modelos débiles. Por otra parte, permitirá poner en duda la existencia de un abismo insalvable entre el control de constitucionalidad débil y el control de constitucionalidad fuerte.

I. EL CONSTITUCIONALISMO FUERTE Y EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

La tipología clásica de la justicia constitucional establece la existencia de dos grandes modelos: el sistema difuso o norteamericano y el sistema concentrado o europeo de control de constitucionalidad. Adicionalmente, se incluye un *tertium* que resulta de la convergencia de estos dos grandes esquemas en los denominados modelos mixtos de control judicial de la ley. Estos últimos han proliferado en América Latina y en otras latitudes. Sin embargo, las investigaciones más recientes plantean el surgimiento de nuevas categorías para clasificar la interacción entre los jueces constitucionales y el legislador.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de sistemas de justicia constitucional que responden a las fórmulas del constitucionalismo débil o del constitucionalismo fuerte. Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe algún sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución –o con una ley que opera como parámetro de control– en la última palabra dentro de la democracia.

A contrario sensu, los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la invalidez o inaplicación de un acto

del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico o, al menos, de garantizar su inaplicación definitiva. En estos diseños institucionales, la decisión judicial es la última palabra sobre la interpretación de la Constitución dentro del sistema democrático.

Uno de los aspectos más interesantes de estas nuevas formas de aproximación a los sistemas de control de constitucionalidad consiste en la posibilidad de analizar sus problemas clásicos de fundamentación democrática al margen de su pertenencia a una de las tres categorías clásicas mencionadas. Como se verá más adelante, se trata, probablemente, de una nueva forma de asumir el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

En ese marco, el objetivo de esta sección es describir las fórmulas del constitucionalismo débil y del constitucionalismo fuerte, las preocupaciones a las que responden y los instrumentos que utilizan para contener esas inquietudes. Del mismo modo, se hará referencia a la manera en que cada uno de estos modelos determina la relación entre los jueces y el legislador, su potencial para propiciar y enriquecer la deliberación pública y los efectos de esa división del constitucionalismo y del control de constitucionalidad en el debate sobre la fundamentación democrática de la revisión judicial de las leyes.

Se trata de un paso previo necesario para analizar cuál de las dos fórmulas ha prevalecido en el constitucionalismo de Colombia, las razones de esa prevalencia y la potencial combinación de elementos del constitucionalismo fuerte y del constitucionalismo débil en ese país. En concreto, en la parte final de este capítulo se sostendrá que en Colombia hay un espacio para el constitucionalismo débil. Este se manifiesta en algunas experiencias de control de constitucionalidad que han contribuido a generar un diálogo institucional entre los distintos poderes públicos, así como en la implementación de herramientas para fortalecer la deliberación entre las autoridades. Si todo lo anterior resulta cierto, se concluirá, el control de constitucionalidad en Colombia puede escapar –una vez más– a las objeciones waldronianas que se dirigen exclusivamente contra los modelos fuertes de revisión judicial de las leyes.

I.I. LAS FÓRMULAS DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE Y DEL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

La existencia de un constitucionalismo débil y un constitucionalismo fuerte es, en realidad, la asunción de una tipología de los sistemas constitucionales y,

en especial, de la justicia constitucional[1]. Esta nueva forma de aproximarse al análisis del control de constitucionalidad supera la clasificación basada en los elementos clásicos que tenían como punto de partida el diseño institucional, el contexto geográfico y político en que surgió la justicia constitucional, la existencia o no de un tribunal especializado, la relación de los jueces ordinarios con la función del control de constitucionalidad, el momento en que se revisan los actos del legislador, el parámetro de control o el tipo de juicio de contraste realizado por los tribunales.

Los anteriores elementos asumen un carácter secundario a la luz de esta nueva tipología. Esto quiere decir que, en principio, es posible sostener que la división entre sistemas de justicia constitucional fuerte o débil no tiene en cuenta las clásicas listas de pares conceptuales: modelo europeo (centralizado) o norteamericano (descentralizado), control previo o posterior, y abstracto o concreto. En cambio, el *tertium* que se propone para distinguir entre diferentes modelos de justicia constitucional está conformado por las denominadas fórmulas fuertes y débiles del constitucionalismo.

El constitucionalismo fuerte se presenta en aquellos Estados en los cuales existe una combinación entre una Constitución rígida y un sistema de control de constitucionalidad en el que los jueces tienen la última palabra sobre los desacuerdos en torno a la interpretación de las cláusulas constitucionales. La fórmula del constitucionalismo débil se presenta en los Estados que carecen de una Constitución rígida o en los cuales, a pesar de existir una Constitución rígida, los jueces no tienen la última palabra en la definición de los desacuerdos sobre la interpretación de la Constitución. Como señala Tushnet: "las fórmulas débiles de *judicial review* tienen distintas variantes, pero todas tienen la característica de permitir una respuesta legislativa y ejecutiva, dentro de la ley, frente a una sentencia de la corte constitucional al interpretar la Constitución"[2].

Como se puede inferir de su sola enunciación, se trata de fórmulas de prevalencia y no de anulación. Es decir, lo que estas dos fórmulas pretenden

---

1 Alguna autora ha sugerido que la división entre modelos débiles y fuertes de justicia constitucional no tenía la pretensión original de convertirse en una nueva tipología de la justicia constitucional, sino que era una forma metodológica de distinguir entre el modelo de Estados Unidos y los sistemas implementados en el Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda. Cfr. KAVANAGH, AILEEN. "What's so weak about 'weak-form review'? The case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 4, 2015, pp. 1009-1010.

2 TUSHNET. *Constitucionalismo y judicial review*, cit., p. 106.

expresar es la existencia de un sistema constitucional que confiere mayor valor a una de las dos, pero que siempre deja un desarrollo así sea mínimo para el valor que representa la otra fórmula[3].

La división entre sistemas fuertes y débiles de control de constitucionalidad no es una operación binaria sino que implica la calificación de prevalencia de unas características sobre otras[4]. Así mismo lo ha reconocido el propio Tushnet, quien sostiene que "las democracias liberales modernas disponen actualmente de una amplia gama de formas de control de constitucionalidad, estas se encuentran dispuestas en un continuo que va desde el 'tipo débil' hasta el 'tipo fuerte' de control de constitucionalidad"[5].

Esa diferencia de grado permite inferir que la asunción de sistemas de justicia constitucional débil implica un abandono de la vieja tradición de la soberanía parlamentaria que negaba toda posibilidad del control judicial[6]. Bajo el nuevo esquema, se asume que los privilegios del legislador absoluto en una democracia marcada por el protagonismo exclusivo de la ley ya "no es más una oferta de diseño institucional"[7]. Al mismo tiempo, los modelos que han mostrado un mayor compromiso con la fórmula del constitucionalismo fuerte han abierto un espacio para que el Parlamento o el pueblo respondan a la decisión judicial de inconstitucionalidad mediante la reforma o el cambio directo del parámetro de control.

Según se verá a continuación, cada una de estas categorías del constitucionalismo responde a unos fundamentos o preocupaciones específicas y tiene un conjunto de instrumentos que pueden ser implementados dentro del diseño institucional de los Estados que opten por conferir prevalencia una de las fórmulas en detrimento de la otra.

---

3 Martí, José Luis. "Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word". *Ratio Juris*, vol. 27, n.º 4, 2014, p. 552.

4 "*As should already be evident, however, strong and weak judicial review are not binary alternatives, but labels that mark areas along a spectrum; rights may be more or less entrenched, as may the guarantee of judicial review as a mechanism to enforce fundamental rights*". Fallon. "The core of an uneasy case", cit., p. 1733.

5 Tushnet. "How different", cit., p. 64.

6 Ferejohn y Pasquino. "Constitutional courts", cit., p. 28.

7 Tushnet. "Derecho constitucional crítico y comparado", cit., p. 9.

I.2. FUNDAMENTOS DE LOS MODELOS FUERTES Y DÉBILES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La mayor parte de la teoría sobre los modelos débiles y fuertes de constitucionalismo señala que este último es el más consolidado a nivel global. Esto es así debido a la expansión de los sistemas europeo y estadounidense de control de constitucionalidad que pertenecen prevalentemente a la fórmula del constitucionalismo fuerte. En efecto, existe un acuerdo generalizado en torno a la idea de que el modelo europeo y el modelo norteamericano de control de constitucionalidad representan formas de justicia constitucional del tipo fuerte porque, en ambos, los jueces tienen la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, a menos que el legislador reforme el texto constitucional[8].

De acuerdo con esta tesis, durante la segunda mitad del siglo XX ocurrió una disputa entre los modelos centralizado kelseniano y descentralizado norteamericano por convertirse en el paradigma del control de constitucionalidad de la segunda posguerra. Según las cifras de Stone Sweet, ese enfrentamiento se resolvió a favor del modelo europeo[9]. Una de las razones para el triunfo europeo radicó en las ventajas de contar con un tribunal dedicado exclusivamente a resolver sobre la constitucionalidad de las leyes[10]. Sin embargo, desde el punto de vista del constitucionalismo débil, el verdadero paradigma de control de constitucionalidad de la segunda posguerra fue el modelo fuerte en cualquiera de sus dos versiones (europea o norteamericana)[11].

Esa nueva manera de ver las cosas, en la que no se distingue entre el modelo norteamericano y el europeo, lleva a que el núcleo de la fórmula del constitucionalismo fuerte responda a un conjunto de preocupaciones que involucran a los dos sistemas clásicos de justicia constitucional. Dentro de esos temores se encuentran el riesgo de una democracia plebiscitaria, los errores epistémicos de los órganos de deliberación, la crisis por la que atraviesa el sistema representativo, los bloqueos institucionales que impiden la promulgación de

---

8 TUSHNET y DIXON. "Weak-form review", cit., p. 104.

9 Como se señaló en el primer capítulo, de un total de 138 ordenamientos constitucionales, 85 establecieron el modelo centralizado de control de constitucionalidad. Cfr. STONE SWEET. "Constitutional courts", cit., pp. 819 y 820.

10 Sobre algunas de esas ventajas, cfr. FERRERES COMELLA, VÍCTOR. "The rise of specialized constitutional courts". En DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 265-277.

11 TUSHNET. "Alternative forms of judicial review", cit., p. 2784.

políticas públicas para el desarrollo del catálogo de derechos constitucionales, la corrupción de los miembros del Congreso y la necesidad de proteger los derechos de las minorías sin representación o insuficientemente representadas frente al peligro constituido por una eventual tiranía de las mayorías[12].

Además, el constitucionalismo fuerte se apoya en las propuestas de introducir límites razonables a las decisiones adoptadas por las mayorías. Esto último puede implicar que algunas materias queden fuera del poder de decisión del Congreso (*i.e.*, derechos fundamentales, coto vedado, esfera de lo indecidible) y que se introduzcan criterios axiológicos de valoración de las decisiones mayoritarias. Del mismo modo, el constitucionalismo fuerte apuesta por tomarse en serio las constituciones como normas jurídicas vinculantes y conferir prevalencia a los argumentos de principio (axiológicos) sobre los argumentos económicos (consecuencialistas) o de sostenibilidad fiscal cuando se trata de la protección de los derechos constitucionales. Además, este modelo defiende la necesidad y conveniencia de que existan procedimientos e instituciones funcionalmente contramayoritarios.

En evidente oposición a la fórmula y a los fundamentos del constitucionalismo fuerte, el modelo débil de control de constitucionalidad es "una de las mayores innovaciones en el diseño constitucional de finales del siglo XX"[13] y constituye una expresión del "constitucionalismo moderno"[14]. Este surgió, principalmente, como una reacción a la creciente consolidación y difusión de sistemas de control de constitucionalidad fuerte. La forma débil de justicia constitucional apareció en aquellos Estados en los cuales dejarles la última

---

12 "*The main fear for SC is the tyranny of the majority. The idea is not only that legislatures may corrupt, give in to partisan interests, or fail to represent the people's true will and interests. The fear is that the majority of the people themselves may fail, at least temporarily, to recognize their own long-term interests and/or to find the appropriate way to honor and promote such interests. Thus, a social majority might be morally wicked and tempted to dominate certain minorities for its own benefit. Or it might be just wrong in good faith in their interpretation of fundamental rights, and commit gross injustices as well. What SC expects from constitutions is protection against, for instance, a racist social majority intending to segregate a certain racial minority, as was the case in one of the more favorable examples in the American constitutional tradition: Brown v. Board of Education*". MARTÍ. "Is constitutional rigidity the problem?", cit., p. 552.

13 TUSHNET, MARK y DIXON, ROSALIND. "Weak-form review and its constitutional relatives: An Asian perspective". En DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Law in Asia*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, p. 102.

14 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 18.

palabra a los jueces sobre la interpretación de la Constitución entraba en profundo conflicto con una tradición consolidada de soberanía parlamentaria[15].

En sus fundamentos, la forma débil de justicia constitucional se muestra atractiva desde el punto de vista teórico porque combina tres estrategias. Por un lado, recoge una buena parte de las preocupaciones clásicas sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Por otra parte, reivindica una perspectiva dialógica que fomenta la interacción entre los diferentes poderes del Estado fuera del marco de la supremacía parlamentaria como antípoda de la supremacía constitucional. Finalmente, ofrece un conjunto de diseños institucionales para la protección de los derechos constitucionales mediante la cooperación entre las diferentes autoridades nacionales. Cada uno de estos atractivos merece una breve explicación.

1.2.1. CONSTITUCIONALISMO DÉBIL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En primer lugar (legitimidad democrática), el control de constitucionalidad débil acepta la idea waldroniana de que las sociedades se encuentran profundamente marcadas por la existencia de un amplio desacuerdo sobre el contenido y la interpretación de las disposiciones constitucionales[16]. En concreto, este modelo se preocupa por el desacuerdo entre el Congreso y la Corte Constitucional y propone un mecanismo para resolver esa diferencia mediante el desarrollo del principio democrático y la garantía de la supremacía parlamentaria. El constitucionalismo débil es una respuesta frente "al nerviosismo que genera conferirles a los tribunales la última y definitiva palabra"[17] sobre estos desacuerdos. El contenido de la oferta es un diseño institucional que tiene

---

15 COLÓN RÍOS, JOEL. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power.* Routledge, London, 2012, pp. 152-174.

16 "*Indeed, experience has shown that people –that is, legislatures and courts– can disagree about what a constitutional provision should be interpreted to mean quite often, and that those disagreements can, again quite often, be entirely reasonable. The U.S. system of judicial review, which I call strong-form review, insists that the courts' reasonable constitutional interpretations prevail over the legislatures' reasonable ones. Courts exercise strong-form judicial review when their interpretive judgments are final and unrevisable*". TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 21.

17 TUSHNET, MARK. "The rise of weak-form judicial review". En DIXON y GINSBURG. *Comparative Constitutional Law*, cit., 2011, p. 323.

como objetivo reducir las tensiones entre los límites al poder público y el ideal de autogobierno[18].

En el núcleo del constitucionalismo débil se encuentra una clásica –pero siempre vigente y renovada– preocupación del constitucionalismo y la teoría política por el carácter contramayoritario del control judicial de las leyes. Esa inquietud asume diferentes versiones que van desde la objeción total a cualquier forma de control de constitucionalidad hasta la aceptación de modalidades políticas de revisión de los actos del legislador o de controles judiciales restringidos a aspectos procedimentales que solo tienen como objetivo garantizar el buen funcionamiento del sistema político. El nivel máximo de preocupación se centra en el activismo de los tribunales, el impacto económico de las decisiones judiciales y la intervención o invasión de los jueces en los poderes del ejecutivo (cogobernante) o del Congreso (colegislador).

En cuanto a su fundamentación, la fórmula del constitucionalismo débil se basa en la ilegitimidad de origen de la competencia para controlar los actos del legislador, la ilegitimidad del órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, la inexistencia de parámetros que pongan barreras a la discrecionalidad del intérprete de la Constitución, los límites epistémicos del proceso judicial de constitucionalidad y las consecuencias negativas para el propio sistema político de un sistema de revisión judicial de las leyes[19].

1.2.2. CONSTITUCIONALISMO DÉBIL Y PERSPECTIVA DIALÓGICA

En segundo lugar (perspectiva dialógica), el modelo débil de justicia constitucional tiene fundamentos históricos que se encuentran en las tradiciones legales compartidas por los países de la *Commonwealth*. Por ejemplo, Gardbaum se ha referido al nuevo modelo *Commonwealth* de constitucionalismo como aquel que combina un catálogo de derechos obligatorio para el legislador y para la administración con una forma débil de control de constitucionalidad[20].

---

18 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights, cit.,* p. 22.

19 BELLAMY, RICHARD. "The democratic legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the Hirst Case". En FØLLESDAL, ANDREAS; SCHAFFER, KARLSSON y ULFSTEIN, GEIR. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 253-255.

20 GARDBAUM. *The New Commonwealth*, cit., p. 25.

El modelo *Commonwealth* implica cuatro elementos constitutivos que lo separan del principio de soberanía parlamentaria y del principio de supremacía judicial: i) una carta de derechos codificada; ii) el carácter vinculante para el legislador de ese catálogo de derechos y la obligación de tenerlos en cuenta antes de aprobar una ley; iii) alguna forma de control judicial de constitucionalidad, y iv) la última palabra sobre la interpretación del catálogo de derechos asignada al legislador[21].

El modelo *Commonwealth* rompe con el nexo que parecía inescindible entre el control de constitucionalidad y la supremacía judicial porque se ubica entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo legal[22]. El constitucionalismo político afirma que en una democracia constitucional los límites al poder público que aparecen expresados en la Constitución, y, en concreto, los derechos fundamentales, deben ser garantizados por los instrumentos y autoridades políticas electoralmente controlables[23].

Esto quiere decir que el constitucionalismo político considera que debe prevalecer la fórmula de la democracia fuerte, en virtud de la cual los desacuerdos sobre los derechos son resueltos mediante procedimientos electorales periódicos en los que compiten los partidos políticos y cada persona puede elegir mediante el voto igualitario[24]. Como señala Bellamy, para el constitucionalismo político, el "tribunal supremo en asuntos constitucionales, incluyendo los derechos, debe ser el Parlamento"[25]. Por su parte, el constitucionalismo legal confía esa misma función a los jueces y tribunales[26].

En ese marco, el constitucionalismo débil ofrece una gran variedad de diseños institucionales intermedios entre el constitucionalismo político y el

---

21 Ibíd., pp. 30-32.

22 En contra de la tesis de Gardbaum sobre la existencia de un nuevo modelo de constitucionalismo (*Commonwealth*) que se ubica en un punto intermedio entre el constitucionalismo legal y el constitucionalismo político se ha pronunciado Richard Bellamy. Este autor afirma que los diseños institucionales que pertenecen al sistema débil de control de constitucionalidad son diferentes variaciones dentro del constitucionalismo político; es decir que el modelo *Commonwealth* es uno más de los elementos del constitucionalismo político y no una categoría adicional e independiente. Cfr. Bellamy. "Political constitutionalism", cit., p. 89.

23 Ibíd., pp. 89-94.

24 Ibíd., p. 251.

25 Ibíd., p. 93.

26 Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., p. 22.

constitucionalismo legal, los cuales encuentran una armonización entre los principios de supremacía parlamentaria y de supremacía constitucional[27].

1.2.3. CONSTITUCIONALISMO DÉBIL Y PROTECCIÓN COOPERATIVA DE LOS DERECHOS

En tercer lugar, desde el constitucionalismo débil se advierte que los parlamentos también pueden operar como escenarios para la promoción y protección de los derechos dentro de sistemas en los cuales los tribunales adoptan decisiones que invalidan las leyes que protegen esos derechos.

El constitucionalismo débil reivindica que el legislador no siempre es un enemigo del catálogo de derechos y que el poder judicial no siempre actúa como aliado de las promesas constitucionales. De hecho –mantiene– es posible encontrar muchos ejemplos en los cuales el legislador resolvió adecuadamente un desacuerdo a favor de los derechos y se encontró frente a un tribunal adverso a ese tipo de arreglo institucional[28].

En relación con la preocupación por los derechos, el constitucionalismo débil reitera que el control judicial débil no defiende que el legislador o la administración puedan incumplir su obligación de respetar la Constitución y el catálogo de derechos. Según se afirma, el Gobierno debe analizar la compatibilidad de un proyecto de ley con la Constitución antes de presentarlo ante el Congreso, y este, a su vez, debe realizar el mismo análisis antes de aprobarlo como una ley. Se trata de un modelo de control más eficaz porque actúa de manera previa a la aprobación de la ley, y en el cual el remedio frente a la

---

27 "*What makes the new model distinct is that, as discussed above, it takes something (though not everything) from both legal and political constitutionalism and creates something new in between. If it is a version of political constitutionalism, then it is also a version of legal constitutionalism –as indeed some of its proponents have claimed– in that it involves a legalized bill of rights and constitutional review by the courts. This is why it is properly thought of as a hybrid model*". Ibíd., pp. 44 y 45.

28 Por todas, se citan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos frente a las políticas sociales promovidas por el Gobierno del presidente Franklin D. Roosevelt en el marco del denominado *New Deal*. A este periodo se le conoce como parte de la *era Lochner*. Esta se caracterizó por un marcado activismo conservador de la Corte Suprema frente a un populismo progresista del Gobierno. El periodo comprendió desde el año 1905, cuando se profirió la decisión *Lochner v. New York*, hasta el año 1937, cuando se profirió la decisión *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Se calcula que, entre 1899 y 1937, la Corte se pronunció en contra de la constitucionalidad de 184 normas con base en las cláusulas del debido proceso y la igual protección. Cfr. FRIEDMAN. "The history of the countermajoritarian difficulty, part four", cit., pp. 971-1064.

inconstitucionalidad de la legislación ordinaria no queda condicionado a una futura y eventual intervención judicial[29].

Sin embargo, frente al anterior argumento del constitucionalismo débil, el constitucionalismo fuerte repone que este también procura que el legislador y la administración se tomen en serio la Constitución y el catálogo de derechos antes de proponer o aprobar una ley. La diferencia entre ambos modelos radica en que el sistema fuerte reconoce que el legislador y la administración pueden fallar, y por esa razón también incorpora un control judicial externo, posterior, independiente y de fácil acceso para los ciudadanos.

En relación con esta respuesta del constitucionalismo fuerte, el constitucionalismo débil replica que este también acepta una intervención posterior de los tribunales para examinar la compatibilidad de la legislación con la Constitución. Sin embargo, difiere del constitucionalismo fuerte en que este se inclina a favor de la supremacía judicial mientras que el constitucionalismo débil se opone a la supremacía judicial y deja la última palabra al propio legislador.

En definitiva, la división entre modelos fuertes y modelos débiles de control de constitucionalidad confronta todas las tensiones posibles entre el autogobierno popular y la necesidad de limitar el poder de decisión de las mayorías parlamentarias; entre el principio democrático y el de supremacía constitucional; entre el derecho de igual dignidad democrática y la protección de las minorías. En suma, esta división obliga a repensar el diseño de la justicia constitucional dentro del sistema democrático e introduce un aire nuevo en el debate global sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

1.3. Instrumentos de los modelos débiles de control de constitucionalidad

Además de unos fundamentos y preocupaciones específicas, a cada fórmula le corresponde un conjunto de herramientas o mecanismos. El constitucionalismo débil no aboga por la eliminación del control de constitucionalidad pero el juez carece de la última palabra sobre la interpretación de la Constitución. Ahora bien, esto no significa –de ninguna manera– que el juez no pueda participar en el diálogo institucional sobre el significado de los valores públicos de la Constitución. En ese sentido, la nota distintiva del control de constitucionalidad débil es que este "combina algún tipo de facultad de los tribunales

---

29 Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., p. 25.

para declarar la legislación como inconsistente con las normas constitucionales con algunos mecanismos por medio de los cuales la asamblea legislativa que profirió la norma puede responder a la decisión del tribunal"[30].

El elemento en común de todos los diseños de justicia constitucional débil es que "a la decisión final de un tribunal que resuelve un asunto constitucional le puede seguir una respuesta legislativa o popular de enmienda constitucional que difiere total o parcialmente de la decisión del tribunal (y de la interpretación de la Constitución existente que fundamenta la decisión del tribunal)"[31]. Esa reacción debe ser posible dentro de un término relativamente breve para que el diálogo institucional se produzca en tiempo real.

Con base en este último criterio, Tushnet afirma que todos los sistemas de control de constitucionalidad son débiles en el largo plazo porque los órganos políticos siempre podrán revisar la interpretación judicial de la Constitución. Para el autor, la revisión judicial débil permite una respuesta política en el corto plazo mientras que la revisión judicial fuerte solo admite una respuesta política en el largo plazo[32].

Sin embargo, el punto central de los sistemas débiles de justicia constitucional es que en ellos la decisión judicial es una invitación al legislador para que lo piense nuevamente, para que vuelva sobre el punto y delibere sobre los objetivos sociales que justifican una medida que es incompatible con el catálogo de derechos; es una invitación a darle una segunda oportunidad a la Constitución en relación con la voluntad política del Parlamento o del Gobierno.

En desarrollo de esta fórmula se han creado mecanismos que pretenden ubicar en un relativo equilibrio la supremacía parlamentaria y el control de constitucionalidad; por supuesto, siempre con un grado mayor o menor de inclinación a favor del principio democrático. Estos instrumentos se encuentran dentro de los sistemas de justicia constitucional en los que el juez carece de la última palabra, bien porque su decisión no tiene efectos vinculantes o porque existe un mecanismo de respuesta del ejecutivo o del legislador que neutraliza, difiere o deja sin efectos la decisión judicial. En otro trabajo se han utilizado las expresiones "reacciones democráticas" y "reacciones tecnocráticas" para referirse a estos mecanismos[33].

---

30 Tushnet. "The rise of weak-form", cit., p. 322.

31 Tushnet y Dixon. "Weak-form review", cit., p. 102.

32 Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 24, 34 y 36.

33 Roa Roa. "El incidente de impacto fiscal", cit., pp. 4-6.

1.4. Reacciones democráticas a las decisiones judiciales

Las reacciones democráticas son aquellos instrumentos mediante los cuales el legislador se puede oponer a una determinada decisión judicial. Algunos autores señalan que, en el sistema débil de control de constitucionalidad, la respuesta a la decisión judicial no es propiamente del legislador sino del pueblo que considera que los tribunales han realizado una interpretación incorrecta de la Constitución[34]. Dentro de los modelos débiles de control de constitucionalidad también se incluye a los sistemas en los cuales la inactividad del legislador es suficiente para oponerse a la decisión judicial porque su mera omisión deja sin efectos una sentencia.

En relación con esta primera forma de contestar a las decisiones judiciales se ha debatido si la reforma constitucional puede ser considerada como una forma de reacción democrática. Dixon estima que la reforma constitucional contribuye a incorporar al poder legislativo y a la opinión pública en la interpretación de la Constitución, pero afirma que la reforma constitucional no puede ser considerada como una herramienta propia del modelo débil de justicia constitucional. En el criterio del autor, el constitucionalismo débil esencialmente "promueve el diálogo sobre la Constitución existente mientras que la reforma constitucional cambia la Constitución". Bajo esta visión, la inmutabilidad del objeto de la deliberación entre los poderes sería un elemento esencial del constitucionalismo débil[35].

Por el contrario, Tushnet señala que una reforma constitucional, cuyo objetivo es contestar a una decisión judicial previa, mediante un cambio en el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes, sí puede ser considerada como una práctica dialógica[36]. La diferencia entre esta forma de reacción

---

34 "*The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes*". Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 23.

35 Tushnet y Dixon. "Weak-form review", cit., p. 103.

36 No queda muy claro si el autor considera que se trata de una práctica dialógica del constitucionalismo débil o de una práctica dialógica dentro de un sistema fuerte de control de constitucionalidad. Especialmente porque el autor señala que los modelos fuertes de control de constitucionalidad son aquellos en los cuales "las interpretaciones judiciales de la Constitución son definitivas y no pueden ser revisadas por las mayorías legislativas ordinarias". Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 33.

y otros mecanismos del constitucionalismo débil radica en que la reforma constitucional es una reacción democrática que se desarrolla con mayor lentitud[37]. Por esa razón, el autor no considera que el diálogo institucional sea una práctica exclusiva de los modelos débiles, sino que en estos últimos el diálogo se realiza con mayor fluidez o en tiempo real[38]. En ese marco, Mark Tushnet difiere de Rosalind Dixon, pues aquel sí acepta que la reforma constitucional es una práctica dialógica, si bien coincide con esta en advertir que el cambio constitucional no convierte al sistema jurídico en un modelo débil de control de constitucionalidad[39].

Adicionalmente, Tushnet sostiene que ese tipo de respuestas solo pueden ser consideradas como parte de un modelo débil de constitucionalismo cuando la reforma de la Constitución no es excesivamente complicada. Por esa razón, en su criterio, en Estados Unidos existe un modelo fuerte de control de constitucionalidad porque "las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema son finales y definitivas, en el sentido [de] que, salvo una enmienda constitucional, el legislativo no tiene un mecanismo formal dentro de la ley para responder a una sentencia de la Corte Suprema que ha encontrado inconstitucional a una norma"[40].

En definitiva, para Tushnet la distinción fundamental entre modelos se basa en los factores relacionados con la dificultad para que el legislador conteste a la decisión judicial y el tiempo en el que se puede producir esa reacción, mientras que el elemento dialógico puede estar presente en los dos sistemas[41].

Fuera de este debate, la mayor parte de las investigaciones coinciden plenamente en que los tres ejemplos más interesantes de reacciones democráticas son los sistemas constitucionales implementados en –del más débil al más fuerte– Nueva Zelanda, Reino Unido y Canadá[42]. A continuación se sintetiza el funcionamiento general de cada uno de estos modelos.

---

37 Tushnet. "Revisión judicial dialógica", cit., p. 3.

38 Kavanagh. "What's so weak", cit., p. 1012.

39 Dixon, Rosalind. "Weak-form judicial review and American exceptionalism". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, n.º 3, 2012, p. 492.

40 Tushnet. *Constitucionalismo y judicial review*, cit., p. 104.

41 Kavanagh. "What's so weak", cit., p. 1012.

42 Al menos una referencia merece el caso de Mongolia, porque también incorpora un interesante sistema dialógico poco conocido. La Constitución de Mongolia de 1992 establece que la decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley le corresponde a la Corte Constitucional. Este tribunal está conformado por nueve jueces. Cuando, al menos, tres de los nueve jueces consideran

1.4.1. Nueva Zelanda: el *Bill of Rights Act* y el control de constitucionalidad mediante la interpretación conforme y el sistema de mandatos interpretativos

El sistema más débil de reacciones democráticas se estableció en Nueva Zelanda a partir de la aprobación del *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA) de 1990[43]. Dentro del ordenamiento jurídico, el NZBORA no es una Constitución en sentido estricto porque tiene la misma jerarquía de una ley ordinaria (*statute*). Eso significa que puede ser reformado o derogado si el Parlamento utiliza el mismo procedimiento para la aprobación de una ley sin necesidad de satisfacer ningún requisito adicional[44]. Ahora bien, según se verá a continuación, es equivocado pensar que el NZBORA es una ley como cualquier otra de Nueva Zelanda.

El primer elemento relevante del sistema de Nueva Zelanda consiste en que los jueces tienen la obligación de considerar, por una parte, que el NZBORA ha reformado la legislación preexistente que pueda ser contraria a este *Bill of Rights*. Por otra parte, los tribunales deben presumir que, después de la vigencia del NZBORA, el Parlamento no aprobará leyes contrarias a los derechos establecidos en esa carta de derechos. Con base en esa presunción en contra de la legislación previa y a favor de la legislación posterior al NZBORA, los tribunales

---

que una ley es contraria a la Constitución, el tribunal expide una declaración interpretativa o de incompatibilidad que es remitida inmediatamente al Parlamento. Este, por mayoría simple, puede modificar la ley para ajustarla a la decisión de la Corte o rechazar la declaración interpretativa de la misma. En este último caso, el tribunal puede intervenir nuevamente. Si el tribunal logra obtener la unanimidad sobre la inconstitucionalidad de la ley, la decisión de la Corte se convierte en la última palabra en materia de interpretación constitucional y el Parlamento solo puede reaccionar a esa decisión mediante una reforma constitucional. Por el contrario, si en esta segunda intervención, al menos uno de los nueve jueces vota a favor de la constitucionalidad de la ley, prevalece la decisión del Parlamento de rechazar la declaración interpretativa del tribunal. Cfr. Ginsburg. *Judicial Review*, cit., pp. 165-173 y Tushnet y Dixon. "Weak-form review", cit., p. 105.

43 Para un estudio detallado de este sistema de control de constitucionalidad cfr. Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., pp. 129-155 y Rishworth, Paul. "Interpreting enactments: sections 4, 5, and 6". En Rishworth, Paul et al. *The New Zealand Bill of Rights.* Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 116-167.

44 Rishworth, Paul. "The New Zealand Bill of Rights". En Rishworth et al. *The New Zealand*, cit., p. 2 y Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., p. 129.

asumen el deber de realizar la *interpretación conforme*, esto es, interpretar la legislación de manera que se adecue al contenido del NZBORA[45].

Lo anterior implica que, cuando existen varias interpretaciones plausibles de una ley, de las cuales algunas son compatibles con el NZBORA y otras no, los jueces deben preferir la interpretación compatible sobre otras interpretaciones de la ley que no sean compatibles con el NZBORA. Del mismo modo, entre una interpretación de la ley que es restrictiva o lesiva de los derechos y otra que es expansiva o tutelar de un derecho, los jueces deben escoger la segunda y desechar la primera.

El legislador puede dejar sin efecto la interpretación conforme realizada por los tribunales mediante la aprobación de una ley que sea más clara. Los jueces no pueden volver a su interpretación inicial, sino que deben aplicar la nueva ley con la interpretación (aclaratoria) que quiso darle el legislador[46].

El segundo elemento del sistema de Nueva Zelanda adquiere relevancia cuando fracasa la interpretación conforme, es decir, cuando los jueces no encuentran una sola interpretación de la ley compatible con el NZBORA. En estos casos, los tribunales solo tienen competencia para declarar la imposibilidad de hallar una interpretación coherente de la ley con el *Bill of Rights* para que el legislador tenga en cuenta ese hecho.

Los jueces no pueden inaplicar o invalidar la ley que encuentran contraria al NZBORA[47]. Es decir, el potencial máximo de la voz judicial dentro de la conversación constitucional se limita a emitir un *mandato interpretativo* o, lo que es lo mismo, señalar que la ley es contraria al NZBORA con efectos eminentemente declarativos. Como señala Tushnet:

> … el juez puede levantar sus manos y decir: 'Esta ley viola el contenido sustancial de los derechos, pero no hay nada que yo pueda hacer al respecto'. O el juez puede decir: 'Si nosotros interpretamos adecuadamente el contenido sustancial de los derechos, veremos que la ley no viola esos derechos'[48].

En este modelo débil existe una paradoja, porque la voz de los jueces es más fuerte cuando pueden hacer la interpretación conforme que cuando encuentran

---

45 Cfr. *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, secc. 6.

46 Cfr. GARDBAUM. *The New Commonwealth*, cit., p. 132.

47 Cfr. *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, secc. 4.

48 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 26.

una incompatibilidad absoluta entre una ley y el NZBORA. En el primer caso, la interpretación conforme de la ley que realizan los tribunales se consolida como la última palabra hasta tanto el legislador no reaccione de alguna manera. Si el Parlamento considera que los jueces se han equivocado al interpretar la ley, debe reaccionar mediante una nueva ley que fije con mayor claridad el sentido en el cual debe interpretarse la voluntad legislativa.

Por el contrario, cuando los tribunales declaran la incompatibilidad absoluta de la ley, su voz es menos fuerte porque, en esos casos, los jueces deben aplicar la ley, y la sola inacción del legislador es suficiente para que la ley mantenga sus efectos dentro del ordenamiento. En esta última hipótesis, el juez se limita a expedir una "indicación de inconsistencia"[49].

Debido a todos estos factores, se señala que el modelo de Nueva Zelanda es la versión más débil del control de constitucionalidad débil porque los tribunales solo tienen el poder interpretativo, careciendo del poder declaratorio[50]. Además, a diferencia del Reino Unido, no existe una jurisdicción internacional a la que puedan acudir los ciudadanos para solicitar la protección de sus derechos establecidos en el NZBORA[51].

A pesar de lo anterior, también se ha destacado que en Nueva Zelanda existen otros mecanismos no judiciales para revisar la conformidad de una ley con el NZBORA. Por ejemplo, la revisión de los proyectos de ley por parte de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia o el informe que el fiscal general puede emitir a petición del Gobierno sobre la compatibilidad de la ley con el *Bill of Rights*[52]. De todos modos, ninguno de estos elementos

---

49 DIXON. "Weak-Form Judicial Review", cit., p. 491.

50 GARDBAUM. *The New Commonwealth*, cit., p. 32.

51 A pesar de que no existe un tribunal regional de derechos humanos que tenga competencia sobre el Estado de Nueva Zelanda, es importante señalar que el NZBORA tiene una fuerte relación con algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y, muy especialmente, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, en el NZBORA se indica que ese catálogo de derechos confirma el compromiso de Nueva Zelanda con uno de los más importantes instrumentos del sistema universal de derechos humanos. Sobre la relación del derecho internacional de los derechos humanos con el NZBORA, cfr. BUTLER, ANDREW y BUTLER, PETRA. *The New Zealand Bill of Rights Act: A Commentary*. 2.ª ed., LexisNexis, Wellington, 2015, pp. 103-107 y RISHWORTH, PAUL. "Interpreting and applying the Bill of Rights". En RISHWORTH et al. *The New Zealand*, cit., pp. 61-65.

52 HUSCROFT, GRANT. "The Attorney-General's Reporting Duty". En RISHWORTH et al. *The New Zealand*, cit., pp. 195-216 y BUTLER y BUTLER. *The New Zealand*, cit., pp. 295-314.

desvirtúa el hecho de que la última palabra sobre la interpretación de la ley y del NZBORA le corresponde al legislador.

1.4.2. REINO UNIDO: LA *HUMAN RIGHTS ACT* Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y LAS DECLARACIONES DE INCOMPATIBILIDAD

El segundo esquema de reacciones democráticas se ha implementado en el Reino Unido mediante la *Human Rights Act* (UKHRA) de 1998[53]. Esta carta de derechos se encuentra vigente desde el año 2000. Dentro del ordenamiento jurídico del Reino Unido, la UKHRA tiene una jerarquía normativa y una posición funcional ampliamente discutida por quienes mantienen que se trata de una ley de tipo constitucional y quienes afirman que es un acto ordinario del legislador[54].

Lo cierto es que la UKHRA se puede reformar por el mismo procedimiento y con las mismas mayorías que exigen las demás leyes. Pero, a diferencia de estas, la UKHRA no puede ser reformada o derogada implícitamente, sino que el Parlamento debe hacerlo de manera explícita[55]. Del mismo modo, según el artículo 19 de la UKHRA, las propuestas de ley presentadas por el Gobierno deben adjuntar un informe sobre su compatibilidad con la UKHRA o una justificación de las razones por las cuales la ley debe ser aprobada a pesar de existir algún tipo de incompatibilidad.

Con independencia de su jerarquía normativa, lo definitivo es que la UKHRA ha representado una gran transformación para el sistema constitucional del

---

53 Para un estudio detallado de este sistema de control de constitucionalidad, cfr. WADHAM, JOHN; MOUNTFIELD, HELEN; PROCHASKA, ELIZABETH y DESAI, RAJ. *Blackstones's Guide to The Human Rights Act 1998*. 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 57-74 y DAVIS, FERGAL. "Parliamentary supremacy and the re-invigoration of institutional dialogue in the UK". *Parliamentary Affairs*, vol. 67, n.º 1, 2014, pp. 137-150.

54 Existe un amplio debate sobre la jerarquía de la *Human Rights Act*, su posición y función dentro del ordenamiento jurídico. Sobre ese debate, véase HICKMAN, TOM. *Public Law after the Human Rights Act*. Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 24-49. Una posición que describe a la *Human Rights Act* como un texto de tipo constitucional en EWING. "The Human Rights Act", cit., pp. 79-99. En contra de quienes afirman que la *Human Rights Act* es una ley con supremacía sobre los demás actos del legislador, cfr. BELLAMY. "Political constitutionalism", cit., pp. 86-111.

55 SCHYFF, GERHARD VAN DER. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*. Springer, Heidelberg, 2010, p. 21.

Reino Unido. Algunos autores consideran que se trata de "una transferencia sin precedentes de poder del Gobierno y del Parlamento a la judicatura"[56] que puede ser comparada, incluso, con el *Bill of Rights* de 1688[57].

Desde el punto de vista sustancial, la UKHRA incorporó dentro del Reino Unido los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[58]. Como se verá a continuación, la UKHRA establece un mecanismo de control judicial dentro de un sistema que privilegia el principio de supremacía parlamentaria. Por esa razón, no se confiere a los jueces el poder de inaplicar o invalidar una ley sino de interpretarla y declarar su incompatibilidad con los derechos establecidos en la UKHRA, pero siempre con la garantía de que el Parlamento tendrá la última palabra sobre la materia[59].

En primer lugar, la UKHRA establece la competencia y la obligación de los jueces de interpretar la legislación –hasta donde sea posible– de conformidad o de manera compatible con el contenido de los derechos establecidos en la UKHRA[60]. Con el fin de cumplir con esa obligación, la UKHRA dispone que los jueces deben tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en todos los casos relacionados con los derechos establecidos en la UKHRA[61]. Se trata del denominado poder interpretativo que también tienen los jueces de Nueva Zelanda y que, en la práctica, los tribunales del Reino Unido han usado "con notable entusiasmo"[62] para modificar la interpretación de normas con alto grado de ambigüedad[63].

---

56 EWING. "The Human Rights Act", cit., p. 79.

57 Ibíd., p. 79.

58 La UKHRA no fue un acto de ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque el Reino Unido era parte del Convenio desde el año 1951. Por otra parte, la UKHRA no incluyó los artículos 1 y 13 del Convenio. Sobre las razones de esta omisión, cfr. ibíd., p. 85.

59 KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1014.

60 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 3.1.

61 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 2.1. Se discute si los jueces del Reino Unido deben tomar en cuenta toda la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre un determinado derecho o solo aquellas decisiones proferidas como resultado de los procesos en los cuales el Reino Unido fue parte. Cfr. BELLAMY. "Political constitutionalism", cit., p. 97.

62 ELLIOTT, MARK. "United Kingdom: parliamentary sovereignty under pressure". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n.º 3, 2004, p. 552.

63 KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1016. El ejemplo que cita la mayor parte de la doctrina es el caso *Ghaidan v. Mendoza* (2004). El caso se refería a los derechos de las parejas del mismo sexo en el contexto de los contratos de arrendamiento. La *Rent Act* de 1977 establecía que el cónyuge supérstite del arrendatario tenía derecho a subrogarse en la posición de su cónyuge (*spouse*). Previamente, en el caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd* (2001), se había

En segundo lugar, la UKHRA también incorpora un poder declarativo porque faculta (no obliga) a algunos tribunales superiores[64] para emitir declaraciones de incompatibilidad de una ley cuando no han podido hacer una interpretación conforme o compatible de esa ley con los derechos establecidos en la UKHRA[65].

Existe una conexión directa entre el poder interpretativo y el poder declarativo porque, cuando es posible ejercer el primero, los tribunales no pueden ejercer el segundo, y solo cuando no pueden ejercer el primero, los tribunales pueden ejercer el segundo. En estos casos, los tribunales emiten un acto formal que se denomina *declaración de incompatibilidad*, en el que señalan expresamente que la ley no puede ser interpretada de conformidad con la UKHRA y que, además, esta contradice el contenido de los derechos establecidos en la UKHRA[66].

El sistema es débil porque la declaración de incompatibilidad no afecta ni la validez, ni la aplicación de la ley. En consecuencia, todos los jueces deben continuar aplicando la ley. Este deber incluye al tribunal que ha formulado la declaración de incompatibilidad al resolver el caso en el cual se detectó la incompatibilidad. Del mismo modo, los ciudadanos que son parte del proceso en el que se formula la declaración de incompatibilidad y los demás destinatarios de esa norma deben cumplir con el contenido normativo declarado incompatible con la UKHRA[67].

En ese sentido, en el sistema del Reino Unido también se presenta la paradoja a la que se hizo referencia en el caso de Nueva Zelanda. En muchas ocasiones, la voz de los jueces tiene más potencia cuando ejercitan el poder declarativo que cuando realizan una declaración de incompatibilidad. Por esa

---

establecido que la expresión cónyuge debía interpretarse como el marido difunto o la esposa difunta. Esta definición tenía una clara connotación de género que excluía a las parejas del mismo sexo. En el año 2004, la Cámara de los Lores declaró que, de acuerdo con el artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la exclusión de las parejas del mismo sexo de esa protección al arrendatario era discriminatoria y, por esa razón, la extendió a las parejas del mismo sexo. Este tipo de casos ha abierto un debate sobre la diferencia entre el poder interpretativo conferido a los jueces y el poder de reformar las leyes que se reserva al legislador. Cfr. BELLAMY. "Political constitutionalism", cit., pp. 106-110.

64 "*The power to grant a declaration of incompatibility is limited to the higher courts: the House of Lords, the Privy Council, and the Courts-Martial Appeal Court. In England and Wales the power may also be exercised by the Court of Appeal and the High Court; and in Scotland by the Court of Session or the High Court of Justiciary*". EWING. "The Human Rights Act", cit., p. 88.

65 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 4.2.

66 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 4.5.

67 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 4.6.

razón, en el Reino Unido los abogados prefieren que los tribunales les confieran la razón en un caso mediante una interpretación conforme que mediante una declaración de incompatibilidad[68].

En tercer lugar, frente a una declaración de incompatibilidad, el Gobierno tiene la posibilidad de presentar un proyecto de modificación de la ley ante el Parlamento. En este caso, el legislador asume la competencia definitiva para decidir sobre la derogación o modificación de la ley; lo cual puede hacer mediante un procedimiento legislativo expedito[69]. En casos de urgencia, la UKHRA también permite que el Gobierno conteste a la declaración de incompatibilidad mediante una orden ministerial que haga compatible la ley con la UKHRA. Sin embargo, la orden ministerial debe ser ratificada por el Parlamento[70].

Todas las anteriores reacciones a la declaración de incompatibilidad son discrecionales por parte del Gobierno y del Parlamento. El primero no está obligado a presentar la propuesta de reforma y, en caso de que lo haga, el segundo puede decidir no tramitarla, votarla negativamente o no ratificarla[71]. En consecuencia, una declaración de incompatibilidad no es más que "una señal para el Gobierno y para el Parlamento en el sentido de que deberían reconsiderar una determinada legislación a la luz de la declaración, sin que estén obligados a hacerlo"[72].

---

68 KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1024.

69 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 10. Las condiciones concretas de este procedimiento se pueden consultar en SCHYFF. *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 186.

70 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 28.

71 Desde el momento en que entró en vigencia la UKHRA, el 2 de octubre del año 2000, y hasta el 31 de julio de 2016, en el Reino Unido se habían emitido 34 declaraciones de incompatibilidad. De estas, 22 se pueden considerar total o parcialmente definitivas. Otras 8 fueron anuladas en apelación y 4 fueron apeladas, pero no se había emitido una decisión definitiva. De las 22 declaraciones de incompatibilidad definitivas, 13 fueron superadas mediante legislación primaria o secundaria, 3 fueron objeto de las medidas previstas en el artículo 10 de la *UKHRA*, 4 eran relativas a disposiciones que ya habían sido modificadas al momento de la emisión de la declaración de incompatibilidad, una está en proceso de superación mediante la corrección de la incompatibilidad y una se encuentra bajo análisis para encontrar la forma de superar la incompatibilidad. Esta información estadística, una lista detallada de cada una de las declaraciones de incompatibilidad y un resumen de cada caso se puede consultar en Ministry of Justice. *Responding to Human Rights Judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government Response to Human Rights Judgments 2014-16*, London, 2016, pp. 45-62, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/570754/responding-to-human-rights-judgments-2014-to-2016-print.pdf (Consultado: 15.06.2017).

72 SCHYFF. *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 20.

La coincidencia de los derechos establecidos en la UKHRA con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos[73] permite que la inacción del Gobierno o del Parlamento frente a una declaración de incompatibilidad sea objeto de una reacción política a nivel interno y de una reacción jurídica a nivel internacional[74].

En primer lugar, la inacción del Gobierno y del Parlamento significa que las autoridades nacionales son pasivas frente a una norma interna que es contraria a la UKHRA y, por ende, al Convenio Europeo. En consecuencia, se espera que los partidos políticos dentro del Parlamento y la sociedad civil deliberen profundamente sobre los objetivos sociales que justifican mantener esa incompatibilidad. La fuerza de la opinión pública ante una declaración de incompatibilidad es determinante para conferir un mayor o menor grado de potencia a la voz de los jueces dentro del sistema democrático.

En segundo lugar, los efectos de la aplicación de una ley que ha sido declarada incompatible con la UKHRA pueden ser remediados individualmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, los individuos afectados pueden acudir directamente al Tribunal de Estrasburgo mediante el procedimiento de denuncias individuales[75]. En estos casos, el principio de subsidiariedad del sistema internacional de protección de los derechos humanos se satisface plenamente cuando los tribunales nacionales de la mayor jerarquía declaran la incompatibilidad de una ley con la UKHRA, pero sin el poder necesario para evitar su aplicación en los casos concretos. Si el Gobierno y el Parlamento rehúsan eliminar esa incompatibilidad, no hay ningún otro recurso judicial interno que los individuos deban agotar antes de solicitar la protección de sus derechos en el marco del sistema creado por el Consejo de Europa.

---

73 "*The Human Rights Act simply made most of the convention's rights enforceable as a matter of domestic rather than international law. Instead of losing in the British courts and then winning in the Strasbourg Court, a litigant could now 'win' in the British courts*". TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 29. La coincidencia de los derechos establecidos en la UKHRA y los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos también ha generado un debate (teórico) sobre si los derechos establecidos en la UKHRA son derechos reconocidos por el derecho interno o son derechos humanos internacionales con efectos en el ámbito interno. Cfr. GARDBAUM. *The New Commonwealth Model*, cit., p. 160.

74 También puede existir una consecuencia interna de orden jurídico que consiste en la indemnización de perjuicios derivados de los actos de las autoridades públicas. Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 8.

75 El procedimiento de denuncias individuales fue aceptado por el Reino Unido desde el año 1966.

Es razonable pensar que, en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principal argumento del demandante contra el Estado consista en afirmar que las más altas autoridades judiciales nacionales ya han señalado que la ley que le fue aplicada es contraria al Convenio Europeo. En ese caso, como afirma Tushnet, los jueces de Estrasburgo pueden pensar:

> 'Si los jueces británicos han considerado que su Gobierno ha violado el Convenio, ¿quiénes somos nosotros para discrepar de ellos? Desde luego, no estaremos en muchos problemas (*get into hot water*) en el Reino Unido si seguimos sosteniendo precisamente aquello que los jueces del Reino Unido ya han dicho'[76].

Del mismo modo, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Estado tendrá muchas dificultades para aducir en su defensa la jurisprudencia sobre el margen de apreciación nacional, porque las autoridades judiciales nacionales ya han considerado que la ley es contraria a la UKHRA. Con base en estos elementos, de nuevo Tushnet señala con claridad que, mientras que a nivel interno la declaración de incompatibilidad es solo un acto declarativo (un pedazo de papel), a nivel internacional puede constituir el argumento central para obtener la reparación de los derechos vulnerados por la legislación interna[77].

Desde luego, no es absolutamente seguro que el Tribunal Europeo siga plenamente la decisión de los tribunales internos, porque su interpretación se puede distanciar de la interpretación del Convenio que han realizado los jueces nacionales. No obstante, existen más razones para pensar que el tribunal internacional confirmará y profundizará la decisión de incompatibilidad, en virtud de su mayor grado de independencia y de la menor presión de la cual es objeto, en comparación con la presión que soportan los jueces internos por parte del Gobierno y del Parlamento.

En la sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede ordenar que el Estado adopte algunas medidas concretas de reparación para la persona afectada por la aplicación de la ley y hará evidente que el Estado debe modificar su ordenamiento para cumplir plenamente con sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos[78]. Sin embargo, la

---

76 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 30.

77 Ibíd., p. 30.

78 KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1024.

satisfacción de esa última obligación internacional corresponde a las autoridades internas y estas pueden tardar mucho en adecuar el ordenamiento interno[79].

En síntesis, desde el punto de vista político se supone que, si la mayoría de los ciudadanos no está de acuerdo con la decisión del Parlamento de mantener vigente la ley incompatible con la UKHRA, se lo hará saber a sus representantes en las siguientes elecciones. Además, la sociedad también puede reaccionar ante las sucesivas condenas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para exigir que el Parlamento ajuste la ley con el fin de evitar indemnizaciones pecuniarias que se satisfacen con los recursos públicos[80]. Desde luego, también puede suceder que la voluntad del Gobierno, del Parlamento y de la sociedad se alineen en una defensa sólida de la ley incompatible con la UKHRA y asuman las condenas que puedan derivar de su pertenencia al Consejo de Europa y a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[81].

Incluso puede suceder que algunos sectores políticos o sociales consideren que la situación amerita que el Estado denuncie los instrumentos internacionales que han creado obligaciones contrarias a las decisiones nacionales. En esta

---

79 El Reino Unido se ha negado a adaptar su ordenamiento interno con el fin de eliminar la prohibición general de voto a las personas privadas de la libertad establecida desde la *Representation of the People Act* de 1983. Solo se han introducido algunas excepciones mediante la *Representation of the People Act* de 2000 que eliminó la prohibición de voto para quienes han sido declarados responsables por desacato a los tribunales o quienes tienen una sanción que no implica custodia. La privación general del derecho al voto ha sido declarada como incompatible con el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a elecciones libres). La incompatibilidad se ha mantenido por un periodo que ya supera los diez años desde el pronunciamiento unánime de la sala y mayoritario (12 contra 5) de la gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Hirst (n.º 2) v. The United Kingdom*, n.º 74025/01, sentencia de 30 de marzo de 2004; *Asunto Hirst (n.º 2) v. The United Kingdom*, n.º 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005 y *Asunto Greens and M.T. v. The United Kingdom*, n.º 60041/08, sentencia de 23 de noviembre de 2010. Sobre el tema, véase BELLAMY. "The democratic legitimacy", cit., pp. 243-271.

80 Esta forma de presión no opera cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la violación de un derecho causada por la incompatibilidad de la ley nacional con el Convenio Europeo pero el Tribunal no ordena en la sentencia ningún tipo de compensación a la víctima diferente a los propios gastos en que esta incurrió para su propia representación ante el Tribunal. Así sucedió en el caso *Hirst (n.º 2)* y en otros casos sobre la misma materia. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Firth and Others v. The United Kingdom*, n.º 47784/09, sentencia de 12 de agosto de 2014.

81 Esta puede ser una de las razones por las cuales el Reino Unido no ha eliminado la prohibición general de voto para las personas privadas de la libertad. Cfr. KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1026.

hipótesis extrema, el Reino Unido podría denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sustraerse de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde luego, esa decisión también implicaría que el Reino Unido dejaría de ser miembro del Consejo de Europa.

Por otra parte, así como en Nueva Zelanda se implementaron mecanismos no judiciales de revisión de la compatibilidad de un proyecto de ley con los derechos del NZBORA, en el Reino Unido también existe una disposición de la UKHRA que impone la obligación de que el Gobierno manifieste públicamente y por escrito que un proyecto de ley que se encuentra bajo estudio del Parlamento es compatible con los derechos establecidos en la UKHRA. Si el Gobierno no puede hacer la declaración de compatibilidad, debe manifestar expresamente la intención del ejecutivo de que el Parlamento continúe con el procedimiento legislativo con el fin de aprobar esa propuesta de ley[82].

También se creó un Comité de Derechos Humanos que tiene la función de informar al Parlamento sobre la incompatibilidad de un proyecto de ley con los derechos de la UKHRA. El Comité emite su dictamen con base en los conceptos del Gobierno, la sociedad civil y de juristas especializados[83].

El análisis de la forma como ha operado la UKHRA desde su entrada en vigor ha permitido concluir que uno de sus efectos más importantes no tiene relación con la creación de un sistema de control de constitucionalidad débil sino con la generación de una cultura de protección de los derechos humanos[84]. Dentro de esa visión, se mantiene que la UKHRA implementó todos los mecanismos necesarios para que los derechos sean el centro del razonamiento del Gobierno, el Parlamento y los jueces[85].

Como se puede inferir de los dos esquemas descritos hasta el momento, la debilidad de los mismos radica en el hecho de que, en el sistema de mandatos interpretativos de Nueva Zelanda y en el de las declaraciones de incompatibilidad del Reino Unido, la intervención del juez solo tiene por objeto identificar un error del legislador e informarle de ese error a las autoridades. Sin embargo, el juez nacional no puede tomar medidas definitivas para remediar ese error

---

82 Cfr. *Human Rights Act 1998*, secc. 19.

83 BELLAMY. "Political constitutionalism", cit., p. 99.

84 HICKMAN. *Public Law*, cit., p. 23.

85 WADHAM, MOUNTFIELD et al. *Blackstones's Guide*, cit., pp. 12-16.

directamente sin la cooperación del propio legislador. En ambos sistemas, el individuo sale de los tribunales nacionales "con sus derechos aún vulnerados"[86].

Aun así, dentro de los modelos débiles de control de constitucionalidad, el sistema del Reino Unido se ubica entre la debilidad más extrema que representa el sistema de mandatos interpretativos de Nueva Zelanda y el esquema más fuerte –dentro de los débiles– que se ha implementado en Canadá mediante la cláusula '*no obstante*'.

1.4.3. Canadá: la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y el modelo dialágico mediante la cláusula '*no obstante*'

El tercer modelo de reacciones democráticas a las decisiones judiciales se ha implementado en Canadá. Se trata del diseño institucional del modelo débil de control de constitucionalidad que cronológicamente antecedió a todos los demás y, al mismo tiempo, del más fuerte entre los modelos débiles de control de constitucionalidad.

El origen del modelo es la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (CCORF) de 1982. Dentro del ordenamiento jurídico canadiense, la CCORF tiene una jerarquía superior a las demás leyes aprobadas por el Parlamento. En consecuencia, esta no puede ser reformada o modificada por el mismo procedimiento de aprobación de las leyes ordinarias. Se trata de una diferencia relevante entre el modelo canadiense y los sistemas descritos previamente de Nueva Zelanda y el Reino Unido.

Como se verá a continuación, el modelo canadiense es el más fuerte dentro de los sistemas débiles de control de constitucionalidad porque es el único de los tres que establece un sistema de garantía judicial mediante la competencia de los tribunales para inaplicar las leyes contrarias a los derechos establecidos en la propia CCORF[87]. En comparación con los mandatos interpretativos y las declaraciones de incompatibilidad, este poder de los tribunales induce a ubicar al modelo canadiense dentro de los sistemas fuertes de control de constitucionalidad.

Sin embargo, el sistema de Canadá es de tipo débil porque allí se estableció un mecanismo para que el legislador recupere la última palabra dentro

---

86 Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 29.

87 Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., p. 101.

del sistema jurídico. Este instrumento se encuentra en el artículo 33.1 de la CCORF en el que se incluyó la denominada cláusula '*no obstante*'. Por medio de esta cláusula, el legislador (Parlamento nacional o provincial) puede proteger una ley contra las decisiones judiciales de inconstitucionalidad mediante la aprobación de una salvaguarda que mantiene vigente la ley '*no obstante*' que esta puede colisionar con el contenido protegido por los derechos establecidos en la Carta[88].

Como se indicará más adelante, la esencia del sistema era que el legislador pudiera recuperar la última palabra sobre la interpretación de los derechos establecidos en la Carta cuando había un pronunciamiento previo del tribunal. Sin embargo, el mecanismo se ha utilizado de manera preventiva para que el legislador nunca pierda la última palabra dentro del sistema constitucional. De esta manera, los jueces quedan excluidos de la conversación institucional sobre la interpretación de la ley y sobre la interpretación de los derechos establecidos en la CCORF.

La aprobación de la salvaguarda se hace mediante mayoría simple y está sujeta a un límite sustancial y a un límite temporal. En primer lugar, existen algunos derechos cuya violación por parte de una ley no admite la utilización de la cláusula '*no obstante*' (límite sustancial). En efecto, la cláusula solo puede ser utilizada si la ley es contraria a los derechos establecidos en los artículos 2 y 7 a 15 de la CCORF[89]. En consecuencia, si la ley afecta los derechos establecidos en las demás secciones[90], el Parlamento debe aceptar la decisión judicial y no puede utilizar la salvaguarda del artículo 33 con el fin de mantener vigente la ley.

En segundo lugar, la aplicación de la cláusula '*no obstante*' tiene un límite de tipo temporal. En concreto, el Parlamento solo puede conferir protección a la ley por periodos de hasta cinco años[91], los cuales pueden ser renovados indefinidamente por el propio legislador mediante una decisión que requiere

---

88 Cfr. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, secc. 33.1.

89 Dentro de esas disposiciones se encuentran establecidos los siguientes derechos: libertad de consciencia y religión; libertad de pensamiento y expresión; libertad de reunión y de asociación; vida, libertad y seguridad personal; intimidad y privacidad; prohibición de detención o encarcelamiento arbitrarios; *habeas corpus* y garantías de la detención; garantías judiciales y debido proceso; prohibición de penas crueles e inhumanas; derecho a conocer las pruebas en su contra; derecho a un traductor o intérprete en los procedimientos judiciales; e igualdad y no discriminación.

90 En las demás secciones se encuentran establecidos los siguientes derechos: derechos políticos a elegir y ser elegido; libertad de circulación y residencia, y los derechos lingüísticos.

91 Cfr. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, secc. 33.3.

de la aprobación por mayoría simple[92]. Este límite temporal de cinco años está vinculado a la duración del mandato de los legisladores para que ocurran las elecciones parlamentarias antes de que se cumpla el tiempo de salvaguarda.

Con este límite temporal se logran dos efectos. Por una parte, se garantiza que la conformación del Parlamento que renueva la salvaguarda será, al menos parcialmente, diferente de la que existía cuando se aprobó la primera aplicación de la cláusula '*no obstante*'. Esto implica un nuevo debate sobre la conveniencia de mantener vigente la ley contraria a la CCORF, la importancia de los objetivos sociales o políticos que justificaron el uso de la salvaguarda y, lo más importante, unas nuevas mayorías en la votación.

Por otra parte, el periodo de cinco años también garantiza que los ciudadanos pueden respaldar o castigar a los miembros del Parlamento que han invocado la cláusula por primera vez. En concreto, se espera que el uso de la salvaguarda forme parte del debate electoral y que la ciudadanía favorable a la ley reelija a los miembros del Parlamento que introdujeron la cláusula '*no obstante*'. También existe la expectativa de que los ciudadanos contrarios al contenido de la ley o al uso de la cláusula '*no obstante*' voten por quienes se manifiesten a favor de derogar la ley o de no renovar la salvaguarda.

Es importante señalar que la cláusula '*no obstante*' no ha sido utilizada a nivel federal. Esta solo ha sido invocada por las legislaturas provinciales[93]. Además, su uso se ha limitado a blindar una ley antes de que se produzca cualquier decisión judicial. La cláusula ha sido aplicada en 17 oportunidades por las legislaturas provinciales –especialmente Quebec–, y de ellas solo una lo ha sido con posterioridad a la decisión judicial[94].

Además, en contra de lo que se esperaba, el uso de la cláusula no ha generado amplia deliberación pública, salvo en algunos casos relacionados con conflictos por el uso exclusivo del idioma francés en la publicidad comercial, sobre las leyes que imponen la suspensión de una huelga y obligan a dirimir el conflicto por la vía arbitral (*back to work*) y en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo. En general, se ha destacado un uso prevalentemente conservador de la cláusula '*no obstante*'[95].

---

92 Cfr. ibíd., secc. 33.4.

93 FRASER, CATHERINE. "Constitutional dialogues between courts and legislatures: can we talk?". *Forum Constitutionnel*, vol. 14, n.º 3, 2005, pp. 10-11.

94 GARDBAUM. *The New Commonwealth*, cit., p. 110.

95 GREENE, IAN. *The Charter of Rights and Freedoms*. James Lorimer and Company, Toronto, 2015, pp. 78-79.

Aun así, el diseño institucional de Canadá ha sido calificado como un paradigma del control de constitucionalidad dialógico porque fomenta una especie de diálogo institucional entre los jueces y el legislador[96]. Sin embargo, se ha criticado esa connotación dialógica en virtud de que se ha permitido que el Parlamento utilice la salvaguarda de la cláusula '*no obstante*' antes de la decisión judicial. Eso quiere decir que el Parlamento puede blindar una ley frente a una potencial y futura declaración de inconstitucionalidad.

Cuando esto sucede, el elemento dialógico se pierde porque la idea esencial de la cláusula '*no obstante*' es que el Parlamento conteste a una decisión judicial de inconstitucionalidad mediante la reforma de la ley o la protección de la misma. Por el contrario, cuando el Parlamento blinda la ley antes de la decisión judicial, se niega a iniciar cualquier tipo de diálogo con el poder judicial.

Del mismo modo, el uso previo de la cláusula '*no obstante*' sugiere que el modelo canadiense no es el más fuerte dentro de los modelos débiles, porque en Canadá el legislador tiene el poder de desplazar a los tribunales de la discusión constitucional, incluso antes de que la discusión haya comenzado. El uso preventivo de la cláusula trasladaría al modelo de Canadá a la posición del más débil dentro de los débiles.

Para esta visión, el modelo más fuerte dentro de los débiles es el del Reino Unido porque los altos tribunales de ese país pueden intervenir siempre en la discusión constitucional y su voz tiene un efecto institucional al abrir la puerta para una vía rápida de cambio legislativo con el fin de adecuar la ley a la UKHRA[97]. Además, el Parlamento del Reino Unido ha mostrado un respeto mayoritariamente favorable a las decisiones de sus tribunales, con lo cual se aumenta la fortaleza práctica de ese modelo débil de control de constitucionalidad[98].

---

96 "*Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which Charter values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded*". HOGG, PETER y BUSHELL, ALLISON. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 1999, pp. 79 y 80.

97 Sobre este enfrentamiento por el premio al más débil y al más fuerte dentro de los sistemas débiles de justicia constitucional, cfr. BELLAMY. "Political constitutionalism", cit., p. 101.

98 Esta es la tesis central de KAVANAGH. "What's so weak", cit., pp. 1028-1030.

De manera más general, los modelos débiles de control de constitucionalidad son menos débiles de lo que parece porque los parlamentos son más favorables a las interpretaciones de los tribunales de lo que el contexto del diseño institucional sugiere. Por ejemplo, Dixon señala que entre 1990 y 2005 se produjeron 13 mandatos interpretativos en Nueva Zelanda, y solo en uno de esos casos el Parlamento intentó dejar sin efectos la interpretación judicial. Del mismo modo, en el Reino Unido, entre 1999 y 2004, hubo 18 casos de declaración de incompatibilidad. El Parlamento solo se opuso a la interpretación de los tribunales en tres casos, mientras que en los demás intentó implementar la interpretación de los tribunales[99].

1.5. Reacciones tecnocráticas a las decisiones judiciales

El segundo tipo de instrumentos del constitucionalismo débil, denominado "reacciones tecnocráticas", está conformado por aquellas respuestas que satisfacen dos características. Por una parte, se trata de resistencias que no provienen del legislador sino del poder ejecutivo, y por otra, no tienen como objetivo mantener vigente la decisión adoptada por el órgano deliberativo en virtud de las mayores credenciales democráticas de este, sino que procuran la prevalencia de los argumentos de técnica económica del Gobierno.

Como se puede inferir, las reacciones tecnocráticas no solo provienen del Gobierno, sino que tienen un propósito determinado que está directamente conectado con el tipo de argumentos que se oponen a la decisión judicial. Esta aclaración es muy importante porque muchas de las reacciones democráticas se generan por la acción conjunta del Gobierno con el Parlamento. De manera que la diferencia entre las reacciones democráticas y las reacciones tecnocráticas también incluye un elemento que cualifica el tipo de razones que respaldan la reacción.

Un buen ejemplo del tipo de reacciones tecnocráticas es el diseño original del *incidente de impacto fiscal* que se estableció en Colombia mediante la reforma constitucional del año 2011. Esta reforma constitucionalizó el criterio de sostenibilidad fiscal como elemento orientador de la política económica del Estado[100]. El *incidente de impacto fiscal* fue incluido en el artículo 334 de

---

99 Dixon. "Weak-form judicial review", cit., pp. 493 y 494.

100 Cfr. Acto Legislativo 3 de 2011.

la Constitución y su procedimiento fue posteriormente regulado por la Ley 1695 de 2013.

A pesar de denominarse *incidente*, se trata de un recurso en contra de las decisiones judiciales finales de los tribunales colombianos de última instancia. Este recurso puede ser interpuesto por el procurador general o por cualquiera de los ministros del Gobierno, siempre que estos consideren que la decisión judicial altera la sostenibilidad fiscal[101].

La presentación del *incidente* implica que el procurador general o el ministro asumen la obligación de justificar el impacto en las finanzas públicas que se deriva del cumplimiento de la decisión judicial. Además, se debe presentar un plan de cumplimiento concreto de las órdenes judiciales que sea compatible con la sostenibilidad fiscal[102]. El recurso es de trámite obligatorio e incorporó un escenario deliberativo, que se denominó "audiencia de impacto fiscal", para que el tribunal escuche al solicitante, al ministro de hacienda y a quienes fueron parte del proceso inicial[103].

La decisión del recurso le corresponde a la sala plena del tribunal que profirió la sentencia. Los jueces pueden moderar o diferir los efectos de su decisión para ajustarlos al criterio de sostenibilidad fiscal, pero no pueden modificar el sentido de la decisión[104]. Esta última disposición conduce a pensar que el diseño de esta reacción tecnocrática ha conferido la última palabra al propio poder judicial. Sin embargo, la misma Ley 1695 de 2013 estableció, por una parte, un recurso de insistencia contra la decisión que niega el incidente de impacto fiscal[105], y por otra, que cualquiera que fuera la decisión del tribunal, este debía tener en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno[106].

En síntesis, el esquema diseñado originalmente para el *incidente de impacto fiscal* era el siguiente: los tribunales de última instancia del país resolvían un caso después de que este había agotado todas las instancias ordinarias. Sin embargo, la decisión no podía ser considerada como final porque el procurador o el Gobierno tenían la oportunidad de presentar un *incidente de impacto fiscal*. Si, después de analizados los argumentos del incidente, el tribunal negaba

---

101 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 2º.
102 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 6º.
103 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 11.
104 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 12.
105 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 13.
106 Cfr. Ley 1695 de 2013, art. 14.

la procedencia del mismo, los peticionarios podían presentar un recurso de insistencia. Si el tribunal negaba el recurso de insistencia, el tribunal todavía debía tener en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno.

Como se puede inferir, el *incidente de impacto fiscal* original era un mecanismo que aparentemente permitía que los jueces tuvieran la última palabra, pero les obligaba a observar las pautas establecidas por el Gobierno o el ministerio público. Se trataba de un desplazamiento del poder de decisión judicial a favor de otras autoridades con base en argumentos de tipo técnico o financiero. Este desplazamiento sustancial de la esfera de decisión final era todavía más claro en tanto que el *incidente de impacto fiscal* se interponía contra las decisiones judiciales proferidas por los tribunales de cierre del ordenamiento colombiano. Cualquiera que fuera la decisión del tribunal, la voz del Gobierno estaba dotada de una fuerza vinculante especial. Como se ha señalado en otro lugar, este mecanismo implicaba:

> … un privilegio de la posición de los miembros del ejecutivo en relación con la eficacia de las decisiones judiciales y crea un sistema de reacción, de trámite obligatorio, en el que se discuten exclusivamente los argumentos técnicos que discrecionalmente proponen los ministros o el procurador general[107].

Este diseño original del incidente de impacto fiscal fue objeto de una acción pública de constitucionalidad. Como consecuencia de ese ejercicio ciudadano, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-870 de 2014. En esta decisión, el tribunal declaró inconstitucionales algunas de las disposiciones de la Ley 1695 de 2013 y emitió algunas declaraciones interpretativas respecto del contenido normativo de esa misma ley. El objetivo de la Corte fue hacer compatible el *incidente de impacto fiscal* con el sistema interno de protección de los derechos constitucionales.

En concreto, la Corte Constitucional de Colombia estableció que la Ley 1695 de 2013 había regulado materias que estaban sujetas a la reserva de ley estatutaria porque había modificado aspectos procedimentales del mecanismo de tutela. Con base en ese argumento, el tribunal declaró inconstitucional el parágrafo del artículo segundo que permitía la procedencia del *incidente de impacto fiscal* contra las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional.

---

107 Roa Roa. "El incidente de impacto fiscal", cit., p. 6.

Además, el tribunal utilizó la figura de la unidad normativa para condicionar la validez de todas las demás disposiciones de la Ley 1695 de 2013 que se referían al procedimiento de acción de tutela y a la revisión de esas sentencias por parte de la Corte Constitucional. Sobre cada una de esas disposiciones, la Corte procedió a declarar la:

> … exequibilidad condicionada, en el entendido de que las mismas no aplican en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela. Lo anterior, como ya se ha dicho, con miras a salvaguardar la reserva de ley estatutaria, frente a un procedimiento que tiene la virtualidad de alterar la operatividad de las órdenes de amparo, pues de no realizarse ningún pronunciamiento sobre ellas, en la medida en que consagran sin distinción alguna reglas de competencia y de decisión, podría darse a entender que es posible promover el incidente de impacto fiscal respecto de las providencias adoptadas por esta Corporación, en sede de control concreto de constitucionalidad[108].

A partir de esa intervención de la Corte Constitucional, el *incidente de impacto fiscal* no puede ser interpuesto en contra de las decisiones que se producen como resultado de los procesos de tutela o amparo porque eso implica debilitar excesivamente el sistema interno de protección de los derechos constitucionales. Con esta decisión, el tribunal ha recuperado la última palabra en materia de protección de los derechos fundamentales; sin perjuicio de que haya admitido los recursos de nulidad contra las sentencias de tutela cuando uno de los argumentos del recurrente es el impacto fiscal que puede ocasionar el cumplimiento de las órdenes de amparo[109].

Sobre este punto específico, la Corte Constitucional estableció que la obligación de los jueces de tener en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno había sido concebida por el legislador como una manera de que la decisión judicial se cumpliera siempre de acuerdo con los parámetros fijados por el poder ejecutivo. Para el tribunal, en esos términos la obligación constituía una violación de la independencia judicial y del principio de separación de poderes. En consecuencia, de todas las interpretaciones posibles de esa disposición, el tribunal estableció que debía excluirse aquella que consideraba que el plan de cumplimiento vinculaba al tribunal. Por el contrario, la Corte señaló que esa disposición solo era constitucionalmente válida "en el

---

108 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870 de 2014, fundamento jurídico 3.1.5.7.9.

109 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017.

entendido de que dicho plan no es de obligatoria observancia, ni acatamiento por parte del fallador"[110].

En síntesis, con esta decisión, la Corte también recuperó la perspectiva dialógica y deliberativa de este mecanismo al considerar que su existencia no es del todo contraria al sistema constitucional colombiano porque en este se promueve el diálogo institucional, la colaboración entre los diferentes poderes públicos y las prácticas deliberativas[111]. Como se sostendrá al final de este capítulo, la moderación del alcance del *incidente de impacto fiscal* es compatible con una visión del sistema de justicia constitucional del tipo fuerte que deja un espacio para mecanismos propios de la justicia constitucional débil. Este margen de implementación de algunas vías de diálogo institucional, en cualquier caso, siempre tendrá como límite la integridad del sistema de protección de los derechos fundamentales.

Por último, antes de finalizar la descripción de las reacciones democráticas o tecnocráticas frente a las decisiones judiciales resulta imperativo advertir que existen reacciones del legislador o del Gobierno que quedan absolutamente fuera de la idea de un modelo de constitucionalismo débil y dialógico porque se aproximan a modelos de constitucionalismo autoritario. En ese sentido, cuando se hace referencia a las reacciones democráticas o tecnocráticas al control de constitucionalidad que tienen el propósito de que el legislador o el ejecutivo se queden con la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, no deben incluirse –de ninguna manera– los actos de los demás poderes del Estado con el fin de cooptar al tribunal, restar su independencia o eliminarlo del diseño institucional (*i.e.*, Hungría, Polonia, Turquía, Venezuela, entre otros).

Por esa razón, medidas como el inicio de juicios de responsabilidad (*impeachment*) injustificados, el cambio en el número de miembros del tribunal, la modificación de las normas que rigen sus procedimientos o la sustitución abrupta de sus integrantes no corresponden al sistema débil de constitucionalismo. Por el contrario, estas constituyen manifestaciones de constitucionalismo abusivo o autoritario. La visión dialógica que defiende el constitucionalismo débil se basa en un propósito deliberativo sobre la construcción de la mejor interpretación de la Constitución a través de la participación de la mayor cantidad de voces posible; mientras que las reacciones mencionadas previamente

---

110 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870 de 2014, fundamento jurídico 3.3.5.4.3.

111 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870 de 2014, fundamento jurídico 3.1.5.4.2.

solo indican una disputa de poder entre el Parlamento o el Gobierno y los tribunales. Esa tensión se desarrolla fuera de los límites propios del sistema democrático y tiene el potencial de eliminar de la conversación a una de esas voces mediante la negación o instrumentalización de las herramientas propias del constitucionalismo liberal.

1.6. Modelos débiles y fuertes de constitucionalismo y el núcleo del argumento contra el *judicial review*

Como se indicó con anterioridad, la nueva tipología de la justicia constitucional también incorpora una manera diferente de afrontar el análisis sobre el grado de legitimidad democrática de la justicia constitucional. Una de las características esenciales de este giro en el debate es la existencia de una marcada tendencia a bendecir democráticamente a los modelos débiles de justicia constitucional y castigar democráticamente a los sistemas fuertes de justicia constitucional. Otro aspecto esencial de ese cambio es la idea según la cual las democracias *core of the case* también requieren de sistemas de control de constitucionalidad, aun cuando estos sean del tipo débil.

En relación con la transformación del debate en torno a la compatibilidad del control de constitucionalidad con la democracia y la nueva tipología de la justicia constitucional, el surgimiento de estos nuevos diseños institucionales ha permitido que se defienda al control de constitucionalidad sin que eso implique, necesariamente, una defensa de la supremacía judicial, o que se critique el control de constitucionalidad sin que ello comporte una defensa férrea y cerrada de la supremacía parlamentaria[112].

Una consecuencia importante de este cambio es que se han abierto paso nuevas posturas que defienden el control de constitucionalidad fuerte como un diseño institucional compatible con la democracia pero que, al mismo tiempo, se inclinan a favor de adoptar modelos débiles en contextos determinados. A juicio de Tushnet, esta ha sido la postura de Richard Fallon. Este último defiende que tanto la justicia constitucional fuerte como la justicia constitucional débil son compatibles con el principio democrático. Sin embargo, muestra su

---

112 Gardbaum. *The New Commonwealth*, cit., p. 48.

preferencia por el diseño que permite las reacciones democráticas a las decisiones judiciales[113].

Desde otra perspectiva, la división entre el constitucionalismo fuerte y el débil ha servido para que se realicen estudios comparados cuya pretensión es encontrar alguna conexión entre cada uno de estos dos modelos de justicia constitucional y el grado de activismo del juez constitucional. Bajo esa perspectiva, Tushnet ha señalado que distinguir entre un sistema débil y un sistema fuerte es esencial para comprender el rol del juez y su tendencia a intervenir en las decisiones políticas y económicas.

El argumento central de Tushnet es que, en un sistema de revisión judicial fuerte, el juez no solo tendrá la última palabra, sino que estará tentado a tener una interpretación más activista de la Constitución que en un sistema débil. La idea de este autor es que el juez que pertenece a un esquema fuerte sabe que su decisión será final y, en consecuencia, puede intervenir con más fuerza en áreas tradicionalmente reservadas al legislador o al Gobierno.

Por el contrario, bajo un esquema de *judicial review* débil, la tendencia del juez será a favor de una interpretación más restringida de la Constitución. ¿Por qué puede ocurrir este fenómeno? Según Tushnet, los jueces que pertenecen a los sistemas débiles también quieren tener la última palabra dentro del sistema constitucional, pero saben bien que sus decisiones pueden ser fácilmente contestadas por el legislador o por el Gobierno. Bajo esas dos premisas, la estrategia de la judicatura débil es evitar el uso de las respuestas democráticas o tecnocráticas y lograr, en la práctica, que la última palabra sea la de los jueces. Para lograr ese objetivo, los tribunales optan por realizar una interpretación minimalista de los derechos y de la Constitución que no pueda ser contestada por los demás poderes sin asumir un alto costo político[114].

Adicionalmente, la mayor parte de la literatura sobre los modelos débiles y fuertes de justicia constitucional lleva implícita una preferencia por los

---

113 "*Professor Fallon defends strong-form constitutional review defined in that way but sketches his preference for weak-form review, defined as a system of constitutional review in which it is not too difficult for democratically responsive institutions to displace judicial decisions invalidating legislation*". TUSHNET. "How different", cit., p. 65.

114 "*[W]eak-form systems differ from strong-form ones because some weak-form systems have institutions that supplement judicial review and produce a system of constitutional review that, taken as a whole, reduces the role even the most activist-minded judges can play in developing the actual restraints the constitution places on the legislature*". TUSHNET, MARK. "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries". *Wake Forest Law Review*, n.º 38, 2003, p. 814.

primeros como diseños institucionales más compatibles con la democracia. Para esa teoría –que Landau denomina estándar–, los modelos débiles de control de constitucionalidad tienen la gran ventaja de incluir muchas opciones y pocos obstáculos para que la comprensión mayoritariamente expresada por el legislador respecto de un desacuerdo dentro de la sociedad sea la que prevalezca definitivamente[115]. A esto se suma una intervención judicial supletoria que remedia algunas falencias del mecanismo legislativo de resolución de los desacuerdos, siempre dentro de los límites de sus competencias y bajo la plena vigencia del principio de separación de poderes[116].

A lo anterior se suman las aptitudes del modelo débil de justicia constitucional para dar cuenta de la perspectiva dialógica. Según Dixon, esta es una ventaja comparativa esencial del modelo débil de control de constitucionalidad frente al modelo fuerte, porque significa que el primero demuestra una mayor capacidad para promover la deliberación[117]. Sin embargo, la autora advierte que no todos los modelos débiles pueden ser considerados dialógicos. En consecuencia, es necesario un análisis concreto de cada sistema para evitar incluir dentro de los modelos débiles y dialógicos un diseño institucional que promueva una forma cualquiera de interacción entre el legislador y los tribunales[118]. En síntesis, los modelos débiles son más dialógicos que los modelos fuertes, pero

---

115 "*Weak-form constitutional review imposes only small obstacles to a democratic polity's ability to make legally effective its majority's understanding of the rights the polity's constitution protects*". TUSHNET. "How different", cit., p. 65.

116 "La perspectiva dialógica, no obstante, mantiene siempre viva la preocupación por asegurar que la intervención judicial, cuyo propósito es las falencias del quehacer legislativo, se ciña a los límites de la competencia y atribuciones del Poder Judicial en la materia, en el contexto de las inquietudes generales por la capacidad de la democracia en su conjunto para dar respuesta a la ciudadanía por medio del proceso de deliberación constitucional". DIXON, ROSALIND. "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles". En GARGARELLA (comp.). *Por una justicia dialógica*, cit., p. 77.

117 Esta era una tesis que Carlos S. Nino había sostenido previamente: "*Similarly, a wide variety of strategies are available to the judiciary when confronted with a claim implicating the unconstitutionality of a law. On many occasions, the optimal form of judicial intervention is not of an all-out invalidation of an unconstitutional statute or administrative order. Judges need not always push aside the results of the democratic process to promote measures they think are more conducive to the protection or promotion of rights. Rather, judges can, and should, adopt measures that will promote the process of public deliberation over the issue or a more careful consideration on the part of political bodies*". NINO. *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., p. 215.

118 "[A] menudo se recurre al lenguaje del diálogo para dar cuenta de otras teorías de constitucionalismo cooperativo muy distintas entre sí, que poseen concepciones por demás diversas acerca

no todos los modelos que se denominan débiles satisfacen los estándares de la perspectiva dialógica.

Finalmente, los avances de los estudios sobre los modelos débiles y fuertes de justicia constitucional han tenido un impacto en el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes que se analizó en el capítulo anterior. Se trata de una consecuencia lógica de la transformación en el debate sobre la legitimidad democrática del *judicial review*.

El propio Waldron anticipó ese cambio al excluir de sus reparos al sistema débil de revisión judicial de las leyes[119]. El impacto más fuerte tiene que ver con el hecho de que se haya desvirtuado la idea waldroniana de que una sociedad *core of the case* puede prescindir del control de constitucionalidad. En efecto, existe una posición cada vez más favorable a aceptar que este tipo de sociedades no solo no debe prescindir del control de constitucionalidad, sino que debe implementar algún esquema de *judicial review*.

En ese contexto, la concepción dialógica ha cerrado el argumento a favor del control de constitucionalidad en sociedades *core of the case*. Como se explicó en el capítulo sexto, ha sido Rosalind Dixon quien más ha enfatizado en los problemas que pueden afectar a una sociedad bien organizada en la cual el sistema político y jurídico satisfaga todas las condiciones waldronianas. Incluso en esos casos, la revisión judicial puede, por una parte, corregir los errores derivados de los puntos ciegos y de las cargas de inercia, y por otra, fomentar la deliberación entre autoridades y la deliberación pública en general. Es decir, que –en contra de lo que piensa Waldron– el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no sobra dentro del sistema democrático[120].

---

del alcance de las funciones judiciales y legislativas". DIXON. "Para fomentar el diálogo", cit., p. 54.

119 GARDBAUM. *The New Commonwealth*, cit., pp. 48 y 49.

120 "[L]a concepción dialógica plantea que, aun en democracias que muestran un funcionamiento relativamente correcto, los procesos políticos mayoritarios a menudo poseen 'puntos ciegos' y 'cargas de inercia'. Es decir, que los resultados a los que pueda llegarse por medio de procesos fundados en una excesiva deferencia judicial hacia la Legislatura ('una revisión judicial extremadamente débil') o en una supremacía legislativa *pura* tal vez no logren adecuarse a un ideal constitucional completamente deliberativo y capaz de dar respuesta, y que, en esos contextos, las formas activas y reflexivas de la revisión judicial conservan la importante capacidad de contribuir al aumento de la inclusión y a dar respuesta a los ciudadanos en el conjunto general de los procesos de deliberación constitucional". DIXON. "Para fomentar el diálogo", cit., pp. 67 y 68.

De lo anterior se infiere que el núcleo del argumento contra el control de constitucionalidad tiene dos debilidades en relación con los sistemas fuertes y débiles de justicia constitucional. Por una parte, como se sostuvo previamente, Fallon y Dixon han mantenido que la democracia *core of the case* también requiere un sistema de control de constitucionalidad. Por otra, la exclusión de los sistemas débiles de justicia constitucional hecha por el propio Waldron, como una estrategia para proteger su argumento, es insuficiente porque no existen sistemas fuertes o débiles de tipo puro. En consecuencia, no es posible saber con claridad a qué sistemas se aplican las críticas de Waldron y qué sistemas quedan a salvo de sus reparos.

En conclusión, la difusión de las categorías de modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad obedece a una transformación en el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. De una fase en la que se discutía la compatibilidad de la institución del *judicial review* con los principios democráticos, se ha avanzado a una fase en la cual se acepta que la misma democracia exige el control de constitucionalidad. De esta manera, la discusión ahora gira en torno al diseño institucional de la revisión judicial de las leyes que exige la democracia o que mejor se ajusta a sus postulados en el contexto de cada sistema jurídico y político. Dentro de esa evolución, la posición de Waldron en el *core of the case* ocupa un lugar cada vez más insular dentro del constitucionalismo global[121].

2. El modelo colombiano de control de constitucionalidad: ni tan fuerte, ni tan débil

Según se ha señalado, el propio Waldron acepta los mecanismos de control de constitucionalidad de carácter débil. Entre otras razones, el autor considera válido el argumento que señala las dificultades epistémicas que afectan al legislador y le impiden identificar todas las posibles contradicciones de sus actos normativos con la legislación. En estos casos, el Congreso puede contar con un agente externo (los jueces), quienes le advierten sobre la inconstitucionalidad de las normas que ha aprobado, con el fin de que el propio legislador decida si tal valoración es acertada o no y, en consecuencia, si debe proceder a remediarla.

---

121 Tushnet. *Constitucionalismo y judicial review*, cit., pp. 87 y 88.

El objetivo de la última sección de este capítulo es demostrar que el modelo colombiano de control de constitucionalidad es un caso paradigmático de un sistema fuerte que ha incorporado elementos típicos de los modelos débiles de justicia constitucional. Eso significa que no es posible ubicar plenamente al sistema colombiano dentro de las categorías débil y fuerte.

En realidad, según se verá, no es viable clasificar a muchos sistemas de control de constitucionalidad dentro de estas dos categorías porque no hay diseños institucionales puramente fuertes o puramente débiles. Esta premisa implica que las críticas de Waldron, que se dirigen exclusivamente contra los sistemas fuertes, tienen un campo de aplicación sujeto a muchas controversias. En concreto, esa barrera surge de la dificultad para determinar si un sistema es tan fuerte como para recibir esas objeciones, o es tan débil que se puede considerar eximido del núcleo del argumento en contra del *judicial review*.

El argumento central de esta sección sigue la línea de una justificación contextual del control de constitucionalidad que cuestiona directamente la división entre sistemas fuertes y débiles de revisión judicial de las leyes[122]. Por esa razón, se pretende demostrar que existen modelos intermedios de tipo débil con algunos elementos del constitucionalismo fuerte y sistemas del tipo fuerte con elementos de los modelos débiles de justicia constitucional.

Los modelos de control de constitucionalidad a los que se hace referencia en esta parte de la investigación se diferencian de los modelos que la doctrina denomina híbridos o combinados. Estos últimos son aquellos en los cuales se usa un esquema de justicia constitucional fuerte para la protección de los derechos constitucionales y un esquema de justicia constitucional débil para la interpretación de las demás cláusulas constitucionales[123]. Por el contrario, en esta sección se hará referencia al sistema de Colombia como un modelo que *ab initio* parece fuerte pero que abre un espacio para elementos propios del modelo débil.

---

122 "En las discusiones acerca de la justificación del constitucionalismo hay aún, con demasiada frecuencia, dos presuposiciones implícitas. La primera, que nos enfrentamos a una opción cerrada entre dos únicas posibilidades, el modelo de supremacía parlamentaria incondicionada (eso que se ha dado en llamar Estado legislativo de derecho o modelo de *Westminster*) y el Estado constitucional, entendido precisamente como alguna forma de constitucionalismo fuerte (es decir, que incorpore los característicos mecanismos contramayoritarios de la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad, en el sentido explorado al comienzo de este trabajo). […] Pero en mi opinión se trata de dos prejuicios que hay que acabar de desterrar cuanto antes". BAYÓN. "Democracia y derechos", cit., p. 351.

123 TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 36 y KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1034.

Aunque el capítulo se refiere solo a Colombia, es importante señalar que la mayor parte de los sistemas constitucionales del mundo combinan elementos del constitucionalismo débil y del constitucionalismo fuerte. Así lo han indicado los estudios de derecho constitucional comparado sobre diversas regiones del planeta en las que se presenta este fenómeno. Esto ocurre con independencia de que se hayan adoptado modelos difusos o concentrados de justicia constitucional.

En casi todos los países de Asia, por ejemplo, ha predominado un diseño de la justicia constitucional que puede ser calificado como fuerte desde un punto de vista formal. Sin embargo, la práctica constitucional concreta de esos Estados y, en especial, el rol de sus tribunales constitucionales aproximan a estos modelos a diseños de justicia constitucional todavía más reforzados (*e.g.*, Taiwán y Corea) o, por el contrario, introducen elementos propios de los sistemas de justicia constitucional débil (*e.g.*, Japón)[124].

Lo mismo ha sucedido en América Latina. En el subcontinente han predominado los modelos mixtos y fuertes de control de constitucionalidad. Sin embargo, en muchos Estados de la región se producen interacciones dialógicas entre los órganos legislativos y los jueces constitucionales que son mucho más prolíficas que aquellas que ocurren en los tradicionales modelos débiles de control de constitucionalidad[125]. Esta situación no resulta extraña si se tiene en cuenta que en países como Canadá se ha frustrado la expectativa dialógica que acompañaba la implementación inicial de mecanismos para la conversación institucional[126].

En ese contexto, el propósito de esta sección es demostrar que, en contra de lo que se suele afirmar, los modelos débil y fuerte de justicia constitucional

---

124 Tushnet y Dixon. "Weak-form review", cit., p. 103.

125 "También en sistemas usualmente calificados como fuertes, como el estadounidense o el europeo de inspiración kelseniana, al igual que en sistemas híbridos o mixtos, como los predominantes en América Latina, se producen interacciones dialógicas, cuyo reconocimiento y análisis puede ser, desde la óptica de estos ordenamientos, tan o más certero, en términos descriptivos, y fructífero desde el punto de vista práctico e institucional-democrático, que la artificial alternativa mencionada y la necesidad de optar entre uno u otro modelo que de allí resultaría". Casal, Jesús María. "Respuestas del legislador ante la interpretación de la Constitución efectuada por la jurisdicción constitucional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. xxi, 2015, p. 305.

126 Huscroft, Grant. "Rationalizing judicial power: the mischief of dialogue theory". En Kelly, James y Manfredi, Christopher. *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. ubc Press, Toronto, 2009, pp. 50-65.

solo pueden ser considerados como excluyentes en la teoría. Un análisis del funcionamiento concreto de la justicia constitucional permite inferir que, aun en los sistemas fuertes de justicia constitucional, queda un espacio para los elementos del constitucionalismo débil. En otras palabras, existen modelos fuertes de control de constitucionalidad cuya práctica es tan moderada y restringida que se acercan funcionalmente a los sistemas débiles.

En consecuencia, las fórmulas de uno y otro constitucionalismo solo ofrecen un tipo ideal que debe ser contrastado con la práctica concreta de cada sistema de justicia constitucional. Cuando eso sucede, aparecen puntos de conexión o puentes entre uno y otro modelo, de manera que la división no es tan radical como inicialmente se cree. El efecto principal de esta tesis es que pierde respaldo la tendencia a privilegiar a los modelos débiles por encima de los fuertes sobre la base de que los primeros son más compatibles con la democracia que los segundos.

Por esa razón, el núcleo del argumento waldroniano comete el gran error de bendecir democráticamente a los sistemas débiles de justicia constitucional con base en una fórmula que, en la práctica, puede desempeñarse de una manera que esa misma crítica al control de constitucionalidad no aceptaría.

Esta sección se divide en tres grandes partes. En la primera, se hace referencia a la fórmula que predomina en el constitucionalismo colombiano y a los elementos que juegan a favor de sostener que allí existe un modelo fuerte de control de constitucionalidad. La segunda parte es una deconstrucción de algunos elementos de la primera sección, a los que se agregan las herramientas jurisprudenciales que abren un espacio para el constitucionalismo débil en Colombia. En la tercera parte se hace una serie de comentarios conclusivos sobre la importancia de analizar los sistemas de justicia constitucional bajo la óptica de las dos fórmulas del constitucionalismo y sobre la necesidad de limitar el espacio que el constitucionalismo débil se abre dentro de modelos prevalentemente fuertes.

2.1. COLOMBIA Y LA FÓRMULA DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE

La descripción de las fórmulas, los fundamentos y los instrumentos del constitucionalismo débil y del constitucionalismo fuerte que se realizó en la sección anterior permite inferir que el diseño institucional establecido en la Constitución de 1991 corresponde a la fórmula del constitucionalismo fuerte. En

efecto, en Colombia existe una Constitución formalmente rígida y un sistema fuerte de control de constitucionalidad.

En relación con la rigidez de la Constitución de Colombia, esta se manifiesta en la existencia de un conjunto especial de procedimientos para su reforma o cambio[127]. En efecto, los tres procedimientos establecidos (acto legislativo, referendo constitucional y asamblea constituyente) son mucho más complejos que los procedimientos legislativos ordinarios porque "requieren más etapas, involucran a más actores y tienen umbrales más altos de votación"[128]. Desde luego, la rigidez o flexibilidad de una Constitución es una cuestión de grado; por tal razón, desde el punto de vista formal, el sistema colombiano de cambio constitucional se inclina mucho más hacia la rigidez que hacia la flexibilidad[129].

En relación con el segundo elemento de las fórmulas del constitucionalismo (titularidad de la última palabra), es importante señalar que el sistema de control de constitucionalidad colombiano también se puede calificar como fuerte. Este combina la existencia de un órgano especializado en el control de validez de las leyes (Corte Constitucional) con la facultad de todos los jueces del país

---

127 La clasificación entre constituciones rígidas y flexibles apareció a comienzos del siglo XX y supuso el ocaso de la clasificación entre constituciones escritas y no escritas. El texto en el que apareció la nueva clasificación fue un ensayo intitulado "Flexible and rigid Constitutions". El ensayo fue escrito por James Bryce y fue recopilado en BRYCE, JAMES. *Studies in History and Jurisprudence*. Vol. I, Oxford University Press, New York, 1901, pp. 124–213. Posteriormente también se recopiló en BRYCE, JAMES. *Constitutions*. Oxford University Press, New York, 1905, pp. 3–94. Actualmente se hace referencia al ocaso de la división entre constituciones rígidas y flexibles: cfr. PASQUINO, PASQUALE. "Flexible and rigid constitutions. A post-Kelsenian typology of constitutional systems". En LÓPEZ-GUERRA, CLAUDIO y MASKIVKEK, JULIA. *Rationality, Democracy, and Justice. The Legacy of Jon Elster.* Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 85–96. Sobre las razones que llevan a los poderes constituyentes a escoger entre constituciones flexibles o rígidas, cfr. DIXON, ROSALIND. "Constitutional amendment rules: a comparative perspective". En DIXON y GINSBURG. *Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 96–111. Una reivindicación de la división entre constituciones escritas y no escritas a propósito de la existencia de un derecho constitucional internacional en FASSBENDER, BARDO. "International constitutional law: written or unwritten?". *Chinese Journal of International Law*, vol. 15, n.º 3, 2016, pp. 489–515.

128 GINSBURG y MELTON. "Does the constitutional amendment", cit., p. 688.

129 Según Ferreres, los criterios *formales* de rigidez constitucional son: i) el número de instituciones políticas que deben participar para reformar la Constitución, ii) el tamaño de las mayorías necesarias para el cambio constitucional y iii) la mayor o menor exigencia de participación popular directa o indirecta. Quizás se podría agregar el siguiente criterio formal adicional: iv) si está prevista alguna forma de intervención del tribunal constitucional en la revisión de la reforma constitucional. Cfr. FERRERES COMELLA. "Una defensa de la rigidez", cit., pp. 30 y 31.

para inaplicar las leyes que consideran contrarias a la Constitución mediante el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad. Se trata de un modelo mixto que incluye elementos de los sistemas centralizado y descentralizado de control de constitucionalidad.

Además de satisfacer los criterios formales del constitucionalismo fuerte, dentro del sistema colombiano se han implementado otros mecanismos propios de esta fórmula o que proscriben los instrumentos clásicos del constitucionalismo débil. En concreto, los elementos que consolidan un diseño del control de constitucionalidad fuerte son i) la prohibición expresa de respuestas legislativas mediante leyes ordinarias, ii) el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento, iii) el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales con base en la teoría de los vicios de competencia y el test de sustitución, iv) la implementación de sentencias integradoras y estructurales y v) la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad que combina las facultades judiciales de inaplicación de las leyes con un esquema de alta apertura al control concentrado de constitucionalidad.

Los anteriores elementos conducen a que los jueces constitucionales tengan la última palabra en la resolución de los desacuerdos sobre la interpretación de la Constitución. Según se dirá en esta primera parte, el legislador no puede insistir en la misma política legislativa que fue declarada inconstitucional, a menos que opte por constitucionalizarla. Además, incluso en este caso, el juez puede controlar nuevamente la respuesta legislativa de orden constitucional mediante un escrutinio procedimental y un examen de competencia de las reformas constitucionales.

Desde luego, cada uno de los elementos a los que se hará referencia genera debates constitucionales que trascienden el ámbito de su conexión con una de las dos fórmulas del constitucionalismo. Sin embargo, en esta parte de la investigación solo se incluyen aquellos aspectos estrictamente necesarios del funcionamiento de cada uno de estos instrumentos con el fin de destacar su contribución en la aproximación del modelo colombiano hacia el constitucionalismo fuerte o el constitucionalismo débil.

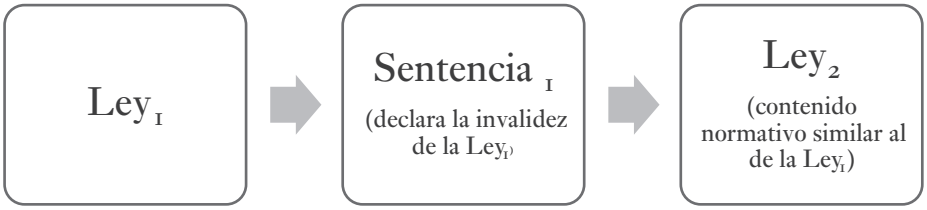
2.1.1. La prohibición expresa de respuestas legislativas ordinarias

Desde el punto de vista de un esquema dialógico clásico, dentro del sistema constitucional puede existir una deliberación o conversación institucional entre

dos actores: el legislador y la Corte Constitucional[130]. Dentro de ese diálogo, el primero que toma la palabra es el legislador cuando aprueba una ley mediante las mayorías parlamentarias ordinarias. Después de esa primera intervención, el juez constitucional puede pronunciarse mediante una sentencia que invalida la ley ordinaria en virtud de que esta resulta incompatible con los valores públicos de la Constitución.

Según el esquema dialógico, el Congreso puede volver a hablar mediante la aprobación de una nueva ley que mantiene las líneas generales de la ley que fue invalidada, pero introduce alguna modificación con base en la decisión del juez constitucional; sin que esto último implique que el nuevo acto normativo se adapta totalmente al contenido de la sentencia de invalidación[131]. Esta segunda voz del Congreso es un ejemplo clásico de una respuesta legislativa ordinaria a la decisión de la Corte Constitucional (gráfico 1)[132].

GRÁFICO 1. RESPUESTA LEGISLATIVA ORDINARIA



Fuente: elaboración propia.

La Constitución Política de Colombia de 1991 proscribió estos mecanismos dialógicos del constitucionalismo débil. En efecto, su artículo 243 prohibió expresamente las respuestas legislativas a las decisiones judiciales mediante leyes ordinarias, al señalar que ningún poder público "podrá reproducir el con-

130 Algunos autores señalan que las respuestas legislativas a las decisiones judiciales son una vía de diálogo de los jueces constitucionales con los ciudadanos y con los demás poderes del Estado. Cfr. NIEMBRO ORTEGA. "Las respuestas legislativas", cit., p. 139.

131 Un aspecto discutible se presenta cuando el legislador aprueba el mismo contenido normativo pero logra consolidar una mayoría más contundente a favor de la nueva ley. Para algunos autores este es un caso de respuesta legislativa mientras que para otros es un caso de desacato o un ilícito constitucional. Cfr. CASAL. "Respuestas del legislador", cit., p. 311.

132 Una visión crítica de las repuestas legislativas rechaza el esquema dialógico y sostiene que estas son "una declaración de guerra entre los legisladores y los jueces constitucionales". SALAZAR UGARTE. *La democracia constitucional*, cit., p. 227.

tenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"[133].

Se trata de una prohibición atípica dentro del constitucionalismo comparado en el que se suelen permitir este tipo de respuestas con algunos límites. En algunos sistemas, la prohibición de respuestas legislativas es consecuencia de los efectos que el propio tribunal constitucional atribuye a la cosa juzgada, pero lo verdaderamente atípico es que la prohibición venga dada por el propio texto de la Constitución.

En Colombia esta prohibición significa que, frente a la declaratoria de inconstitucionalidad sustancial de uno de sus actos, el legislador colombiano no puede insistir en ratificar el mismo contenido normativo mediante una nueva ley ordinaria que sea aprobada por la misma mayoría o por una mayoría más amplia. El legislador tampoco puede insistir en una determinada política a través de una nueva ley ordinaria que introduzca una modificación leve respecto de aquella que fue declarada inconstitucional[134]. Esto quiere decir que no es suficiente con que el Congreso introduzca un cambio menor que no permita superar la objeción de inconstitucionalidad señalada por la Corte Constitucional.

Por supuesto, el legislador puede aprobar una ley que se adapte totalmente a la decisión de la Corte Constitucional. En principio, en este caso no puede haber un ataque de fondo contra la validez de esa nueva ley con base en la decisión judicial previa. Sin embargo, esta última hipótesis corresponde a una reacción legislativa en la que el Congreso acepta totalmente su error y lo corrige con la colaboración del tribunal, es decir, se trata de un caso de constitucionalismo cooperativo que elimina el desacuerdo.

La anterior puede ser una experiencia interesante de trabajo colaborativo en la que el juez señala la inconstitucionalidad de un fin o de un medio escogido por el legislador y este procede a cambiar el fin o a escoger otro medio para

---

133 Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 243.

134 Si la materia regulada por la ley que fue declarada inconstitucional corresponde a las materias reservadas a las leyes orgánicas o estatutarias, el legislador puede recurrir a estos tipos de ley. Sin embargo, este no es un caso de respuesta legislativa porque el legislador se limita a corregir su error inicial al haber intentado regular, mediante una ley ordinaria, una materia que tiene una reserva especial de ley. Sobre el contenido de esas reservas, cfr. Sierra Porto. *Concepto y tipos de ley*, cit., pp. 170-186.

obtenerlo. Sin embargo, el anterior ejemplo no puede ser considerado como una respuesta legislativa, porque para ello la nueva ley debe tener un contenido "similar o idéntico al de otra ley que fue invalidada"[135].

Desde este punto de vista, en Colombia no puede ocurrir la práctica dialógica en la que el órgano de representación contesta al pronunciamiento del juez constitucional dentro de una especie de diálogo institucional que se prolonga hasta que resulta una posición que pone fin al desacuerdo. Esta prohibición no depende del factor temporal, es decir, el legislador no puede volver a aprobar el mismo contenido normativo, aun cuando haya transcurrido algún tiempo y se haya modificado la conformación del Congreso o de la Corte Constitucional.

En este último caso, sin embargo, habría que introducir un matiz. Es probable que, al transcurrir un tiempo, cambie la integración del tribunal o que este modifique su jurisprudencia en relación con el aspecto concreto que sirvió de fundamento para invalidar la ley. Si eso sucede, nada impide que el legislador apruebe la misma ley que fue invalidada, porque en ese caso, a pesar de que no se modificaron las disposiciones que sirvieron de parámetro para hacer el juicio de contraste, sí fueron modificadas las subreglas o reglas adscritas a esas disposiciones[136]. De todos modos, el factor relevante no es el tiempo sino la variación normativa del parámetro de control que puede ocurrir con la misma o con una nueva integración del tribunal.

De acuerdo con lo anterior, cuando ocurre una mutación constitucional, esto es, una modificación de las normas de la Constitución sin que se haya producido un cambio en las disposiciones constitucionales, la lectura correcta de la prohibición del artículo 243 es que el legislador no puede intentar aprobar la misma ley, siempre que se mantengan las normas, subreglas o reglas adscritas que sirvieron como parámetro de constitucionalidad de la ley objeto de la controversia[137]. Por el contrario, si ha ocurrido una mutación constitucional, el legislador puede aprobar la misma ley que fue declarada inconstitucional

---

135 Ferreres Comella. "Una defensa de la rigidez", cit., p. 43.

136 Sobre el concepto de subregla, regla adscrita o norma directamente estatuida, cfr. Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad*, cit., pp. 114-138.

137 Sobre el concepto de mutación constitucional y algunos casos de mutación en la jurisprudencia constitucional de Colombia, cfr. López Cadena, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: conceptos, justificación y límites*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 87-133 y 259-290.

previamente, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la decisión judicial previa[138].

Ahora bien, el matiz que se ha introducido con anterioridad no niega la existencia de una prohibición general de respuestas legislativas. La existencia de esta proscripción es plenamente comprensible desde la perspectiva de la historia constitucional colombiana que ha estado marcada, en gran parte, por la discusión en torno a la supremacía constitucional y la posición del legislador. Las fórmulas establecidas a finales del siglo XIX para conferir prevalencia a la ley sobre las disposiciones constitucionales previas que le fueran contrarias tenían el propósito de minar la supremacía constitucional establecida en la Constitución de 1886[139].

Sin duda, este antecedente histórico explica la reacción fuerte de los constituyentes de 1910 y de 1991, en el sentido de reafirmar que la ley posterior a la Constitución debe ser compatible con los valores públicos de la norma superior. En consecuencia, como ha quedado establecido en el artículo 243 de la actual Constitución, una decisión de inconstitucionalidad de una ley no puede ser contestada por medio de otra ley ordinaria.

Sin embargo, esta explicación histórica no es óbice para señalar algún coste de oportunidad en términos deliberativos que se deriva de la prohibición general de respuestas legislativas. Entre otros aspectos, como indica Roberto Niembro, las respuestas legislativas permiten determinar si el Congreso ha aceptado libremente el criterio de la Corte Constitucional como producto de la conversación institucional, si existe una controversia constitucional entre los poderes públicos o si uno de estos acogió la interpretación del otro ante la

---

138 En este punto me aparto de la tesis de Ferreres, quien sostiene que "el Parlamento no puede actuar frívolamente. Debe haber transcurrido un plazo razonable desde que se dictó la sentencia judicial invalidatoria de la ley anterior. En particular, seguramente es necesario que se haya elegido un nuevo Parlamento". FERRERES COMELLA. "Una defensa de la rigidez", cit., p. 43.

139 En los artículos 21 y 90 de la Constitución de 1886 se estableció implícitamente el principio de supremacía constitucional. El artículo 5.º de la Ley 57 de 1887 confirmó la supremacía constitucional al señalar: "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella". Sin embargo, ese mismo año, el artículo 6.º de la Ley 153 de 1887 señaló: "Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución". Esta disposición fue derogada mediante el Acto Legislativo 3 de 1910, art. 40. De allí que la Constitución de 1991 no haya dejado ninguna duda sobre la supremacía constitucional y la prohibición de respuestas legislativas ordinarias. Cfr. RESTREPO PIEDRAHÍTA. *Tres ideas constitucionales*, cit., pp. 9-73.

imposibilidad de canalizar el desacuerdo por medio de mecanismos institucionales[140]. Existe un valor epistémico en el esquema dialógico que se pierde cuando se prohíbe la utilización de estos mecanismos.

Desde otro punto de vista, la prohibición de respuestas legislativas es especialmente preocupante cuando existen constituciones efectivamente rígidas. Sin embargo, como la rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es menor que su rigidez formal, eso ha conducido a que la opinión pública piense directamente en la reforma constitucional como una forma de respuesta legislativa a las decisiones de la Corte Constitucional.

Esta idea sugiere que una vía para desconstitucionalizar todos los desacuerdos consiste en permitir algún tipo de respuesta legislativa ordinaria a las decisiones de constitucionalidad. Hasta que eso ocurra, la única opción institucional para que el Congreso conteste una decisión judicial es la reforma constitucional. No obstante, esta respuesta también puede ser controlada por la Corte Constitucional.

2.1.2. El control de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento

La prohibición de respuestas legislativas ordinarias a las decisiones judiciales no implica una negación absoluta del diálogo institucional entre el legislador y el tribunal constitucional. Incluso, ante esa prohibición queda la posibilidad de que el Congreso reaccione a las decisiones de la Corte Constitucional a través de una respuesta legislativa de mayor calado, es decir, mediante una reforma constitucional.

En los sistemas que aceptan las respuestas legislativas ordinarias, la reforma constitucional también es una forma de reacción legislativa con la cual el Congreso adquiere la última palabra dentro del sistema democrático. En estos países, el esquema dialógico es el siguiente. En primer lugar, el legislador aprueba una ley ordinaria (primera voz del Congreso) que puede ser declarada inconstitucional (primera voz del juez constitucional). Frente a esta decisión, el legislador puede optar libremente por insistir en la aprobación de una nueva ley con una mayoría más amplia o con una variación menor al contenido de la ley que fue invalidada (segunda voz del Congreso).

---

140 Niembro Ortega. "Las respuestas legislativas", cit., p. 142.

Si el Congreso escoge la primera vía (ley ordinaria), el tribunal constitucional, por su parte, puede optar por aceptar ese nuevo contenido o reconocer la mayor dignidad democrática de la nueva ley. Desde luego, la Corte también puede insistir en la declaración de inconstitucionalidad (segunda voz del juez constitucional). Si el juez acepta que la ley es válida dentro del ordenamiento, el diálogo institucional concluye con un acuerdo producto de un procedimiento dialógico y deliberativo que se dio en el plano de la ley ordinaria. Se supone que en medio de este diálogo institucional también ocurrió un debate público dentro de la sociedad y un debate interno en el Congreso y en la Corte Constitucional.

Así como el juez constitucional puede intervenir para confirmar que la nueva ley es una decisión política legislativa que se encuentra dentro de las opciones de configuración legislativa que la Constitución confiere al Congreso, también puede suceder que la segunda voz del tribunal consista en invalidar la nueva ley. Es decir, el juez puede insistir en la inconstitucionalidad de la ley y, al mismo tiempo, el Congreso puede insistir en ratificar su voluntad de promulgar ese contenido normativo objetado como inconstitucional. En este escenario no hay espacio para el diálogo mediante una ley ordinaria porque la conversación se puede prolongar indefinidamente en ese mismo nivel.

En esta hipótesis, el Congreso tiene a su disposición la reforma constitucional como un mecanismo para quedarse con la última palabra dentro del sistema democrático (segunda voz cualificada del Congreso). Como señala Ferreres, debido a que el juez es falible y puede equivocarse al interpretar la Constitución, "los órganos políticos deben poder 'responder' al juez a través de una reforma constitucional"[141] con el fin de comunicarle "una determinada interpretación o consecuencia concreta de este derecho (o de un conjunto de derechos), que difiere de la establecida por el juez"[142].

Lo anterior significa que el legislador puede optar por hablar más fuerte dentro de la conversación institucional mediante una reforma constitucional. En efecto, el Congreso puede hablar con una voz más potente si decide constitucionalizar su política o modificar el parámetro de constitucionalidad con el fin de asegurar que la intervención judicial posterior no sea un obstáculo para los objetivos sociales o políticos de sus decisiones (gráfico 2)[143].

---

141 Ferreres Comella. "Una defensa de la rigidez", cit., p. 40.

142 Ibíd., p. 41.

143 Este tipo de respuesta legislativa cualificada también produce un debate muy interesante sobre

Desde luego, nada impide que la decisión del Congreso de hablar más fuerte se adopte desde la primera decisión de inconstitucionalidad de la ley. De hecho, esta es la única opción viable en Colombia porque, como se explicó previamente, existe una prohibición de respuestas legislativas ordinarias. Por eso mismo, se sostuvo, la inexistencia de respuestas legislativas conduce a que la segunda voz del Congreso siempre ocurra en el plano constitucional.

GRÁFICO 2. RESPUESTA LEGISLATIVA MEDIANTE REFORMA CONSTITUCIONAL

Fuente: elaboración propia.

El contenido de esa respuesta legislativa de rango constitucional puede consistir en una de tres opciones. Por una parte, el Congreso puede eliminar o modificar las disposiciones constitucionales que han formado parte del juicio de contraste y que han fundamentado las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias. En segundo lugar, el legislador puede reformar la Constitución para señalar expresamente que la materia objeto de controversia es una de las competencias de libre configuración del legislador, es decir, puede desconstitucionalizar el objeto de la controversia[144]. En tercer lugar, el legislador puede incluir las disposiciones de la ley en el texto constitucional, a pesar de que esa modificación genere una contradicción dentro de la Constitución.

Para algunos autores, la tercera opción no es una respuesta a la decisión del tribunal constitucional sino un sometimiento a esa decisión por parte del legislador. En este caso, el legislador enmienda su error inicial que consistió en haber intentado aprobar por la vía de las leyes ordinarias un contenido que

---

los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, la fuerza vinculante del precedente y la cosa juzgada constitucional. Cfr. CASAL. "Respuestas del legislador", cit., p. 310.

144 FERRERES COMELLA. "Una defensa de la rigidez", cit., p. 42.

requiere rango constitucional. Sin embargo, esta posición solo es cierta para aquellos casos en los cuales el tribunal constitucional declaró inválida la ley por haber considerado que esta debía ser aprobada como norma constitucional. En los demás casos, esta es la forma más evidente de reacción del Congreso ante una decisión judicial e implica una verdadera intención del Congreso por introducir dentro del ordenamiento una determinada política[145].

Lo cierto es que, en los tres casos, el cambio en el parámetro de control evitará que el juez constitucional pueda expulsar ese contenido normativo del ordenamiento jurídico. Aún más, en la tercera hipótesis, el juez constitucional se convierte en el principal garante del contenido normativo que previamente había rechazado como contrario a la Constitución porque este se ha integrado a su nuevo parámetro de control.

La reforma constitucional es una verdadera válvula de escape del sistema constitucional porque permite que el legislador resuelva el desacuerdo apelando a una vía institucional que es más costosa pero que asegura su resultado. Desde luego, es muy importante que ese proceso implique un debate profundo sobre la conveniencia de insistir en una determinada política que ha sido declarada contraria a los valores públicos de la actual Constitución y que el debate sea más robusto en la medida en que esa política implica un cambio constitucional. Implícitamente, esto significa que la reforma constitucional debe ser una vía costosa y de utilización moderada por parte del legislador para dejar sin efecto una decisión del tribunal constitucional[146].

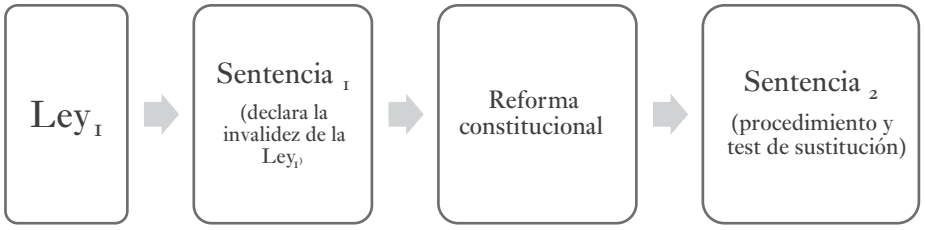
Ahora bien, bajo el esquema dialógico, la reforma constitucional –como respuesta a una decisión judicial– resulta desvirtuada si, además de las barreras propias de la rigidez constitucional, la Corte Constitucional tiene la competencia para intervenir en el control de ese cambio constitucional. Como se enunció previamente, eso ocurre en Colombia mediante el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales y mediante la teoría de los vicios de competencia y el juicio de sustitución (gráfico 3).

---

145 Cfr. Casal. *La justicia constitucional*, cit., p. 169.

146 Algunos autores han propuesto que esta forma de reacción solo se pueda utilizar en casos relevantes. Sin embargo, no hay criterios claros para determinar qué casos pueden ser considerados relevantes e, incluso, la relevancia de la reforma puede ser el objeto mismo del desacuerdo entre el legislador y el tribunal. Cfr. ibíd., p. 168.

GRÁFICO 3. CONTROL JUDICIAL DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL



Fuente: elaboración propia.

La disposición constitucional que habilita a la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es el numeral primero del artículo 241 de la Constitución. El texto de esa disposición es el siguiente:

> A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
>
> 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

El control por vicios de procedimiento es una intervención menor en la decisión del legislador de quedarse con la última palabra dentro del sistema democrático. Se trata de una interferencia leve porque el control se limita a vigilar que el Congreso haya aprobado la reforma constitucional con el cumplimiento de los procedimientos legislativos establecidos para ese efecto (*i.e.*, mayorías cualificadas, periodos consecutivos, publicidad de las actuaciones)[147]. Adicionalmente, la reforma constitucional queda protegida por un término

147 Un resumen de los casos en los cuales la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por la existencia de vicios de procedimiento puede verse en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia". *Revista Derecho del Estado,* n.º 21, 2008, pp. 165-168. Hasta el mes de agosto de 2016, el tribunal había recibido 560 demandas de constitucionalidad contra un acto legislativo (enmienda constitucional).

de caducidad de un año, después del cual no es posible someterla a control de la Corte Constitucional.

Esta forma de control es una intervención no del todo inconveniente para el Congreso porque verifica que su última palabra haya sido emitida en el marco de los procedimientos constitucionales. La Corte Constitucional se limita a comprobar que el Congreso no conteste a una de sus decisiones judiciales mediante la violación de los procedimientos legislativos o de los requisitos constitucionales de la reforma constitucional. Al final, si la Corte no encuentra un vicio de procedimiento deberá ratificar la reforma constitucional, y de esa manera confiere mayor legitimidad a la decisión del Congreso de quedarse con la última palabra dentro del sistema democrático. En ese sentido, muchos más problemas para el esquema dialógico provienen del control por medio del juicio de sustitución que se explicará a continuación.

2.1.3. El control de las reformas constitucionales mediante la doctrina de la sustitución de la Constitución

La Corte Constitucional de Colombia mantuvo una jurisprudencia consolidada en relación con sus competencias de control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución. En efecto, desde los primeros casos sobre la materia en el año 1997 y hasta los últimos del año 2002, el tribunal señaló claramente que el artículo 241.1 de la Constitución –citado previamente– solo le facultaba para controlar las reformas constitucionales por *vicios de procedimiento* en su formación[148].

Sin embargo, a partir de la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional estableció la doctrina de los vicios de competencia. En la versión de la Corte, el punto de partida de la teoría sobre los vicios de competencia es que no existe una sola disposición constitucional que autorice al Congreso, como constituyente derivado, para sustituir la Constitución[149]. En consecuencia, el

---

148 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-222 de 1997 y C-487 de 2002.

149 "Nótese entonces que el texto constitucional colombiano, si bien no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución. Y la Asamblea Constituyente bien hubiera podido incorporar esa posibilidad de cambio total o reforma integral de la Constitución, como lo hacen expresamente ciertos ordenamientos". Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-551 de 2003, fundamento jurídico 35.

Congreso es competente para reformar la Constitución, pero no para sustituirla[150]. La sustitución de la Constitución por otra total o parcialmente nueva es un poder que solo le corresponde al pueblo como constituyente originario[151].

Lo anterior significa que una de las exigencias para que cualquier reforma constitucional sea válida es que esta se encuentre dentro de los límites de la función reformadora del Congreso. Como la competencia es un requisito previo de todo proceso, si el Congreso excede sus competencias incurre en un vicio de procedimiento que puede ser declarado por la Corte Constitucional[152].

La pregunta esencial en este punto es la siguiente: ¿cómo se puede distinguir una reforma de una sustitución de la Constitución? Con el fin de dar una respuesta a esta pregunta, en las sentencias C-970 de 2004, C-971 de 2004 y C-1040 de 2005 el tribunal elaboró el test de sustitución. En efecto, la Corte estableció un mecanismo para identificar si un acto legislativo es una reforma constitucional o una sustitución de la Constitución. Según la Corte, este test tiene por objeto verificar un elemento procesal: la competencia del Congreso para aprobar una determinada modificación de la Constitución[153].

---

150 La Corte también distingue la reforma y la sustitución de la Constitución de otros fenómenos como la destrucción, quebrantamiento, rotura, suspensión y violación de la Constitución. Una reseña de la jurisprudencia sobre esas distinciones en Villa Rosas, Gonzalo. "La Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución". En Ambos, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*. Temis y Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pp. 25-65.

151 Para un resumen detallado de la Sentencia C-551 de 2003 y de los primeros casos en los cuales se solicitó a la Corte que aplicara el control por vicios de competencia, cfr. Cajas Sarria, Mario Alberto. "La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso". *Revista Precedente*, 2004, pp. 27-45 y "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 7, 2007, pp. 28-39. También en Halmai, Gábor. "Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective". *Wake Forest Law Review*, vol. xx, n.º 8, 2012, pp. 109-112; Ramírez Cleves, Gonzalo. "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 18, 2006, pp. 3-32 y Roznai, Yaniv. "Unconstitutional constitutional amendments. The migration and success of a constitutional idea". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013, pp. 682-684.

152 Ramírez Cleves. "The unconstitutionality of constitutional", cit., p. 213.

153 "El método con el cual la Corte aplica la teoría de la sustitución constitucional para estudiar los proyectos de reforma es el juicio de sustitución. Este parte de una premisa básica: la posibilidad de identificar unos principios estructurales que hacen parte de la esencia de la Constitución, para luego aplicar un método de estudio constitucional que se desarrolla en siete fases. El juicio tiene como presupuesto la necesidad de probar que la propuesta de reforma cambia

El desarrollo de ese juicio no es el objeto de esta investigación, sin embargo, se deben sintetizar sus elementos generales. Como se ha señalado en otro trabajo, el test se compone de las siguientes siete etapas:

> El primero de los siete pasos del juicio de sustitución es el de *concreción*. Allí la Corte establece cuál es el principio estructural o fundante que está en juego, le da una denominación y lo señala de manera expresa. El segundo paso es el de *caracterización normativa*; una vez que se conoce el principio insustituible, la Corte lo describe normativamente haciendo una lectura sistemática del texto constitucional. El tercero es la *primera carga de argumentación*, en el que la Corte demuestra que el principio efectivamente hace parte del núcleo identitario esencial y definitorio de la Constitución. El cumplimiento de estos tres primeros requisitos constituye la premisa mayor del control de constitucionalidad de la reforma, es decir, el parámetro o baremo dentro del cual se hará el análisis concreto de la modificación propuesta. El cuarto elemento del juicio de sustitución es el de *irreductibilidad* y prohibición de cláusulas pétreas; aquí la Corte debe demostrar que la incorporación de un principio como elemento esencial de la Constitución, responde a una lectura trasversal de las disposiciones constitucionales y no se restringe a un solo artículo constitucional. El quinto paso implica el *rechazo de la intangibilidad*, en el que la Corte comprueba que el principio esencial no se está erigiendo en un espacio inmune a todo poder de reforma constitucional. Los dos últimos pasos conforman el *juicio de sustitución en sentido estricto*, en el que, en primer lugar, la Corte debe probar que el principio estructural y esencial ha sido cambiado totalmente y, en segundo lugar, que ese cambio resulta incompatible con la Constitución anterior, de manera que no hay posibilidad de que la reforma sea compatible con la Constitución reformada –segunda carga de argumentación–[154].

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la revisión judicial de las reformas constitucionales, mediante los siete pasos del juicio de sustitución, se inscribe dentro de su competencia de control procedimental del cambio constitucional y no constituye un control material o de fondo de esos actos normativos. Sin embargo, tanto la distinción entre la sustitución de la Constitución y el control material de las reformas constitucionales como el propio test de sustitución han sido objeto de varias críticas.

---

uno de los elementos esenciales y definitorios de la Constitución y el propósito del mismo, es cumplir con la carga de argumentación que tiene la Corte en esa comprobación". Robledo Silva y Roa Roa. "La jurisprudencia de la Corte", cit., p. 648.

154 Ibíd., pp. 649 y 650.

En primer lugar, algunos de los magistrados de la Corte Constitucional han señalado que la jurisprudencia sobre la sustitución de la Constitución establece un control de fondo o material al poder de reforma de la Constitución. Según esta visión, el tribunal impone unas barreras materiales al legislador mediante la caracterización de ciertos principios constitucionales como esenciales e insustituibles[155].

También se ha señalado que la Corte estableció un control de fondo o material de las reformas constitucionales bajo una interpretación muy cuestionable de las reglas que determinan su propia competencia sobre la materia[156]. Por ejemplo, Sabrina Ragone mantiene que la Sentencia C-551 de 2003 es "un verdadero *leading case*, que sentó las bases del control de constitucionalidad de las reformas por vicios sustanciales a través de una construcción jurídica muy articulada de los límites al 'poder constituyente derivado'"[157]. En el mismo sentido se ha pronunciado Gonzalo Ramírez, para quien es "mejor que la Corte reconozca de una vez por todas que lo que está realizando es un control de constitucionalidad de la reforma para proteger la Constitución misma y que por ende no es una revisión formal sino material sin términos de caducidad de la acción"[158].

En segundo lugar, en contra de la teoría de los vicios de competencia y del juicio de sustitución se ha argumentado que no es posible fundamentar la existencia de principios insustituibles dentro de una Constitución cuando esta no incorporó límites materiales a su poder de reforma mediante cláusulas pétreas o de intangibilidad. La contradicción aumenta, se afirma, cuando la propia Corte Constitucional reconoce que el constituyente de 1991 no estableció ese tipo de límites materiales a la reforma de la Constitución[159].

---

155 "En cualquiera de las versiones defendidas por la jurisprudencia constitucional, la figura de los vicios de sustitución de la Constitución implica un control del contenido y no se entiende como se pueda ejercer un control de esta naturaleza sin la existencia de límites materiales al poder de reforma". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010, aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, fundamento jurídico 1.

156 Cajas Sarria. "Acerca del control judicial", cit., p. 30.

157 Ragone, Sabrina. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos.* Rodrigo Brito Melgarejo (trad.), Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 90 y 91.

158 Ramírez Cleves. "Reformas a la Constitución de 1991", cit., p. 169.

159 En todos los casos en los cuales se ha aplicado el test de sustitución, la Corte reconoce que la Constitución de 1991 no contiene cláusulas de intangibilidad. Por esa razón, dos de los siete pasos (4 y 5) del test de sustitución están dirigidos a comprobar que el principio esencial no

Del mismo modo, como la Corte ha señalado que son principios insustituibles, *inter alia*, el mérito como criterio de acceso al servicio público[160], la separación de poderes y el sistema democrático de gobierno[161], el respeto de la moralidad pública en una democracia[162], el autogobierno del poder judicial[163] y la independencia judicial[164], se ha objetado la dificultad y excesiva discrecionalidad del juez constitucional para encontrar los principios insustituibles de la Constitución y distinguirlos de otros elementos importantes de la Constitución, pero que no son calificados como esenciales e insustituibles[165]. Como señaló Humberto Sierra Porto:

> … el control que tiene lugar con ocasión de los vicios de competencia reúne los elementos propios de un control de carácter político. En primer lugar, el parámetro de control es indefinido y disponible por el órgano controlador pues determinar cuáles son los 'elementos estructurales de la Constitución' es una labor que el intérprete realizaría en cada caso concreto. A diferencia de aquellas Constituciones que establecen límites al poder de reforma, la Constitución colombiana carece de este tipo de referentes que sirvan de parámetro de control, por lo tanto, en cada caso concreto correspondería al intérprete identificar los referentes del control. Se trata de un parámetro de control ambiguo, poco preciso y lo que es más peligroso, disponible por parte del órgano de control. A esto se suma que los 'elementos definitorios identificadores de la Constitución', por regla general estarían constituidos por normas de estructura abierta, es decir principios o valores, lo que aumenta el grado de incertidumbre del control, pues el juez constitucional podría darles un alcance distinto en cada decisión y dependerían de las cambiantes mayorías al interior del Tribunal Constitucional[166].

La tercera crítica es un reproche general al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Según esta última, la doctrina de la inconstitu-

---

se erige en una cláusula pétrea. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010, fundamento jurídico 6.1.

160 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-588 de 2009.

161 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010.

162 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1056 de 2012.

163 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-285 de 2016.

164 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-373 de 2016.

165 Bernal Pulido. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., p. 344.

166 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010, aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, fundamento jurídico 1.

cionalidad de las reformas constitucionales es esencialmente contramayoritaria[167]. Esta objeción se mantendría, incluso si el juicio de sustitución fuera perfecto y el tribunal determinara con claridad los principios insustituibles de la Constitución. En este sentido, por ejemplo, Ferreres afirma que la "institución del control judicial de la ley pierde legitimidad democrática si los órganos representativos no pueden controlar, a través de la reforma constitucional, las interpretaciones del juez"[168]. Del mismo modo, Bernal Pulido sostiene que la doctrina de la sustitución de la Constitución implica que:

> … los puntos de vista de los nueve jueces no electos de la Corte Constitucional, en relación al concepto de sustitución constitucional, pueden pesar más que las decisiones tomadas por mayorías legislativas cualificadas (como las requeridas para el procedimiento de reforma), o incluso que el voto de la mayoría de los ciudadanos quienes, cuando corresponde, participan en estos procedimientos[169].

Estas críticas son muy importantes porque confrontan un instrumento elaborado por la Corte Constitucional de Colombia para mantener vigente el principio de separación de poderes en un contexto de excesivo presidencialismo y de baja rigidez efectiva de la Constitución. Además, autores como Richard Albert, Carlos Bernal Pulido, Rosalind Dixon y David Landau sostienen que esta doctrina puede encontrar su justificación y resultar útil frente a manifestaciones del constitucionalismo abusivo[170].

Sin embargo, en relación con las fórmulas del constitucionalismo débil y fuerte, es importante señalar que la doctrina de la sustitución de la Constitución implica una mayor intervención de la Corte Constitucional en la capacidad del Congreso para responder con un cambio constitucional a una decisión judicial que ha declarado inconstitucional una ley ordinaria. Por esa razón, no cabe ninguna duda de que el control mediante el juicio de sustitución tiene un mayor nivel de profundidad que el control por vicios de procedimiento de las reformas constitucionales. En este sentido, el control por medio del test de sustitución dificulta que el legislador se quede con la última palabra o, lo

---

167 Landau. "Abusive constitutionalism", cit., p. 232.

168 Ferreres Comella. "Una defensa de la rigidez", cit., p. 41.

169 Bernal Pulido. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., p. 341.

170 Albert. "Amending constitutional amendment rules", cit., p. 658; Bernal Pulido. "Unconstitutional constitutional amendments", cit., p. 357; Dixon y Landau. "Transnational constitutionalism", cit., pp. 615-618.

que es lo mismo, asegura que la voz de la Corte Constitucional sea la última y definitiva dentro del sistema democrático.

Este es precisamente el punto sobre el cual interesa atraer la atención. En efecto, con independencia de que la doctrina de la sustitución de la Constitución constituya un control de procedimiento o un control material, el juicio de sustitución implica que la Corte está facultada para evaluar algunos elementos normativos de la respuesta más fuerte que el Congreso puede ofrecer frente a la decisión del tribunal de invalidar una ley ordinaria. Lo que puede resultar todavía más complejo es que los parámetros y criterios de evaluación de la reforma constitucional pueden coincidir con los reproches iniciales que el mismo tribunal formuló contra la ley ordinaria aprobada por el legislador. Es decir, la Corte puede invalidar una ley porque esta es contraria a los valores públicos de la Constitución y también puede invalidar una reforma constitucional por considerar que esta sustituye un valor público esencial de la Constitución.

En ese sentido, una evaluación general en clave dialógica de los tres elementos que se acaban de describir permite señalar que el modelo colombiano de justicia constitucional aparece reforzado en virtud de que existe una prohibición expresa de respuestas legislativas, un control a la reforma constitucional para verificar que el legislador cumpla con las normas del procedimiento legislativo agravado y un control para verificar que el cambio constitucional no sustituya la Constitución. El órgano encargado de controlar que la respuesta se encuentre dentro de esos límites es la propia Corte Constitucional.

A todo lo anterior es necesario agregar que, frente a la decisión en la que el tribunal declara que la respuesta del legislador ha sustituido la Constitución, no existe ninguna opción institucional diferente a promover un mecanismo de cambio de la Constitución mediante una asamblea constituyente. Como se puede inferir de esta descripción, el juicio de sustitución niega valor de verdad para el caso colombiano a la afirmación de Nogueira de acuerdo con la cual:

> Es necesario precisar, además, que la palabra de la jurisdicción constitucional no es la última palabra, ya que, si el cuerpo político de la sociedad y el poder constituyente instituido consideran que los jueces constitucionales han sobrepasado la idea de derecho válida y vigente en la sociedad política respectiva, pueden modificar el texto constitucional, obligando a la jurisdicción constitucional a actuar en la dirección determinada por él[171].

171 Nogueira Alcalá. *El derecho procesal constitucional*, cit., p. 332.

La anterior descripción de Nogueira es una fórmula general de la justicia constitucional que solo es válida para los sistemas en los cuales no existe una intervención del tribunal constitucional respecto de las reformas constitucionales. Por el contrario, como se ha visto hasta este punto, en el sistema colombiano existe la posibilidad de que la voz de la Corte sea posterior y definitiva en relación con la voz del Congreso.

El denominador común de los tres anteriores elementos que aumentan el carácter fuerte del sistema constitucional colombiano es que estos operan cuando el legislador pretende responder a una decisión de la Corte Constitucional, bien sea porque se le prohíbe o porque el tribunal interviene nuevamente. Sin embargo, también hay instrumentos del constitucionalismo fuerte que operan ante la inacción de los demás poderes del Estado o cuando estos no tienen la pretensión de contestar a una determinada decisión judicial. En lo que sigue se hará una descripción de esas herramientas dentro del sistema colombiano de justicia constitucional.

2.1.4. Las sentencias integradoras, las decisiones estructurales y el estado de cosas inconstitucional: tomar la palabra ante el silencio de los demás poderes del Estado

Además de los tres instrumentos comentados previamente, el sistema colombiano ha desarrollado un conjunto de herramientas que profundizan el constitucionalismo fuerte: las sentencias integradoras, las decisiones estructurales y la jurisprudencia sobre el estado de cosas inconstitucional. Estos tres mecanismos comparten una característica general porque implican un pronunciamiento del juez constitucional en ausencia total o parcial o en deficiencia del pronunciamiento de la administración o del legislador.

En primer lugar, las sentencias integradoras son mecanismos para la superación de una omisión legislativa relativa que también permiten remediar una situación de discriminación normativa. En este tipo de sentencias, la Corte Constitucional amplía el contenido normativo que deriva de una disposición, de tal manera que la norma incluya elementos que no estaban inicialmente previstos y cuya exclusión es contraria al derecho a la igualdad[172].

---

172 Algunos casos de sentencias integradoras son los siguientes: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-080 de 1999 (extensión del beneficio de pensión de sobreviviente de los

Este tipo de decisiones pertenece al denominado modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa. Bajo este esquema, el juez constitucional identifica una situación de discriminación normativa y procede a repararla directamente, sin darle la oportunidad al legislador de que adopte las medidas necesarias para derogar, modificar o aprobar una norma que ponga fin a una situación contraria al principio de igualdad o a la prohibición de no discriminación[173].

En segundo lugar, las sentencias estructurales profundizan la fórmula del constitucionalismo fuerte porque implican la intervención del juez constitucional en una situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales. Esa situación puede tener origen en la inacción del legislador provocada por un bloqueo institucional, la ausencia de consenso político, el desinterés por legislar sobre la materia o la resistencia a asumir el costo político de tomar decisiones que dividen a la opinión pública[174].

Entre otros elementos, las decisiones estructurales contienen órdenes concretas para superar la vulneración sistemática de los derechos fundamentales, dentro de las cuales se incluyen orientaciones para la elaboración de políticas públicas[175]. En una visión negativa, estos parámetros limitan el margen de acción de la administración y del Congreso, mientras que en una visión positiva

---

hijos de los oficiales y suboficiales de la Policía a los hijos de los agentes de Policía), C-007 de 2001 (causal de nulidad del matrimonio por secuestro también la puede invocar el hombre) y C-075 de 2007 (régimen patrimonial entre compañeros permanentes también aplica a parejas del mismo sexo).

173 González Beilfuss. *Tribunal Constitucional*, cit., pp. 117-175.

174 Los casos prototípicos de sentencias estructurales en el constitucionalismo colombiano son: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-025 de 2004 (atención a la población en situación de desplazamiento) y T-760 de 2008 (derecho a la salud). Un análisis de estas decisiones en Rodríguez Garavito, César (coord.). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 7-760 y "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones". En Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina. *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2012, pp. 507-560 y Gutiérrez Beltrán, Andrés. *El amparo estructural de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 18-420.

175 "[L]o definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado". Osuna, Néstor. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia". En Bazán, Víctor (ed.). *Justicia constitucional y*

les orientan en la resolución de problemas con altos niveles de complejidad[176]. Una nota esencial de este tipo de sentencias es que estas tienen unos efectos transformadores sobre las estructuras burocráticas o administrativas que resultaban ineficientes para la garantía efectiva de los derechos[177]. Por esa razón, muchas decisiones que se denominan estructurales, en realidad, solo son potenciales casos de intervención estructural de la judicatura que no han logrado los impactos transformadores esperados.

En tercer lugar, el estado de cosas inconstitucional se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual existen situaciones de vulneración masiva y generalizada de los derechos que causan un problema social cuyas víctimas podrían acudir de manera individual al mecanismo de acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. En estos casos, la violación a los derechos constitucionales es producto de la omisión prolongada de las autoridades respecto del cumplimiento de sus obligaciones, de la existencia de prácticas contrarias a la Constitución, de la ausencia de medidas legislativas y administrativas o de la incorrecta disposición presupuestal[178].

El estado de cosas inconstitucional requiere un pronunciamiento judicial que, generalmente, se hace mediante una sentencia estructural[179]. En efecto, la superación de esta situación adversa a los valores públicos de la Constitución implica medidas complejas, coordinación entre las diferentes autoridades y la disposición de recursos. El propio tribunal decide cuándo se ha superado un estado de cosas inconstitucional[180].

---

derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, p. 93.

176 Sobre los efectos materiales y simbólicos de las decisiones estructurales, cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. "Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America". *Texas Law Review*, vol. 89, 2010, pp. 1669-1698.

177 Sobre las decisiones judiciales con efectos transformadores, cfr. FISS, OWEN. "The forms of justice". *Harvard Law Review*, vol. 93, n.º 1, 1979, pp. 17-44.

178 El tribunal constitucional colombiano ha declarado un estado de cosas inconstitucional, *inter alia*, en los siguientes casos: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU-559 de 1997 (afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio), T-068 de 1998 (mora en la resolución de peticiones pensionales ante la Caja Nacional de Previsión CAJANAL), SU-250 de 1998 y T-1695 de 2000 (concurso de notarios), T-153 de 1998 y T-606 de 1998 (condiciones dentro del sistema penitenciario y carcelario) y T-590 de 1998 (defensores de derechos humanos).

179 HENAO. "El juez constitucional", cit., p. 86.

180 Para un resumen de algunos casos relevantes en los cuales se ha declarado el estado de cosas inconstitucional, cfr. GARCÍA, LEONARDO. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario.*

Esta investigación no es el espacio para desarrollar todos los debates que suscitan estos tres mecanismos. El punto que interesa en esta sección tiene relación con la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando hay omisiones, inacciones, bloqueos institucionales o falta de voluntad política por parte de los demás poderes del Estado?

La respuesta que ofrecen estos tres mecanismos es que, en estos casos, el juez toma la palabra para remediar directamente la discriminación normativa (sentencia integradora), establecer las líneas generales sobre los elementos básicos que debe contener una política pública que permita superar una situación de violación estructural de los derechos constitucionales (sentencia transformadora) y proferir órdenes concretas destinadas a la protección de los derechos de quienes resultan afectados por ese tipo de situaciones (estado de cosas inconstitucional). Además, el tribunal retiene la última palabra en la medida en que ha diseñado mecanismos para controlar el cumplimiento de sus órdenes mediante las audiencias de cumplimento, las sesiones técnicas informales y los autos de seguimiento.

Sin perjuicio de que se pueda reconocer, como se reconocerá en la próxima sección, que la Corte también ha utilizado frecuentemente el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa, ha abierto espacios de deliberación y ha propiciado un activismo dialógico, es innegable que en Colombia se produce una aproximación al modelo fuerte de justicia constitucional en virtud de la competencia del tribunal para hablar cuando el legislador y la administración no han hablado adecuadamente en términos del principio de igualdad (omisión legislativa relativa) o simplemente no han hablado (omisión en la política pública de atención de una situación estructural de violación de los derechos).

2.1.5. La existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad

El último factor que aproxima a Colombia a la fórmula del constitucionalismo fuerte es la existencia de un sistema que combina el control difuso con el control concentrado de constitucionalidad. En este modelo se conjugan dos elementos. El primero es la facultad de todos los jueces y autoridades admi-

---

UNAM, IIJ, México, 2015, pp. 188-215. Sobre el cumplimiento de las decisiones estructurales y las órdenes para superar un estado de cosas inconstitucional, cfr. Calle Correa, María Victoria. "La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016, pp. 449-459.

nistrativas para inaplicar una ley en el contexto de un caso concreto cuando consideran que esa ley es contraria a los valores públicos de la Constitución.

El segundo elemento es la existencia de un tribunal constitucional con el poder de realizar el control abstracto de constitucionalidad de una ley e invalidarla cuando esta resulta contraria a los valores públicos de la Constitución. Se trata de una configuración mixta de la justicia constitucional que predomina en la mayor parte de los países de América Latina. La pregunta clave en este punto es: ¿por qué la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad acerca al modelo colombiano a la fórmula del constitucionalismo fuerte?

El argumento central de esta sección es que la existencia de un modelo mixto de justicia constitucional permite que los jueces y las autoridades administrativas inapliquen leyes que fueron consideradas previamente por la Corte Constitucional como compatibles con los valores públicos de la Constitución. Esto puede suceder cuando concurren dos condiciones. Por una parte, cuando la sentencia de la Corte Constitucional que confirmó la validez de la ley hizo tránsito a mera cosa juzgada relativa porque solo tuvo en cuenta uno o algunos argumentos que atacaban la compatibilidad de la ley con la Constitución o la Corte restringió los efectos de la decisión a algunos cargos concretos de inconstitucionalidad. En segundo lugar, cuando los jueces o las autoridades administrativas justifican la existencia de argumentos diferentes a los analizados por la Corte y estas nuevas consideraciones permiten inferir la incompatibilidad de la ley con la Constitución. En esos casos, se reitera, los jueces pueden ejercer su facultad para inaplicar la ley por medio de la excepción de inconstitucionalidad. Una breve explicación del funcionamiento del sistema mixto de control de constitucionalidad permitirá respaldar esta tesis.

La excepción de inconstitucionalidad es la facultad de todos los jueces y autoridades administrativas para inaplicar una ley en un caso concreto. La excepción de inconstitucionalidad puede ser ejercida de oficio o a petición de parte, pero solamente tiene efectos *inter partes* y no afecta la validez de la ley. Eso quiere decir que la ley debe ser aplicada por los demás jueces del país, sin perjuicio de que estos mismos –dentro de su margen de autonomía– también la inapliquen mediante la excepción de inconstitucionalidad. En cualquier caso, el hecho de que algunos, muchos o la mayoría de los jueces inapliquen una determinada ley no vincula a los demás jueces del país porque estos conservan su independencia funcional[181].

---

181 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 de 2011, fundamento jurídico 2.2.

Como la validez de la ley no resulta afectada por la excepción de inconstitucionalidad, los ciudadanos pueden demandarla ante la Corte Constitucional con el objetivo de que el tribunal realice el control abstracto de constitucionalidad. En su sentencia de fondo, la Corte Constitucional puede confirmar la validez de la ley o expulsarla del ordenamiento jurídico. En ambos casos, la decisión del tribunal constitucional tiene efectos generales o *erga omnes*.

Dentro del análisis de control abstracto que realiza la Corte Constitucional, el hecho de que los jueces hayan inaplicado la ley en casos concretos es un dato que la Corte puede tener en cuenta, pero que en ningún caso vincula al tribunal constitucional. Por el contrario, la decisión de la Corte sobre la (in) constitucionalidad de la ley sí vincula a los demás jueces del país. Sin embargo, la fuerza vinculante de la decisión de la Corte Constitucional cambia en función de si el tribunal invalidó la ley o la mantuvo dentro del ordenamiento jurídico.

En el primer caso, el efecto inmediato de la decisión de la Corte Constitucional de invalidar una ley es que esta deja de existir dentro del ordenamiento jurídico. En este supuesto, la combinación de un sistema de control abstracto y uno difuso tendría dos consecuencias convenientes para la protección de la Constitución. Por una parte, la excepción de inconstitucionalidad habría contribuido a evitar que una ley contraria a los valores públicos de la Constitución se aplicara en algunos casos puntuales. En segundo lugar, el ejercicio del control concreto puede ser útil cuando genera debate sobre la inconstitucionalidad de la ley antes de que ocurra el control abstracto de constitucionalidad.

Desde el punto de vista deliberativo, la Corte Constitucional puede enriquecer sus debates con los argumentos aportados por los jueces de control concreto cuando estos inaplicaron una ley. A estos efectos, resulta inadecuado que no exista un mecanismo para que la Corte Constitucional de Colombia conozca plenamente un informe general sobre el ejercicio de las excepciones de inconstitucionalidad por parte de los demás jueces del país.

En el segundo caso, si la Corte confirma la compatibilidad de la ley con la Constitución, la combinación de un sistema de control abstracto y uno difuso significa que una ley coherente con la Constitución fue dejada de aplicar previamente en uno o varios casos. Se trata de un riesgo soportable para los sistemas de control difuso en los cuales el criterio de unificación tarda en proferirse porque depende de que el caso llegue a las altas instancias judiciales. Además, aun cuando la Corte Constitucional no coincida con el criterio de los jueces que inaplicaron la ley, los argumentos de estos permiten que haya un debate judicial previo sobre la constitucionalidad de la ley antes de que el tribunal de unificación se pronuncie. En consecuencia, el efecto de robustecimiento de la

deliberación también se produce cuando los jueces y la Corte Constitucional tuvieron criterios diferentes sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución.

Ahora bien, a partir del momento en el que la Corte fija la interpretación de la ley y declara que esta es compatible con los valores públicos de la Constitución, la regla general es que los jueces del país deben aplicar esa ley y no pueden ejercer la excepción de inconstitucionalidad. Se trata de un efecto inherente al pronunciamiento de unificación por parte de la Corte Constitucional y a factores como: los efectos generales de las sentencias de constitucionalidad, la cosa juzgada constitucional, el principio de coherencia del ordenamiento jurídico y el derecho a la igualdad. La decisión de la Corte es definitiva en relación con la constitucionalidad de la ley y los jueces no pueden invocar su desacuerdo con la decisión de la Corte como causal para inaplicar nuevamente la ley[182].

Sin embargo, la regla anterior admite una excepción. Cuando la decisión que confirmó la constitucionalidad de la ley solo puede ser considerada como cosa juzgada relativa porque la Corte Constitucional limitó el análisis de la norma a ciertos argumentos o cargos formulados por el demandante, esa misma ley puede volver a ser inaplicada por un juez ordinario si este considera que el tribunal no tuvo en cuenta algunos elementos que permiten inferir que esa norma es contraria a la Constitución. Es decir, el juez ordinario puede apartarse de la decisión que confirmó la compatibilidad de la ley con la Constitución si cumple con una carga de argumentación sobre la necesidad de inaplicar esa ley para garantizar la supremacía de la Constitución.

Lo anterior significa que una ley, cuya calidez constitucional fue confirmada por la Corte Constitucional, puede ser inaplicada mediante la excepción de inconstitucionalidad cuando la confirmación de la validez constitucional solo se produjo frente a un conjunto limitado de reproches de inconstitucionalidad y cuando el juez que la inaplica cumple con una mínima carga de argumentación al utilizar la excepción de inconstitucionalidad.

Desde el punto de vista de la protección de la Constitución, no hay ningún problema con que los jueces puedan inaplicar nuevamente una ley con base en argumentos no considerados por el tribunal constitucional. Si la Corte no hizo un análisis integral de la compatibilidad de la ley con la Constitución, parece lógico que los jueces puedan considerar que hay razones suficientes para inaplicarla porque la ley es incompatible con la Constitución bajo una

182 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 de 2011, fundamento jurídico 2.6.

perspectiva sobre la que el tribunal constitucional no se pronunció o, lo que es lo mismo, sobre la cual no existe cosa juzgada constitucional.

En ese sentido, el modelo colombiano de justicia constitucional opera con un alto grado de efectividad porque aquellos potenciales reproches de inconstitucionalidad contra una norma pueden ser analizados en control abstracto por la Corte Constitucional mediante una acción pública de constitucionalidad o en control concreto por todos los jueces y autoridades administrativas del país mediante la excepción de inconstitucionalidad. Cuando el control abstracto no recoge todos los reproches que se pueden formular en contra de una ley, queda la oportunidad de que los jueces o autoridades administrativas inapliquen esa ley para proteger la supremacía constitucional y los derechos constitucionales.

Esa efectividad del modelo colombiano de justicia constitucional lo acerca a la fórmula del constitucionalismo fuerte, porque la Corte Constitucional tiene la última palabra sobre la validez de la ley e, incluso cuando esta se ha pronunciado a favor de la ley, es posible que el juez o la autoridad administrativa encuentren otro reproche de constitucionalidad que les habilite para inaplicarla nuevamente.

Como se ha advertido en varias ocasiones, el hecho de que un elemento aproxime al sistema de justicia constitucional hacia un modelo fuerte no es un problema en sí mismo. Incluso, se puede afirmar que, al aumentar la eficacia de la protección constitucional, la existencia de un modelo mixto es una ventaja con independencia de su proximidad con el modelo fuerte de justicia constitucional.

Sin embargo, es importante crear vías de comunicación entre los jueces constitucionales ordinarios (todos los jueces del país) y la Corte Constitucional para que la unificación de la jurisprudencia sea dinámica y se evite el costo de oportunidad que puede causar el hecho de cerrar prematuramente debates sociales profundos a favor del juez constitucional. Del mismo modo, es imperativo construir un sistema sólido de precedentes que permita a todos los jueces del país conocer con claridad las líneas centrales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el fin de que se pueda avanzar hacia la consolidación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

Para finalizar esta sección es importante reiterar que esta es una descripción del modelo colombiano de justicia constitucional. Eso quiere decir que la relación entre uno de estos mecanismos y la fórmula del constitucionalismo fuerte dice poco sobre su conveniencia o adecuación dentro del sistema político colombiano. En otras palabras, afirmar que las sentencias estructurales o el test de sustitución aproximan a Colombia a un sistema de justicia constitucional

fuerte no es una crítica en sí misma contra esos dos instrumentos. Por el contrario, como se defenderá en este capítulo, la idea central de esta descripción solamente es señalar que dentro de un modelo preponderantemente fuerte se abre un espacio para el constitucionalismo débil, con lo cual no se puede respaldar democráticamente a un sistema de justicia constitucional si antes no se analizan todos los elementos de su funcionamiento y el contexto dentro del cual estos operan.

2.2. UN ESPACIO PARA EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL EN COLOMBIA

La anterior sección permitió demostrar que el sistema colombiano incorporó los elementos clásicos de la fórmula del constitucionalismo fuerte y desarrolló otros instrumentos que aumentan la cercanía con esa fórmula. En este punto, la pregunta que guía esta sección de la investigación es la siguiente: ¿existe algún espacio para el constitucionalismo débil en Colombia?

Por supuesto, la pregunta no apunta a obtener la respuesta obvia de que todo puede cambiar y, en consecuencia, el sistema colombiano podría ser reformado para incorporar un sistema débil de control de constitucionalidad mediante la eliminación de la prohibición de respuestas legislativas, el cambio de la jurisprudencia sobre el control de las reformas constitucionales por medio del test de sustitución o la implementación de una cláusula dialógica como la establecida en el artículo 33 de la *CCORF*.

Por el contrario, la pregunta se dirige a verificar si, bajo el actual estado de cosas, existen algunos elementos que puedan ser considerados como parte de la fórmula o de los instrumentos del constitucionalismo débil. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, esta permitirá desvirtuar la tesis que afirma la existencia de un abismo insalvable entre los sistemas fuertes y débiles de constitucionalismo. Adicionalmente, se pondrá en cuestión la solidez general de esa clasificación contemporánea del constitucionalismo y de la justicia constitucional que considera a estas dos categorías como antípodas y mutuamente excluyentes.

En esta sección se desvirtuará o moderará la tesis sobre la existencia de uno de los elementos de la fórmula del constitucionalismo fuerte en Colombia, en concreto, se hará referencia a i) la menor rigidez efectiva de la Constitución en relación con su rigidez formal. También se describirán los instrumentos del constitucionalismo débil que han sido desarrollados por la Corte Constitucional, como: ii) el carácter rogado y el término de caducidad del control

de constitucionalidad a las reformas constitucionales, iii) la aplicación de un esquema de reparación bilateral de la discriminación normativa a través de las sentencias de exhorto, iv) el alto nivel de deferencia del tribunal frente al legislador mediante el principio *in dubio pro legislatore*, la presunción de constitucionalidad de las leyes y la modulación de los efectos de las sentencias, y v) la existencia de una clásica reacción tecnocrática a las decisiones judiciales (*i.e.*, incidente de impacto fiscal) y los amplios escenarios deliberativos dentro del proceso de constitucionalidad.

2.2.1. La rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es menor que su rigidez formal

El primer elemento de la fórmula del constitucionalismo fuerte que resulta controvertido en Colombia es la rigidez de la Constitución de 1991. En efecto, la Constitución de Colombia puede ser calificada como rígida solo desde un punto de vista formal o estrictamente jurídico. Aunque existen constituciones formalmente más rígidas que la colombiana (*e.g.*, España y Estados Unidos), las normas sobre la reforma de la Constitución por parte del Congreso de Colombia también son exigentes e implican barreras para el cambio constitucional porque requieren unas mayorías calificadas, un número mayor de debates y la aprobación de la reforma en dos periodos ordinarios y consecutivos.

No obstante, la rigidez constitucional es un concepto que exige mirar más allá de las normas jurídicas que establecen los procedimientos de reforma de una Constitución y de los factores clásicos para su determinación: el número de instituciones que intervienen, las mayorías requeridas y la potencial participación directa del pueblo. Cuando el análisis se limita a la lectura de estos parámetros, se proporciona una idea fragmentada y esencialmente incompleta del grado de rigidez de una Constitución. Según señala Ferreres, la rigidez también depende de elementos externos al texto constitucional como la cultura política, el sistema de partidos, la probabilidad de alianzas entre los partidos políticos y la historia o la tradición del país. Como se analizó en el capítulo cuarto, a esta visión más amplia se le denomina la rigidez efectiva de la Constitución[183].

Sin duda alguna, la rigidez efectiva de la Constitución de 1991 es mucho más baja que su rigidez formal porque existen factores políticos, culturales y

---

183 Ferreres Comella. "Una defensa de la rigidez", cit., pp. 29-47.

sociales que propician el cambio constitucional. Una prueba empírica de la menor rigidez constitucional es que en los últimos cinco lustros se han realizado más de cuarenta reformas a la Constitución. La mayor parte de esos cambios son trascendentales porque han modificado aspectos institucionales esenciales, como el sistema político o el modelo de investigación y acusación penal. En menos de diez años se permitió la reelección del presidente y se prohibió nuevamente[184].

La aplicación de los criterios de la rigidez constitucional efectiva indica que la Constitución de 1991 tiene una rigidez relativa. Uno de los principales factores que explica esa tendencia hacia la flexibilidad de la Constitución es el excesivo presidencialismo. Los amplios poderes del presidente dentro del Estado colombiano se manifiestan con una especial intensidad en su relación con el Congreso.

En efecto, el órgano de representación está sometido a una constante influencia del Gobierno porque este tiene diversos mecanismos para limitar la autonomía del Congreso: un fuerte poder de iniciativa legislativa y de control de la agenda parlamentaria, altas cuotas burocráticas y discrecionalidad sobre una gran cantidad de recursos que se distribuyen en las regiones de acuerdo con la disciplina que muestran los integrantes del Congreso en relación con los proyectos del ejecutivo. En consecuencia, el presidente ostenta una posición desde la que puede aglutinar con cierta facilidad las mayorías necesarias para lograr el impulso y la aprobación de una reforma constitucional.

El régimen débil de partidos políticos también es un factor que explica la proclividad del sistema a la reforma constitucional. La inexistencia de bancadas con fundamentos ideológicos fuertes permite la cohesión de diferentes partidos en torno a objetivos que en otros contextos generarían un alto nivel de polarización. Adicionalmente, la falta de garantías para el ejercicio de la oposición impide que se profundice en el debate sobre los proyectos de reforma constitucional y juega a favor de la aplicación indiscriminada de la ley de la mayoría.

La inexistencia y debilidad de la opinión pública resta espacio para una deliberación colectiva sobre las reformas constitucionales. Más allá de ciertos casos puntuales, la deliberación se desarrolla por los mismos representantes de los partidos políticos o por la élite académica del centro y de las principales

---

184 Un resumen de las reformas a la Constitución de 1991 hasta el año 2008 en Ramírez Cleves. "Reformas a la Constitución de 1991", cit., pp. 151-168.

ciudades del país. Por regla general, no existe una tradición de debate robusto en respaldo u oposición a un proceso de reforma constitucional.

Del mismo modo, la prohibición de respuestas legislativas por la vía de las leyes ordinarias conduce a que se piense frecuentemente en la modificación de la Constitución como el mecanismo idóneo para cambiar una política pública o para establecer los medios necesarios para obtener un conjunto de objetivos sociales.

Con frecuencia, se reacciona a problemas coyunturales con propuestas de reforma constitucional que incluyen medidas efectistas y poco deliberadas. También han surgido fenómenos de populismo punitivo que abogan por modificar la Constitución con el fin de implementar respuestas penales extremas (*i.e.*, cadena perpetua) a distintos problemas sociales, como la violencia intrafamiliar o el abuso sexual de niños y niñas.

El objeto de este capítulo no es repetir los argumentos sobre la menor rigidez efectiva de la Constitución de 1991, sino moderar la idea de que el sistema constitucional de este país se adhiere a la fórmula del constitucionalismo fuerte. Como se enunció varias veces previamente, esta fórmula tiene como primer elemento la rigidez –léase efectiva– de la Constitución. Si un Estado tiene una Constitución formalmente rígida pero efectivamente flexible, no participa de la fórmula del constitucionalismo fuerte porque lo que interesa a esa fórmula es que la rigidez niega la posibilidad de reacción del Congreso frente a las decisiones judiciales.

En Colombia, la menor rigidez efectiva de la Constitución permite que el Congreso cuente con opciones institucionales para responder a las decisiones judiciales. En contra de lo que hacían creer los criterios formales, el legislador no tiene tantas barreras para reaccionar a las decisiones de la Corte Constitucional mediante una reforma constitucional. Por el contrario, la Constitución de Colombia "es fácil de enmendar. Se necesita menos de un año para hacerlo. El Congreso ha aprobado un promedio de dos enmiendas constitucionales por año. Varias de ellas obligaron a la Corte a modificar su doctrina para acatar el cambio introducido al texto constitucional"[185].

Por esa razón, el legislador ha reaccionado efectivamente a las decisiones del tribunal y le ha compelido a modificar su propia jurisprudencia. Como se recordará, esta era una de las ideas centrales de la reforma constitucional como reacción a las decisiones del tribunal constitucional.

---

185 Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*, cit., pp. 249-250.

Además, las reacciones a las decisiones judiciales por la vía de la reforma constitucional no solo han tenido origen en el Congreso. El poder ejecutivo también ha presentado múltiples iniciativas de reforma constitucional con el objetivo de enfrentar las decisiones de la Corte Constitucional a través de cambios en el parámetro de constitucionalidad. Esta conducta ha sido reiterada desde los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional[186].

Desde luego, no todos los intentos de reforma constitucional en respuesta a decisiones judiciales han sido exitosos. Por ejemplo, en el año 1995 se propuso una reforma constitucional con el fin de restringir las competencias de la Corte Constitucional y, en concreto, se intentó prohibir que la Corte realizara un control material de los decretos mediante los cuales el presidente declara un estado de excepción[187]. También se ha tratado de eliminar la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, prohibir los fallos de la Corte Constitucional con efectos modulados o cualificar la mayoría necesaria para que el tribunal constitucional pueda invalidar una ley. Esta última, por ejemplo, fue la propuesta que planteó Waldron en su conferencia ante la Corte Constitucional de Colombia[188].

Además, es importante anotar que la menor rigidez efectiva de la Constitución de 1991 no ha conducido necesariamente a que el Gobierno o el Congreso reaccionen a las decisiones de la Corte Constitucional. En muchos casos, la razón principal para que los demás poderes del Estado acepten las decisiones de la Corte no tiene relación con las barreras para las reacciones legislativas sino con un criterio político.

En efecto, la administración y el legislador evitan contestar a ciertas sentencias de la Corte Constitucional porque comparten la decisión del tribunal sobre temas altamente controvertidos en los cuales resulta cómodo permitir que la Corte sea el órgano que asuma la responsabilidad ante la opinión pública por haber resuelto un desacuerdo social en un sentido determinado. Por esa razón, a pesar del bajo nivel de rigidez efectiva de la Constitución y del amplio poder del presidente, las reformas constitucionales no son finalmente aprobadas. En el fondo, el propio legislador comparte frecuentemente el contenido de las decisiones del tribunal constitucional a las que se pretendía

---

186 "[D]esde 1991, todo presidente de la república ha propuesto una enmienda constitucional en respuesta a un dictamen de la Corte". Ibíd., p. 220.

187 Uprimny. "The Constitutional Court", cit., p. 42.

188 Waldron, Jeremy. "Control de constitucionalidad y legitimidad política", *Dikaion*, vol. 27, n.º 1, 2018, pp. 7-28.

reaccionar, y eso explica que hayan "fracasado varias iniciativas de enmienda constitucional dirigidas contra decisiones específicas de la Corte"[189].

Con todo, la diferencia entre el alto nivel de rigidez formal y el bajo nivel de rigidez efectiva de la Constitución abre un espacio para que el modelo colombiano tome distancia de la fórmula del constitucionalismo fuerte. Además de este aspecto de la estructura constitucional, existen otros elementos que juegan a favor de experiencias del constitucionalismo débil en la justicia constitucional colombiana.

2.2.2. EL CARÁCTER ROGADO Y EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

Un argumento en contra de la tesis de que en Colombia existe una Constitución con un bajo nivel de rigidez efectiva es el propio juicio de sustitución. Según esta réplica, el legislador puede reformar con cierta facilidad la Constitución, pero no debe olvidarse que la Corte Constitucional puede intervenir para controlar esa reforma mediante una acción pública de constitucionalidad. Esta crítica se preguntaría válidamente: ¿de qué sirve la menor rigidez efectiva si la Corte tiene el poder para determinar la existencia de vicios de procedimiento o de una sustitución de la Constitución y quedarse con la última palabra dentro del sistema democrático? De esta manera, la supuesta flexibilidad constitucional que jugaba a favor de la fórmula débil se atenúa en virtud de la intervención posterior del propio juez constitucional.

Frente a este argumento es importante insistir en que la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el juicio de sustitución se dirige a corroborar la existencia de un problema procedimental de competencia. Esa tesis ha sido muy discutida, pero tiene una ventaja para el propio legislador. En efecto, la doctrina de la sustitución de la Constitución, como un vicio de procedimiento, conduce a que el control de las reformas constitucionales por cargos de sustitución se encuentre limitado por tres factores: i) el carácter rogado del control por vicios de procedimiento, ii) el término de caducidad de un año y iii) el requisito de que sea el propio ciudadano quien demuestre que la reforma constitucional es una sustitución de la Constitución.

Por una parte, la sola existencia del juicio de sustitución suma razones a favor del constitucionalismo fuerte. Desde otro punto de vista, el funcionamiento

---

189 CEPEDA ESPINOSA. *Polémicas constitucionales*, cit., p. 250.

concreto del mecanismo implica que la intervención de la Corte tiene un límite temporal porque el tribunal no puede aplicar el juicio de sustitución de oficio, sino que está sometido a que un ciudadano presente la objeción de inconstitucionalidad en una demanda que debe ser radicada dentro del plazo de un año contado a partir del momento en el que se promulgó la reforma constitucional[190].

El ciudadano, por su parte, tiene la carga de acreditar en su escrito de demanda que se presentan los siete elementos del juicio de sustitución. Se trata de una carga cualificada porque el demandante debe desarrollar todas las etapas del juicio de sustitución. El incumplimiento de este requisito conduce a la inadmisión de la demanda o a una sentencia inhibitoria[191].

Esta barrera es más importante de lo que parece por la dificultad para construir un cargo de constitucionalidad que sea claro, cierto, específico, pertinente, suficiente y que incluya una argumentación mínima razonable sobre la sustitución de la Constitución. Con base en el incumplimiento de estos requisitos, la Corte Constitucional ha rechazado demandas o se ha declarado inhibida para resolverlas porque los demandantes no lograron construir el cargo de sustitución de la Constitución para que superara el baremo de la admisión, o habiéndolo superado, no lograron probar que la reforma efectivamente sustituía la Constitución[192].

Desde una defensa de la máxima apertura al control de constitucionalidad se ha objetado que esta carga para el demandante es una violación del principio *pro actione* porque deviene desproporcionada para los ciudadanos. Sin embargo, como se indicó en el capítulo sobre las objeciones funcionales, la Corte Constitucional ha estructurado una defensa sólida del sistema de

---

190 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 2014 (inhibición por extemporaneidad de la demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 1 de 2009).

191 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-242 de 2005 (inhibición por ineptitud de los argumentos de la demanda contra el Acto Legislativo 1 de 2003) y C-132 de 2012 (inhibición por insuficiencia de los argumentos de la demanda contra el Acto Legislativo 3 de 2011).

192 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-053 de 2016. La Corte Constitucional se declaró inhibida para resolver dos demandas contra el Acto Legislativo 2 de 2015. En criterio de la Corte, los demandantes no lograron construir un cargo claro y cierto sobre la inconstitucionalidad de esa reforma. La Corte señaló que los demandantes solicitaron la realización de un control de fondo sobre esa reforma constitucional y reiteró que este tipo de escrutinio no es posible porque en Colombia la competencia del tribunal se restringe a vicios de procedimiento y de competencia.

filtros como mecanismo para racionalizar el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y para cualificar el debate constitucional sobre la compatibilidad de la norma demandada con la Constitución o con sus principios esenciales e insustituibles.

Sin embargo, esta crítica es una prueba de la dificultad para formular con éxito una demanda contra una reforma constitucional con base en el juicio de sustitución. Eso significa que el control del cambio constitucional por medio de este mecanismo es excepcional, mientras que el control más frecuente se produce sobre los vicios de procedimiento en estricto sentido. Estos requieren una actividad probatoria que se centra en los hechos acaecidos durante el trámite legislativo, y ello permite un control menos discrecional de las reformas constitucionales. Además, el control por vicios de procedimiento genera menos problemas de legitimidad democrática para el tribunal precisamente por el ámbito tan acotado sobre el cual recae este tipo de control[193].

En síntesis, el juicio de sustitución es una doctrina de aplicación excepcional que requiere una actividad diligente de los ciudadanos y una experticia mínima para acreditar que una reforma constitucional ha sustituido un principio esencial de la Constitución. Aun así, es importante que el tribunal evite su utilización cuando existen vicios de procedimiento que afectan a una reforma constitucional y que limite la aplicación de esa doctrina desde dos aristas. Por una parte, el juicio de sustitución solo debe aplicarse en casos de reformas constitucionales abusivas y, por otra, el juicio de sustitución debe integrarse con el test de proporcionalidad y la ponderación.

Con esta última fórmula se puede disminuir la tensión que genera la doctrina de la sustitución de la Constitución con el principio democrático y moderar la cercanía del modelo colombiano de justicia constitucional con la fórmula del constitucionalismo fuerte. Del mismo modo, el uso prudente de la doctrina de la sustitución de la Constitución evitará que los demás poderes del Estado y la sociedad civil piensen frecuentemente en la asamblea constituyente como mecanismo para cambiar una política pública o resolver un desacuerdo que no pudo ser resuelto mediante una ley ordinaria o una reforma constitucional.

---

193 En cualquier caso, la construcción de un cargo de constitucionalidad por vicios de procedimiento también requiere un conocimiento especializado e implica una carga probatoria especial. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1124 de 2004 (inhibición del tribunal por insuficiencia de argumentos en relación con la violación del principio de consecutividad en el trámite del Acto Legislativo 1 de 2003).

Lo normal es que la sociedad utilice la abstracción de las disposiciones constitucionales para resolver los desacuerdos por medio de las leyes ordinarias. Solo excepcionalmente se debería pensar en el cambio constitucional, y muy excepcionalmente en una nueva Constitución. Como indicaba Ackerman, es importante distinguir los momentos constitucionales de los momentos de la política ordinaria y evitar modificar la Constitución para resolver problemas que pueden ser superados mediante un acto normativo del Congreso. Sin embargo, en Colombia se piensa directamente en la reforma constitucional o en la asamblea constituyente debido a la existencia de la prohibición de respuestas legislativas, el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales y el test de sustitución. Por esa razón, moderar el uso de este último tipo de control contribuye a evitar que la sociedad fuerce momentos constitucionales o modifique la Constitución en tiempos de política ordinaria.

2.2.3. La utilización del modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa y el sistema de exhortos al Congreso

Las tesis de las dos secciones anteriores podrían ser objetadas porque la falta de rigidez efectiva de la Constitución o la exigencia de una mínima argumentación sobre el test de sustitución no son suficientes para considerar que Colombia toma distancia de la fórmula del constitucionalismo fuerte. En consecuencia, es necesario resaltar otros mecanismos que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional que pueden dejar un espacio para el constitucionalismo débil en Colombia.

Con el fin de comprender los elementos que se analizan a continuación es importante señalar que entre los modelos de justicia constitucional fuerte y débil existe una asimetría. En el modelo débil de control de constitucionalidad la asimetría juega a favor del legislador, mientras que en el modelo fuerte la asimetría juega a favor de los tribunales. La asimetría consiste en que, dentro de un sistema de justicia constitucional débil, el legislador puede ser deferente con los tribunales para que la interpretación judicial se convierta en la última palabra dentro del sistema. No obstante, en los modelos débiles, los tribunales no pueden actuar como tribunales fuertes por una decisión propia. La misma asimetría opera en los modelos fuertes porque los jueces pueden ser deferentes con el legislador y dejar que este se quede con la última palabra dentro del

ordenamiento, pero el legislador no puede exigir a los tribunales que asuman una posición funcional de deferencia[194].

En el contexto de esa asimetría, la manifestación más importante de la fórmula del constitucionalismo débil en Colombia ocurre cuando la Corte Constitucional ha identificado un vacío legislativo o la existencia de una situación de discriminación normativa y ha procedido a emitir una sentencia en la que exhorta al Congreso para que promulgue una ley o remedie la violación al principio de igualdad. Se trata de las sentencias de exhorto en las que el tribunal invita al legislador a enmendar una situación de discriminación normativa mediante una decisión judicial propia de un modelo del constitucionalismo cooperativo[195].

La motivación para realizar los exhortos puede ser diversa, y en algunos casos no se trata solo de una cuestión de deferencia. Como se ha detectado en el Reino Unido, por ejemplo, a menudo los problemas que enfrentan las autoridades son tan complejos que paradójicamente nadie quiere tener la última palabra sobre un asunto determinado. Por esa razón, incluso en el modelo débil del Reino Unido, el Gobierno "está contento al dejar que sean los tribunales los que decidan sobre ciertas materias"[196]. En un sentido inverso, no es descartable que, en un modelo fuerte de control de constitucionalidad, el tribunal haga todo lo posible para que el Gobierno o el legislador decidan sobre ciertos problemas, porque ninguna autoridad quiere asumir el costo político de una decisión que divide a la sociedad profundamente o que puede ser objetada por sectores sociales con mucho poder.

Además de esa motivación política, las decisiones de exhorto revisten especial interés cuando la Corte Constitucional asume una posición dialógica, a pesar de haber podido remediar directamente una situación de discriminación normativa mediante la inclusión del grupo discriminado dentro del contenido

---

194 TUSHNET. "Alternative forms of judicial review", cit., p. 2787.

195 La Corte ha proferido exhortos al Congreso y al Gobierno, *inter alia*, en los siguientes casos: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-473 de 1994 (regulación del derecho de huelga en servicios públicos esenciales), C-1433 de 2000 (indexación de los salarios de los servidores públicos), C-016 de 2004 (adecuación del tipo penal de inasistencia alimentaria), C-728 de 2009 (regulación de la objeción de conciencia en el servicio militar obligatorio) y C-577 de 2011 (expedición de una norma sobre el vínculo igualitario para las parejas del mismo sexo).

196 "*Therefore, although the appeal of weak-form systems is thought to be that they give the legislature 'the last word' on rights, the fact is that the legislature may not want the last word, because it does not want to bear the brunt of political criticism that it does not respect rights*". KAVANAGH. "What's so weak", cit., p. 1023.

normativo de la ley objeto de control (sentencia integradora) o por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley contraria al principio de igualdad. Se trata de aquellos casos en los cuales el tribunal habría podido asumir el modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa y, no obstante, optó por el modelo bilateral.

A pesar de que el modelo bilateral es mucho más deferente con el legislador que el modelo unilateral, con frecuencia se afirma que un exhorto es una invasión del tribunal en las competencias del legislador. En concreto, se sostiene que la Corte Constitucional fija una parte de la agenda legislativa. Esa interpretación conduce a inferir que los exhortos fortalecen, en lugar de debilitar, el sistema de justicia constitucional.

Sin embargo, los exhortos son una manifestación del constitucionalismo débil en aquellos casos en los cuales el tribunal habría podido remediar directamente la discriminación normativa o emitir una decisión de inconstitucionalidad simple. En estos casos, la alternativa al exhorto no es el silencio del tribunal sino una decisión de invalidez de la ley o una sentencia integradora.

Por esa razón, la forma correcta de entender los exhortos es que estos forman parte del modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa. Este se caracteriza por incorporar un trabajo colaborativo entre la Corte y el legislador: a la primera le corresponde identificar, fundamentar y delimitar las dimensiones de una situación normativa contraria al principio de igualdad, mientras que el Congreso debe proceder a remediar esa situación con base en los parámetros de la decisión judicial[197].

La Corte Constitucional ha señalado que esta clase de decisiones forman parte de un modelo cooperativo porque el exhorto no es obligatorio para el Congreso. Esta posición aumenta la cercanía del modelo colombiano con la fórmula débil de la justicia constitucional. Sin embargo, para que exista un verdadero esquema de constitucionalismo cooperativo es necesario que el legislador responda efectivamente a la invitación del tribunal. Cuando el exhorto va acompañado de un plazo, es muy importante que el legislador se tome en serio ese plazo. Del mismo modo, cuando el exhorto no establece un término concreto, es esencial que el legislador no dilate de manera desproporcionada el cumplimiento del mismo o, en otras palabras, que lo cumpla dentro de un plazo razonable.

---

197 González Beilfuss. *Tribunal Constitucional*, cit., pp. 177-318.

La apertura al diálogo con el legislador por parte de la Corte Constitucional es un signo de deferencia que el Congreso debe interpretar como tal. Cuando la Corte profiere un exhorto, le confiere una segunda oportunidad al legislador. Sin embargo, esa oportunidad tiene un costo que repercute sobre la eficacia de los valores públicos de la Constitución. Por esa razón, el Congreso debe tener en cuenta que –en el corto plazo– el incumplimiento del exhorto habilitará al tribunal para remediar la discriminación normativa por medio de la revisión de las decisiones de tutela o en un nuevo proceso de constitucionalidad. En el largo plazo, el incumplimiento reiterado de varios exhortos puede provocar que el tribunal deje de ser deferente y asuma un modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa. Esta es una posición menos ideal para el tribunal, pero llegar a ese punto depende del grado de disposición del legislador para participar constructivamente en la conversación institucional con la Corte Constitucional.

En ese sentido, la asimetría comentada previamente permite entender dos aspectos esenciales. Por una parte, el hecho de que la práctica constitucional concreta del sistema fuerte de control de constitucionalidad de Colombia haya dejado un espacio para el constitucionalismo débil mediante la deferencia de la Corte Constitucional con el legislador. En segundo lugar, el deber de respuesta o de intervención del legislador en el diálogo institucional como una forma de propiciar manifestaciones futuras de deferencia por parte del tribunal constitucional. Si la Corte es deferente y el legislador responde efectivamente, este último estará legitimado para reprochar un ejercicio unilateral por parte del tribunal. Sin embargo, cuando el legislador no participa del diálogo institucional, pierde sus credenciales para exigir que el tribunal lo invite a dialogar.

En síntesis, en el marco de un constitucionalismo fuerte, como el colombiano, la práctica de los exhortos por parte de la Corte Constitucional apunta al establecimiento de un diálogo institucional entre el tribunal y el Congreso. Se puede afirmar que este fenómeno comparte características que son esenciales dentro de los modelos débiles, en especial, en los sistemas canadiense y neozelandés. La idea central es que la Corte renuncia a tener la última palabra dentro del sistema democrático y reconoce que tal posición le corresponde al legislador. Este, a su vez, tiene a su disposición la decisión judicial como una fuente central dentro del proceso de deliberación que debe desarrollar para remediar la situación de discriminación normativa[198].

198 Los problemas surgen, se insiste, cuando el legislador no responde o no satisface los criterios

2.2.4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO LEGISLATORE* Y LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

En el constitucionalismo colombiano existen otros elementos que pueden mover el sistema de justicia constitucional hacia la fórmula del constitucionalismo débil. La Corte Constitucional ha adoptado otras medidas propias de sistemas débiles como: i) evitar seleccionar algunos casos para la revisión judicial, ii) utilizar un estándar deferente con el legislador dentro del análisis de constitucionalidad de las leyes y iii) modular los efectos de sus propias decisiones[199].

En concreto, en esta sección se hará referencia a la fuerza que la Corte reconoce a la presunción de constitucionalidad de las leyes y al principio *in dubio pro legislatore.* En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, estos dos elementos se encuentran presentes desde el análisis de admisión de las demandas de constitucionalidad (suficiencia de los argumentos) hasta el estudio de fondo y las órdenes concretas que profiere el tribunal.

El punto de partida es el reconocimiento de que la Corte Constitucional de Colombia opera en un contexto de constitucionalismo fuerte. No obstante esa premisa, el tribunal ha mostrado un alto grado de deferencia con el legislador mediante la atribución de un contenido fuerte a los principios de conservación del derecho y de presunción de constitucionalidad de las leyes. En concreto, la Corte ha desarrollado la herramienta de la interpretación conforme para evitar invalidar disposiciones que tienen, al menos, una interpretación coherente con los valores públicos de la Constitución.

En primer lugar, en relación con la presunción de constitucionalidad de las leyes, es importante señalar que esta opera desde la propia admisión de la demanda con la que se inicia el proceso de control abstracto de constitucionalidad. Como se indicó en el capítulo tercero, el requisito de *suficiencia* de los argumentos de una acción de constitucionalidad implica que los ciudadanos deben aportar los elementos necesarios para que el juez pueda apreciar una duda razonable sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución. Si el ciudadano no logra crear una duda sobre la inconstitucionalidad de la ley, su

---

establecidos en una sentencia de la Corte Constitucional. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011.

199 Sobre la modulación de efectos de las decisiones judiciales como elementos del constitucionalismo débil, cfr. TUSHNET. "Alternative forms of judicial review", cit., p. 2792.

demanda será rechazada por no satisfacer los requisitos mínimos necesarios. En caso de que la demanda haya sido admitida, el tribunal puede declararse inhibido para resolverla de fondo.

La definición del requisito de suficiencia de los argumentos de una demanda de constitucionalidad ha sido construida con base en la presunción de constitucionalidad de las leyes. En concreto, para la Corte Constitucional un argumento es suficiente si aporta un conjunto de herramientas que generan una duda mínima sobre la posible inconstitucionalidad de la ley. Además, el tribunal considera que todo el proceso de control de validez de las leyes está determinado por la presunción de constitucionalidad de los actos normativos aprobados por el legislador[200].

Con este mecanismo, el tribunal puede dejar pasar (inadmitir o rechazar) algunas demandas de constitucionalidad. Desde luego, no se trata de una facultad discrecional, pero sí confiere un margen de actuación para que el tribunal decida que ciertas demandas no tienen el mérito suficiente para ser estudiadas de fondo por la Corte. El hecho de que aproximadamente dos quintas partes de las demandas sean inadmitidas, rechazadas o terminen con una sentencia inhibitoria refleja la importancia del sistema de filtros para disminuir la intervención del tribunal en la actividad legislativa.

En segundo lugar, si el demandante formula correctamente su demanda, esto no implica que se desvirtúe la presunción de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, las leyes ingresan al juicio de contraste con la presunción de constitucionalidad a su favor[201]. Ello significa que el tribunal debe orientar sus esfuerzos a encontrar una interpretación de la ley compatible con la Constitución y no al contrario, esto es, el tribunal no debe orientar sus esfuerzos a encontrar la manera de invalidar la ley[202].

Tanto la presunción de constitucionalidad de las leyes como el principio de conservación del derecho imponen que el tribunal decida a favor de la ley cuando encuentre, al menos, una interpretación de la misma que sea compatible con los valores públicos de la Constitución[203]. Del mismo modo, la Corte

---

200 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001, fundamento jurídico 3.4.2.

201 Ferreres Comella. *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 131-278.

202 Una visión del proceso de acción pública de constitucionalidad como una vía idónea para evaluar la fuerza de la presunción de constitucionalidad de las leyes en Roa Roa. *La acción pública*, cit., pp. 45-53.

203 Ferreres Comella. *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 38-39.

debe utilizar la interpretación conforme de la ley nacional con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos con el fin de adscribir a esa disposición una subregla constitucionalmente válida en todos los casos en que esto sea posible[204].

En muchas oportunidades, la Corte ha hecho ese esfuerzo por declarar la validez de la ley mediante sentencias interpretativas que fijan la norma adscrita que resulta compatible con la Constitución. Del mismo modo, la Corte ha utilizado la interpretación conforme para confirmar la validez de disposiciones legales[205]. El instrumento con el cual el tribunal aplica estos criterios es la sentencia de constitucionalidad condicionada. En esta, la Corte señala que una ley es compatible con la Constitución siempre que a las disposiciones legales se adscriba un determinado contenido normativo. Una buena parte de las decisiones de constitucionalidad del tribunal obedecen a este mecanismo[206].

La implementación de las sentencias interpretativas y de interpretación conforme es una vía adecuada para tomar distancia de la fórmula del constitucionalismo fuerte. Sin embargo, esta tesis ha sido discutida por quienes afirman que la deferencia del tribunal constitucional con el legislador, a través de la implementación de criterios hermenéuticos, no necesariamente refleja una tendencia de todo el sistema de control de constitucionalidad hacia el modelo débil[207].

Piénsese, por ejemplo, en la fórmula de James Bradley Thayer que utiliza una analogía con el estándar probatorio del derecho penal. De acuerdo con esa

---

204 Otra definición de la interpretación conforme señala que esta "significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por lo tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad". Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. Editorial Porrúa y unam, México, 2009, pp. 19-20. Sobre las cláusulas de la interpretación conforme en algunos países de América Latina, cfr. Ferrer Mac-Gregor. *Panorámica del derecho procesal*, cit., pp. 698-701.

205 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-542 de 1993, C-110 de 1994, C-145 de 1994, C-180 de 1994 y C-496 de 1994 y C-298 de 1998.

206 Hasta el mes de agosto de 2016, el tribunal constitucional colombiano había proferido 265 decisiones de constitucionalidad condicionada. Cfr., por todas, Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-545 de 1992 (inembargabilidad del presupuesto a excepción de créditos laborales) y C-146 de 2015 (requisitos del recurso de apelación).

207 Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. 37.

fórmula, el tribunal solo puede declarar inconstitucional una ley cuando esta es un error claro (*clear mistake*). Una ley es un error claro cuando se puede concluir, más allá de toda duda razonable, que esta es contraria a la Constitución. Si hay argumentos para sostener que la ley no es compatible con la Constitución, pero no se trata de un caso de error claro porque no se arriba a esa conclusión más allá de toda duda razonable, el tribunal debe ser deferente con el legislador y decidir a favor de la constitucionalidad de la ley[208].

Tushnet sostiene que el uso de la fórmula de Thayer, que impone un estándar exigente para que el tribunal pueda declarar inconstitucional una ley, no implica una inclinación por un modelo de justicia constitucional débil porque la deferencia no cambia la fórmula de un sistema de justicia constitucional. Con ese mismo criterio, Tushnet podría objetar la tesis de esta sección porque la deferencia de la Corte Constitucional con el legislador no sería suficiente para concluir que el modelo colombiano se ha alejado de la fórmula fuerte de la justicia constitucional. En su criterio, un sistema no deja de ser fuerte por el solo hecho de que los jueces sean deferentes o apliquen un baremo leve para analizar la constitucionalidad de una ley[209].

Sin embargo, esta tesis de Tushnet no es correcta desde los propios postulados de la fórmula del constitucionalismo débil. En efecto, una forma de plantear la tesis thayeriana es sostener que esta fórmula permite que la última palabra dentro del sistema democrático sea para el legislador, salvo en aquellos casos extremos en los cuales el tribunal está en capacidad de probar que la ley es un error claro (*clear mistake*) porque esta puede ser calificada, más allá de toda duda razonable, como contraria a la Constitución. Solo en este caso el tribunal tendrá la última palabra en relación con esa ley, pero el legislador tiene la oportunidad de aprobar otras normas en el mismo sentido sin llegar al extremo de cometer otro error claro.

A pesar de que en Colombia no se ha implementado el estándar propuesto por Thayer, se puede afirmar que el tribunal constitucional solo puede invalidar la ley cuando ha hecho todos los esfuerzos por encontrar, al menos, una interpretación de la ley compatible con la Constitución. Si alguno de esos esfuerzos tiene éxito, el tribunal debe confirmar la validez de la ley. La doctrina del error claro y la interpretación conforme son dos estándares muy diferentes;

---

208 THAYER, JAMES BRADLEY. "The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, vol. 7, n.º 3, 1893, pp. 129-156.

209 TUSHNET. "Judicial review of legislation", cit., p. 175.

sin embargo, ambos implican una preferencia fuerte por mantener la ley dentro del ordenamiento jurídico.

El tercer instrumento para destacar en esta sección ocurre cuando la demanda de constitucionalidad supera el baremo de admisión porque pone en cuestión la presunción de constitucionalidad que jugaba a favor de la ley, el demandante logra probar que la ley es incompatible con la Constitución y el tribunal no encuentra una sola interpretación de esa ley compatible con los valores públicos de la Constitución. En esos casos, la Corte debe declarar la invalidez de la ley. Sin embargo, aun en estos casos, el tribunal también ha sido cuidadoso para evitar ocasionar graves problemas derivados de la laguna normativa que puede generar la sentencia de inconstitucionalidad.

Por esa razón, la Corte ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la modulación de los efectos de sus decisiones para evitar que la invalidez inmediata de la ley cause mayores problemas que su vigencia temporal. En estas decisiones, el tribunal señala que la ley es incompatible con la Constitución, pero retrasa los efectos de la invalidez por un periodo razonable[210]. Este periodo es un tiempo de espera que juega a favor del legislador porque el propósito esencial de la modulación de los efectos es que el Congreso apruebe una nueva ley que sustituya a la que fue declarada inconstitucional con efectos diferidos[211].

Bajo la perspectiva dialógica, la modulación de los efectos de una sentencia que declara la invalidez de una ley también es una invitación deferente y efectiva al legislador para que apruebe una nueva ley antes de que se cumpla el plazo establecido por la Corte Constitucional[212]. Se trata de una deferencia

---

210 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-1541 de 2000 (Código Procesal del Trabajo), C-141 de 2001 (conversión de corregimientos en municipios), C-620 de 2001 (*habeas corpus*), C-737 de 2001 (régimen de regalías), C-720 de 2007 (detención provisional del infractor), C-252 de 2010 (impuestos en el marco de un estado de emergencia), C-366 de 2011 (Código de Minas) y C-818 de 2011 (plazo para expedir una ley estatutaria).

211 Sobre los tipos de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y la modulación de efectos, cfr. MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO. "Tipos de sentencia en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana". *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol 2, n.º 1, 2000, pp. 9-32. La misma clasificación se repite en CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO. "Jurisdicción constitucional en Colombia". *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 283-317. En Italia se ha desarrollado ampliamente el tema de la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad bajo la denominación de *sentencias manipulativas*. Sobre el tema se puede consultar ZAGREBELSKY, GUSTAVO y MARCENÒ, VALERIA. *Giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 381-405.

212 "*Suspended declarations are a valuable instrument of dialogue because they give the legislature an opportunity to expand the terms of debate and enact more comprehensive and creative remedies than*

que ocurre en la fase de los remedios que debe adoptar un tribunal constitucional ante la incompatibilidad de una ley con la Constitución.

Sin embargo, en países como Canadá y Sudáfrica, donde se ha realizado una discusión más profunda sobre este tipo de sentencias con efectos diferidos, se ha criticado la modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad. En Sudáfrica, por ejemplo, se ha usado la modulación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad para mantener temporalmente dentro del ordenamiento jurídico leyes que restringían el acceso a beneficios sociales o mantenían la discriminación para las parejas del mismo sexo[213]. Por su parte, en Canadá esta herramienta se ha usado a favor de leyes que criminalizaban la prostitución o prohibían toda forma de suicidio asistido[214]. Este sería un uso absolutamente conservador de la modulación de efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Además, en contra de las sentencias con efectos diferidos se afirma que estas conforman un mecanismo altamente discrecional que es utilizado por los tribunales para evitar críticas por su alto nivel de activismo. También se objeta que estas sentencias tienen un alto costo para la eficacia de la Constitución y causan perjuicios a aquellos individuos afectados por ley declarada inconstitucional porque estos deben soportar la aplicación temporal de un acto normativo contrario a la Constitución. Finalmente, se critica el alto nivel de inseguridad jurídica que generan ese tipo de sentencias a pesar de que, paradójicamente, los tribunales las utilizan con el objetivo de evitar lagunas jurídicas e inseguridad jurídica[215].

A esas críticas se ha respondido que la modulación de efectos es un mecanismo excepcional que los tribunales utilizan para casos extremos en los que la invalidez inmediata de la ley genera graves perjuicios[216]. Además, se aduce

---

the court's restricted remedy of invalidity". ROACH, KENT. "Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, p. 176.

213 La Constitución de Sudáfrica permite que el tribunal limite los efectos de la declaración de invalidez de la ley o la suspenda con el fin de que la autoridad competente corrija el acto normativo. Cfr. Constitución Política de Sudáfrica, art. 172.1.b.

214 LECKEY, ROBERT. "The harms of remedial discretion". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 3, 2016, p. 588.

215 LECKEY. "The harms of remedial discretion", cit., pp. 584-607.

216 Algunos autores reconocen que la declaración de inconstitucionalidad con efectos diferidos puede lesionar a los titulares de los derechos que resultaban violados con la ley. Sin embargo, comparan esa medida extrema con los casos en los cuales el Gobierno o el legislador deben suspender provisionalmente algunos derechos en situaciones de emergencia. Cfr. HOOLE,

que se trata de una medida poco discrecional cuando los tribunales aplican el principio de proporcionalidad para definir en qué casos es necesario diferir los efectos de una declaración de inconstitucionalidad y el tiempo durante el cual se preserva la validez de la ley[217].

En el caso concreto de Colombia, desde los primeros asuntos en los cuales se difirieron los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional estableció una serie de requisitos que deben concurrir antes de que el tribunal pueda proceder a aplazar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. En concreto, la Corte señaló que este tipo de medidas requiere acreditar que: i) se causa un perjuicio mayor cuando se declara la inconstitucionalidad inmediata de la ley, ii) no es posible acudir a otro tipo de decisión (*i.e.*, sentencia integradora) y iii) el plazo conferido al legislador tiene un respaldo constitucional razonable[218].

Desde luego, no todos los autores aceptan que diferir los efectos de una sentencia sea una manifestación de un modelo débil de justicia constitucional. Por el contrario, Víctor Ferreres mantiene que ese tipo de competencias es un vector que aumenta el activismo de un tribunal constitucional. En su argumento, el activismo es entendido como la mayor propensión del tribunal a juzgar de manera estricta la constitucionalidad de las leyes. La idea central aquí es que un tribunal que puede diferir los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad goza de una mayor tranquilidad para aplicar un baremo exigente al evaluar la constitucionalidad de las leyes porque su decisión (diferida) no causará los mismos traumatismos que la invalidez inmediata de la ley[219].

No es descartable que un tribunal actúe de esa manera, es decir, que aplique un baremo estricto para juzgar la constitucionalidad de las leyes y las invalide con cierta tranquilidad porque sabe que puede aplazar los efectos de esa decisión, con lo cual minimizará las consecuencias de la laguna jurídica. Sin embargo, en el argumento que se ha construido en esta sección sobre la práctica constitucional colombiana, las sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos no se pueden considerar como una manifestación o vector de activismo. El acto mismo de diferir los efectos, se ha argumentado, es una invitación

---

GRANT. "Proportionality as a remedial principle: a framework for suspended declarations of invalidity in Canadian Constitutional Law". *Alberta Law Review*, vol. 49, n.º 1, 2011, p. 109.

217 HOOLE. "Proportionality as a remedial principle", cit., pp. 107–148.

218 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-737 de 2001, fundamento jurídico 49.

219 FERRERES COMELLA. "Una defensa del modelo europeo", cit., p. 137.

al diálogo institucional y a la colaboración armónica entre los poderes. A este tipo de decisiones solo se llega cuando se han agotado otras herramientas de conservación del derecho, como la interpretación conforme, o cuando se ha acreditado la imposibilidad de proferir una sentencia integradora.

Del mismo modo, tampoco aparece acreditada una relación directa entre la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad y los criterios, parámetros o baremos hermenéuticos utilizados por el tribunal para examinar la compatibilidad de las leyes con la Constitución. Por el contrario, un tribunal puede ser deferente y prudente en cada etapa del proceso al admitir solo casos bien argumentados, evaluar la constitucionalidad de las leyes de una manera que se tome en serio la presunción de constitucionalidad que juega a favor de las mismas, utilizar siempre la interpretación conforme, aplicar el estándar del error claro y, en último caso, diferir los efectos de su inevitable decisión de invalidar una ley.

No es posible establecer una conexión o regla general de una sola vía entre la posibilidad de diferir los efectos de la decisión de inconstitucionalidad y el estándar aplicado por el tribunal para evaluar la compatibilidad de esa ley con la Constitución. Una cosa es que la competencia para aplazar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad resuelva problemas relacionados con la invalidez inmediata de las leyes y otra, muy diferente, es que esa facultad marque necesariamente el nivel de escrutinio de los tribunales constitucionales[220].

Además, no parece razonable que un tribunal encuentre una o varias interpretaciones de una ley conformes con la Constitución pero, basado en su facultad para diferir los efectos de la decisión de invalidez, opte por descartar esa interpretación compatible y expulsar la ley con efectos diferidos a la espera de que el legislador apruebe otra ley más compatible con la Constitución. Del mismo modo, tampoco es razonable que un tribunal encuentre que no hay

---

220 Esta tesis resulta especialmente cierta cuando las razones que llevan al tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la ley son de tipo procedimental. Por ejemplo, cuando el Congreso limita un derecho fundamental mediante una ley ordinaria y la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de ese acto normativo, pero confiere un plazo para que el legislador apruebe esas mismas limitaciones mediante una ley estatutaria. En este caso, el uso de los efectos diferidos de la decisión de inconstitucionalidad no está relacionado con el mayor o menor grado de severidad del juez constitucional al valorar la ley sino con el propósito de evitar los problemas derivados de la invalidez inmediata de la ley. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-223 de 2017. Inconstitucionalidad de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía y Convivencia) por violación de la reserva de ley estatutaria. Los efectos de la decisión fueron diferidos hasta el agotamiento de las dos legislaturas siguientes.

ninguna interpretación de una ley compatible con la Constitución y se abstenga de invalidarla bajo la excusa de que no puede diferir los efectos de esa decisión. En este segundo caso, el tribunal debe saber que la causa inmediata de los problemas que genera la inconstitucionalidad de una ley es su decisión judicial, pero la causa estructural y de fondo de esos problemas proviene de que el legislador haya aprobado un acto normativo contrario a la Constitución.

En el mismo sentido, desde el punto de vista de las relaciones entre los poderes públicos, una decisión de invalidez de una ley, cuyos efectos se han diferido, no suaviza las consecuencias de la inconstitucionalidad sino que impone una doble carga sobre el legislador porque le deja en evidencia frente a la sociedad respecto del error inicial que ha cometido al aprobar una ley contraria a los valores públicos de la Constitución, a la vez que le presiona para que apruebe otro acto normativo compatible con esos valores. Si un tribunal conoce estos dos efectos, puede que la facultad para diferir los efectos de la invalidez de la ley no le impulse necesaria y sistemáticamente a juzgar con rigor la constitucionalidad de las leyes, sino a usar esa facultad en casos donde es realmente necesario iniciar un diálogo institucional con el legislador.

En síntesis, como se puede colegir de los argumentos expuestos en esta sección, la Corte Constitucional de Colombia es un tribunal fuerte dentro de un sistema fuerte de justicia constitucional. Por esa razón, algunos autores han calificado al tribunal como uno de los más poderosos del mundo. Sin embargo, desde el estándar de admisión de las demandas de constitucionalidad hasta los efectos de las decisiones que finalmente invalidan una ley, el tribunal ha mostrado una deferencia con el legislador mediante ejercicios de *self-restraint* que implementan mecanismos propios de sistemas dialógicos y débiles de justicia constitucional (gráfico 4). Según se dirá más adelante, es frecuente que los propios tribunales supremos con funciones constitucionales o las cortes constitucionales desarrollen instrumentos para aumentar su soportabilidad democrática, y este elemento debe ser analizado cuando se juzga el carácter fuerte o débil de un sistema concreto de justicia constitucional.

GRÁFICO 4. MECANISMOS DE DEFERENCIA CONSTITUCIONAL

Fuente: elaboración propia.

2.2.5. LA DEFENSA DE LA LEY EN LOS ESCENARIOS DELIBERATIVOS Y EL *INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL* CONTRA DECISIONES DE (IN)CONSTITUCIONALIDAD: EL ACTIVISMO DIALÓGICO

El análisis de las dos fórmulas del constitucionalismo desde una perspectiva deliberativa permite inferir que el mero criterio sobre quién tiene la última palabra respecto de la constitucionalidad de una ley es pobre, limitado e insuficiente. La titularidad de la última palabra sobre los desacuerdos sociales es tan importante como el procedimiento que permite a una u otra autoridad participar en la resolución de esos desacuerdos y quedarse finalmente con la última palabra.

De acuerdo con este enfoque de los modelos fuertes y débiles de la justicia constitucional, los escenarios deliberativos del proceso de control de constitucionalidad son elementos que moderan el carácter fuerte del sistema colombiano de justicia constitucional porque crean un escenario cualificado para la deliberación institucional. En Colombia, esos espacios para la deliberación se han implementado en los procesos de control de constitucionalidad y en los procesos de decisiones estructurales. Adicionalmente, no se puede dejar de lado que en Colombia todavía existe una clásica reacción tecnocrática a las decisiones judiciales porque el incidente de impacto fiscal se puede interponer contra las sentencias de control abstracto de constitucionalidad.

En primer lugar, como se indicó en el capítulo segundo, cuando se admite una acción pública de constitucionalidad, la Corte debe convocar al procurador general, al presidente de la república y al presidente del Congreso. El procurador está obligado a presentar su informe sobre la constitucionalidad de la ley mientras que los demás pueden participar discrecionalmente. Del mismo modo, el tribunal convoca a las universidades, los centros de investigación y expertos individuales para que presenten sus intervenciones o conceptos escritos. Por último, todos los ciudadanos pueden presentar una intervención escrita en un proceso de control de constitucionalidad.

Con mayor frecuencia, la Corte ha convocado audiencias públicas orales con el fin de escuchar los argumentos de quienes presentaron intervenciones por escrito. El tribunal organiza la deliberación, establece un cuestionario común para los participantes y la sala plena destina jornadas completas a escuchar a los intervinientes. Desde luego, tanto las intervenciones escritas como las audiencias orales ocurren generalmente antes de que el magistrado sustanciador presente su propuesta de sentencia. De esta forma, la ponencia

y su discusión por parte de la sala plena se enriquecen a partir de estos escenarios deliberativos[221].

Lo anterior significa que el proceso de control de constitucionalidad colombiano no puede ser caricaturizado con la analogía de un grupo de nueve (viejos) jueces que deliberan en la soledad de sus despachos, consultan sus bibliotecas o los precedentes y luego se juntan en una sala para tomar una decisión final. El proceso de constitucionalidad en Colombia es abierto a los ciudadanos, a las demás autoridades del Estado y, muy especialmente, al Gobierno y al Congreso. Los interesados en la defensa de la ley pueden acudir al tribunal para presentar todos sus argumentos a favor de una decisión que declare la compatibilidad del acto normativo del legislador con la Constitución.

Las audiencias y los escenarios deliberativos dentro de un proceso de control de constitucionalidad permiten conocer todos los puntos de vista en un caso, fortalecer la deliberación dentro del tribunal, adoptar una mejor decisión y un remedio más adecuado. Ante la dificultad de los ciudadanos para que sus voces sean escuchadas dentro de los órganos legislativos, es importante que los tribunales constitucionales abran sus puertas para permitir que los ciudadanos se expresen. Se trata de la dimensión representativa y argumentativa a la que se hizo referencia en el cuarto capítulo.

Además de los efectos deliberativos que se destacaron en el capítulo quinto, el sistema de intervenciones escritas y audiencias públicas permite que exista una defensa plural y participativa de la ley. Al final, el juez tiene la última palabra, pero ha debido escuchar previamente las voces de quienes defendieron criterios diferentes sobre la relación de la ley con la Constitución.

Desde luego, la fórmula del constitucionalismo solo se pregunta por la titularidad de la última palabra, pero, sin duda alguna, una cosa es atribuir la última palabra a los jueces sin que estos deban escuchar previamente al legislador, al Gobierno y a los ciudadanos, mientras que otra muy distinta es permitir que el tribunal decida definitivamente sobre la constitucionalidad de la ley

---

221 A diferencia de las audiencias en procesos de revisión de tutela o sentencias estructurales, el sistema de audiencias y los escenarios deliberativos de los procesos de control de constitucionalidad en Colombia no ha captado la atención de las investigaciones académicas. Se trata de una fortaleza esencial del modelo de control de constitucionalidad que en otros países tiene una importancia central. En clave crítica sobre los escenarios deliberativos ante la Corte Suprema de Argentina, cfr. Benedetti, Miguel Ángel y Sáenz, María Jimena. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Siglo xxi Editores, Buenos Aires, 2016.

después de un proceso en el cual tuvo que escuchar distintos tipos de razones a las cuales debe contestar en la decisión judicial que invalida la ley. De nuevo, el modelo colombiano da cuenta del proceso judicial como un diálogo público, en términos de Owen Fiss, en el que el tribunal no puede dejar de hablar y su respuesta debe contestar a los argumentos de todos los participantes en la conversación sobre el contenido de los valores públicos de la Constitución[222].

En segundo lugar, el contenido participativo del proceso de constitucionalidad se ha potenciado en los procesos de decisiones estructurales mediante el sistema de audiencias de cumplimiento y sesiones técnicas. En estos espacios, el tribunal convoca al Gobierno, al Congreso, a los órganos de control, a las organizaciones no gubernamentales, a las asociaciones civiles, a las víctimas y cualquier autoridad encargada de resolver la situación estructural de violación sistemática de los derechos fundamentales. El tribunal se ha trasladado ocasionalmente a las regiones del país para escuchar *in situ* a todos los interesados en la superación de un estado de cosas inconstitucional.

Eso quiere decir que una decisión estructural no es producto de la reflexión exclusiva de un grupo de jueces formados en derecho e inexpertos en temas económicos o políticas públicas. El tribunal ha sido un espacio de encuentro entre los responsables de superar una situación de violación estructural de los derechos y quienes la sufren, la Corte ha captado la deliberación sobre problemas sociales relevantes y ha generado deliberación fuera del tribunal. A partir de las audiencias en la Corte Constitucional ha aumentado la interlocución entre las organizaciones de víctimas o entre estas y el Gobierno. Del mismo modo, se han generado coaliciones entre organizaciones de la sociedad civil que representan a las víctimas.

Por esa razón, la Corte Constitucional de Colombia ha generado una especie de activismo dialógico. La principal característica de esta forma de activismo es que el tribunal interactúa con la administración, con el legislador, con las víctimas de la situación estructural de violación de derechos y con la sociedad civil, de manera que los jueces constitucionales, "en lugar de definir los detalles de la política pública, involucran a múltiples voces en la exploración colectiva de soluciones a problemas complejos"[223].

En tercer lugar, no se puede omitir la existencia de una reacción tecnocrática mediante el incidente de impacto fiscal. Previamente se afirmó que la

---

222 Fiss. *El derecho como razón pública*, cit., pp. 33-34.

223 Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión*, cit., p. 154.

propia Corte Constitucional declaró inconstitucionales las normas que permiten interponer este incidente en procesos de tutela o amparo. Sin embargo, el incidente se puede interponer contra decisiones de (in)constitucionalidad cuando el Gobierno considera que esa decisión altera la sostenibilidad fiscal[224].

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano se mantiene vigente esa forma de reacción tecnocrática que impide que el juez tenga la última palabra dentro del sistema democrático. El incidente de impacto fiscal es una vía para que la Corte haga uso de otras de las herramientas que alejan al sistema de justicia constitucional de la fórmula del constitucionalismo fuerte (*i.e.*, efectos diferidos). Desde otro punto de vista, el incidente es un mecanismo inadecuado para introducir la perspectiva económica en el proceso de constitucionalidad que ha conferido legitimación activa a una autoridad (procurador general de la nación) que no tiene una posición funcional adecuada para valorar el impacto económico de una decisión judicial[225].

En síntesis, se puede profundizar sobre cada uno de los anteriores elementos y, en todo caso, se arribará a la conclusión de que el modelo colombiano representa a la fórmula del constitucionalismo fuerte. Aun así, la idea central de esta última parte de la investigación es que la pertenencia a cada una de estas fórmulas es una cuestión de grado, lo cual implica verificar la existencia de elementos de ambos modelos dentro de un mismo diseño institucional. Todos los aspectos analizados previamente moderan la calificación del sistema de justicia constitucional de Colombia como un esquema fuerte.

Por supuesto, la incursión de elementos del constitucionalismo débil en sistemas que son prevalentemente fuertes no es un fenómeno exclusivo de Colombia. Por ejemplo, Groppi retoma parcialmente la idea de Bickel sobre las virtudes pasivas de los jueces y señala que se han extendido los modelos que tienen a una de las dos fórmulas como punto de partida, dentro de los cuales

---

224 Cuando se interpone un incidente de impacto fiscal contra una decisión que confirma la validez de una ley, la alteración de la sostenibilidad fiscal no deriva de la decisión judicial de mantener la ley dentro del ordenamiento jurídico, sino que es una consecuencia de la aprobación de esa ley por parte del Congreso. Por esa razón, resulta criticable que la herramienta para introducir la perspectiva de sostenibilidad fiscal (incidente de impacto fiscal) se haya creado con el fin de atacar exclusivamente las decisiones judiciales mientras que se omitió esa posibilidad respecto de las decisiones legislativas o de los actos de la administración. Cfr. Roa Roa. "El incidente de impacto fiscal", cit., pp. 11-20.

225 Para críticas en este sentido al incidente de impacto fiscal, véase ibíd., pp. 11-20.

los tribunales se han encargado de introducir manifestaciones de la fórmula opuesta. En sus propias palabras:

> … los propios tribunales constitucionales en su jurisprudencia han desarrollado instrumentos para acrecentar su 'soportabilidad' para el sistema político. A esta exigencia pueden adscribirse algunas técnicas de decisión que permiten 'medir' el juicio de racionalidad, como la ponderación, la preocupación de los tribunales por motivar suficientemente sus sentencias y, en general, por la transparencia de la motivación (permitiendo el voto particular), el *self-restraint* judicial por el uso de instrumentos de selección de casos, y la doctrina de las *political questions*, además de la creación de tipos de sentencia que limitan (en el tiempo o en el espacio) el impacto de sus sentencias de inconstitucionalidad[226].

A modo de conclusión es importante señalar que, frente a los argumentos planteados en esta parte de la investigación, se puede objetar que aquí no se ha descubierto nada nuevo. Cabe señalar que se ha hecho un gran esfuerzo por demostrar algo que intuitivamente era predecible, esto es, que la división entre modelos fuertes y modelos débiles de justicia constitucional no es fatal sino una cuestión de grado. Dentro de ese esfuerzo, esta investigación se habría limitado a ubicar al modelo colombiano como un esquema inclinado hacia la posición fuerte con alguna moderación débil en virtud de los mecanismos descritos previamente.

Sin embargo, la revisión de la teoría estándar permite verificar que la idea de gradualidad no es plenamente aceptada y no ha sido desarrollada de manera suficiente. Aún queda mucho por investigar con el fin de explicar por qué los modelos de constitucionalismo fuerte han incorporado elementos del constitucionalismo débil y por qué los modelos de soberanía parlamentaria han incluido formas débiles de justicia constitucional. El propio Tushnet escribió en 2003 que uno de los temas más interesantes que debían afrontar los constitucionalistas durante la siguiente década era la cuestión relacionada con las diferencias prácticas entre el control de constitucionalidad débil y el control de constitucionalidad fuerte. El propio autor sugirió que una forma de ver las cosas era pensar que "ni el control de constitucionalidad fuerte es tan fuerte, ni el control de constitucionalidad débil es tan débil como los más vigorosos defensores de cada sistema piensan"[227].

---

226 Groppi. "Titularidad y legitimación", cit., p. 254.

227 Tushnet. "Judicial review of legislation", cit., p. 178.

Casi dos décadas después, persiste la necesidad de investigar las prácticas constitucionales concretas de los diferentes países, así como las razones, ventajas y problemas de la prevalencia de una u otra fórmula del constitucionalismo. En muchos Estados de América Latina, la idea de un constitucionalismo fuerte y un constitucionalismo débil todavía no ha sido bien difundida o comprendida. Adicionalmente, ha surgido el interesante problema de los límites a la incursión del constitucionalismo débil en los sistemas del constitucionalismo fuerte. Este aspecto se analizará en la última sección de esta investigación, donde se sugerirán algunos criterios para limitar la apertura al constitucionalismo débil en Colombia.

3. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL EN COLOMBIA

En este punto del capítulo cabe preguntarse si, más allá de profundizar en el conocimiento sistemático del modelo colombiano de control de constitucionalidad, tiene alguna utilidad saber que este pertenece a la fórmula del constitucionalismo fuerte, débil, o fuerte con espacios para elementos del sistema débil. Una de las respuestas plausibles a esta pregunta es que la pertenencia a una de las dos fórmulas tiene una conexión directa con el debate sobre la fundamentación o legitimidad democrática de la justicia constitucional. Otra respuesta para esa misma pregunta es que resulta importante conocer el grado de proximidad de un sistema de justicia constitucional con cada una de las dos fórmulas, porque esta es una metodología adecuada para entender las tensiones, los problemas y las fortalezas internas de cada modelo.

Además, un análisis como el enunciado permite determinar cuáles de los elementos de la fórmula del constitucionalismo fuerte y débil son convenientes para el contexto colombiano. Como se advirtió con anterioridad, la cercanía o la implementación de modelos de alguna de las dos fórmulas no implica una valoración positiva o negativa. Sin embargo, la existencia de un diseño que combina elementos del sistema fuerte y del sistema débil permite evaluar el grado de debilidad necesario, deseable o conveniente. También permite definir en qué aspectos el modelo debería ser más fuerte o más débil, al igual que las consecuencias de esas modificaciones para la justicia constitucional, para el sistema democrático y para la protección de los valores públicos de la Constitución.

Del mismo modo, lo que se ha construido hasta ahora permite analizar la justicia constitucional colombiana con una perspectiva diferente y con el uso de un lenguaje que ha sido utilizado con mayor frecuencia en el constitucionalismo global. La evaluación del grado de cercanía o distancia del sistema de control de constitucionalidad en Colombia con alguna de las fórmulas del constitucionalismo es útil para construir estudios de derecho comparado entre los Estados de América Latina y a nivel del Sur global. Además, permite entender si el esquema de justicia constitucional local puede ser susceptible de críticas teóricas sobre la fundamentación democrática del control de constitucionalidad o si puede ser modificado para aumentar o potenciar las ventajas deliberativas y democráticas del *judicial review*.

En definitiva, una lectura de la justicia constitucional bajo esta óptica permite ubicar al sistema colombiano de control de constitucionalidad dentro de los debates del constitucionalismo global en los que se utilizan estas categorías, y a la vez distinguir las teorías que son aplicables de aquellas que se refieren a otros contextos. Por esa razón, en la parte final de este capítulo se volverá sobre la conexión de esta división de la justicia constitucional con las objeciones en contra de la revisión judicial de las leyes. Además, se indicará un límite básico para las concesiones del constitucionalismo colombiano a favor del sistema débil de justicia constitucional.

3.1. Modelos débiles o fuertes y legitimidad democrática

En la discusión mundial sobre el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad se sostiene que los modelos que implementan la fórmula del constitucionalismo débil reducen el nivel de tensión entre el control judicial de las leyes y el principio democrático. Por esa razón, en los países con una tradición fuerte de soberanía parlamentaria habrían surgido y se habrían aceptado modelos débiles de justicia constitucional. Además, se afirma que resulta implícito en la fórmula del constitucionalismo débil que la objeción contramayoritaria adquiere un menor peso cuando la última palabra la tiene el Congreso en virtud de que existen declaraciones de mera incompatibilidad, cláusulas de salvaguardia o respuestas legislativas a las decisiones judiciales.

Adicionalmente, la fórmula del constitucionalismo débil presenta un elemento atractivo porque sus mecanismos propician un diálogo institucional y un mayor grado de deliberación. Estos dos factores evitan algunas críticas que se han formulado al control de constitucionalidad como una vía para poner fin

prematuramente a discusiones que requieren distensión y amplia participación de los ciudadanos antes de poner un punto final al desacuerdo.

A contrario sensu, de acuerdo con este esquema, los modelos que pertenecen al constitucionalismo fuerte son los principales receptores de las críticas al control de constitucionalidad. Conferir la última palabra del sistema democrático al poder judicial y dejar poco o ningún margen para que el legislador pueda reaccionar genera los mayores ataques por parte de quienes se oponen a la revisión judicial de las leyes. Esta fue la línea de argumentación de Waldron en el *core of the case* al eximir de su ataque a la revisión judicial débil.

Sin embargo, este marco conceptual y analítico para afrontar esa discusión se ha desvirtuado con la implementación de mecanismos del control de constitucionalidad débil en sistemas fuertes y con la defraudación de la expectativa dialógica que suscitaron los modelos débiles clásicos (*i.e.*, Canadá). La extensión de estos dos fenómenos ha puesto en cuestión la validez de la clasificación entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil como una cuestión definitiva que solo arroja luces sobre la deliberación en torno al mejor sistema de control de constitucionalidad para una democracia constitucional o para el Estado constitucional contemporáneo.

Como suele suceder, el grado de complejidad ha aumentado, a tal punto que es necesario matizar el esquema fuerte o débil para insistir en que la pertenencia a una u otra fórmula es una cuestión de grado. En ese sentido, resulta incorrecto formular críticas generales a los sistemas fuertes o exagerar las ventajas de los modelos débiles. Todavía más errado es eximir plenamente –como hace Waldron– a los modelos débiles del debate entre justicia constitucional y democracia.

En ese marco, en este capítulo se ha tratado de demostrar que, al abrir espacios para los instrumentos del constitucionalismo débil, el sistema colombiano de justicia constitucional reduce la tensión con el principio democrático. La fuerte tensión que existía en el punto abstracto de partida, al ubicarlo como un modelo fuerte, se reduce con un desarrollo que se acerca moderadamente a la fórmula del constitucionalismo débil.

A efectos del debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en Colombia, este capítulo advierte que, si se acepta la clasificación en que se basan las dos fórmulas mencionadas, el modelo colombiano no puede ser incluido plenamente en una sola de estas. Como se trata de una cuestión de grado, se debe reconocer que el sistema de Colombia se inclina hacia la fórmula del constitucionalismo fuerte pero no la asume totalmente. Esos matices pueden generar interacciones dialógicas más intensas que las

previstas en los sistemas que han implementado la justicia constitucional débil y, por ende, la práctica constitucional concreta puede resultar más compatible con el principio democrático de lo que el mero análisis formal sobre el diseño institucional podría sugerir.

En síntesis, el debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional ha empezado a combinar la perspectiva puramente teórica con el debate sobre el diseño institucional. En los enfoques teóricos hacía falta una propuesta concreta de diseño institucional que superara la mera crítica a la institución del control de constitucionalidad y propusiera un modelo de justicia constitucional que pudiera superar algunos problemas de fundamentación democrática. La idea de diseños constitucionales fuertes y débiles aproxima la crítica teórica al diseño institucional.

En ese contexto, la acción pública de constitucionalidad recoge elementos teóricos y de diseño institucional para poner al ciudadano como eje central del control de constitucionalidad. Se trata de la legitimación activa, pero no solo de eso, trasciende profundamente de ese aspecto procedimental a elementos como el poder de la ciudadanía, el rol cívico en la defensa de la Constitución, la deliberación pública, la representación, la protección de los derechos y el control a los excesos de los poderes del Estado.

Aunque se puede objetar la visión que se ha propuesto en este libro sobre el grado de cercanía del sistema colombiano de control de constitucionalidad con la fórmula del constitucionalismo débil, también es necesario reconocer que la tesis metodológica es muy sólida porque un debate serio sobre la compatibilidad de la justicia constitucional con la democracia no puede partir de presupuestos errados. Una de esas equivocaciones sería sostener que Colombia es un modelo que asume plenamente la fórmula del constitucionalismo fuerte y, por ende, aplicarle automáticamente todas las críticas que se han erigido en contra de estos diseños institucionales. Es por esta razón que el *core of the case* no resulta adecuado como crítica general del sistema de justicia constitucional.

3.2. Los límites al constitucionalismo débil en Colombia

Una de las formas de comprender la aparición y la expansión de los modelos débiles de justicia constitucional es considerar que estos procesos no obedecen a una pretensión de disminuir las competencias de los tribunales constitucionales sino a una aceptación progresiva del control de constitucionalidad en contextos que antes lo rechazaban de manera absoluta. De acuerdo con esa manera de

ver las cosas, existe un triunfo del constitucionalismo que ha llevado a que los sistemas políticos que privilegiaban la soberanía parlamentaria hayan empezado a aceptar algunas excepciones a favor de la protección de los valores públicos establecidos en un texto normativo que sirve como parámetro de control[228].

La anterior tesis explica muy bien la aparición de la justicia constitucional débil en contextos de soberanía parlamentaria. Como señalan algunos autores, en el panorama del constitucionalismo global ha surgido un consenso sobre la necesidad o conveniencia del control de constitucionalidad y el debate ahora se centra en el tipo de sistema de control que debe diseñar cada Estado[229].

Ahora bien, la anterior tesis descuida el fenómeno inverso porque no permite explicar la implementación progresiva de los mecanismos del constitucionalismo débil en sistemas con una justicia constitucional fuerte. Por una parte, este fenómeno puede ser visto como una cesión del constitucionalismo que se expresa en la reducción del ámbito de la justicia constitucional. Desde otro punto de vista, el mismo fenómeno puede ser considerado como un triunfo del constitucionalismo en virtud de que este ha encontrado diseños institucionales cada vez más compatibles con la democracia.

Sin embargo, sea como cesión o como triunfo, la implementación de mecanismos del constitucionalismo débil en el sistema colombiano tiene dos límites infranqueables. En primer lugar, ninguno de estos mecanismos de la justicia constitucional débil puede poner en peligro o desvirtuar el sistema de protección de los derechos fundamentales y el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. De otra manera, se transformaría el modelo en un esquema que tiene menos tensiones con la democracia pero que se aparta de su fin esencial como garantía orgánica de las promesas constitucionales y de los valores públicos de la Constitución[230]. El sistema de justicia constitucional debilitado dejaría de ser la incursión en la sala de máquinas del poder y de la Constitución.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que la perspectiva dialógica que incorporan los mecanismos del constitucionalismo débil resulta negada

---

228 Casal. *La justicia constitucional*, cit., p. 105.

229 Tushnet. "Judicial review of legislation", cit., p. 164.

230 "El desarrollo de todos estos instrumentos, si por un lado permite una más fácil convivencia entre política y jurisdicción, entre *gubernaculum* e *iuridictio*, diciéndolo con palabras más elevadas, por el otro, amenaza con poner en duda la efectividad de la justicia constitucional, y en particular su capacidad para garantizar los derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente". Groppi. "Titularidad y legitimación", cit., p. 255.

cuando, en virtud de esos mecanismos, se propone la limitación excesiva de las funciones judiciales o se pretende silenciar a una de las voces principales del diálogo. En ese sentido, el espacio para el constitucionalismo débil en Colombia y la pretensión dialógica no debe llevar a excluir de la conversación institucional a los jueces constitucionales o a que se implementen mecanismos, como la cláusula '*no obstante*' preventiva de Canadá, mediante los cuales se prohíbe al juez constitucional participar en la deliberación[231].

El límite para el constitucionalismo débil opera en toda América Latina. El juez constitucional del subcontinente necesita una voz más potente para contener el hiperpresidencialismo, contribuir a la construcción del Estado de bienestar por medio de la garantía de las promesas sociales de las constituciones, responder a los reclamos ciudadanos en relación con la protección de sus derechos más básicos y mantener la vigencia del Estado constitucional de derecho.

Como parte del subcontinente, en Colombia resulta más adecuado centrar los esfuerzos en defender la legitimidad democrática del actual modelo de justicia constitucional que poner en peligro los valiosos mecanismos constitucionales de que este se ha dotado para la protección de los valores públicos y de las caras promesas de la Constitución de 1991. En ese contexto, esta investigación es solo un primer paso de los muchos que deben seguir para transitar el largo y fértil campo que se abre entre la justicia constitucional y la democracia.

---

231 "La conveniencia de que el diálogo impregne la actuación de la justicia constitucional bajo los esquemas de un sistema débil de control de la constitucionalidad ha de evaluarse en función del contexto, teniendo en cuenta las tradiciones jurídico-institucionales y las características del sistema político en aspectos concernientes al papel del órgano legislativo y del poder ejecutivo y a sus relaciones con la judicatura. En algunos ordenamientos la adopción de lo que a menudo se caracteriza como un sistema débil de control judicial de constitucionalidad podría traducirse en una minimización tan significativa de la voz del interlocutor jurisdiccional que el diálogo no podría existir". CASAL. *La justicia constitucional*, cit., p. 120.

CAPÍTULO OCTAVO

El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y la subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En los capítulos previos se hizo un esfuerzo por demostrar que la acción pública de constitucionalidad supera las objeciones funcionales que tradicionalmente se oponen a la apertura de los tribunales constitucionales a los ciudadanos. También se sostuvo que ese mecanismo de acceso al control de constitucionalidad tiene unos beneficios para el sistema democrático. Del mismo modo, se mantuvo que la herramienta para el acceso directo al control de constitucionalidad opera en el contexto colombiano de una democracia *non core case*, en la cual el control de constitucionalidad es necesario, conveniente y democráticamente legítimo. Asimismo, se argumentó que ese modelo de control de constitucionalidad puede ser útil en escenarios *core of the case* porque contribuye a remediar los errores que provienen de los límites epistémicos de la democracia, como los puntos ciegos o los problemas de inercia. Por último, se probó que el sistema colombiano de control de constitucionalidad, visto en conjunto, no puede ser calificado como plenamente fuerte o plenamente débil, de manera que es necesario un debate contextual antes de bendecirlo o repudiarlo en términos democráticos.

Si todo lo anterior resulta cierto, habría que congratularse con el sistema colombiano de control de constitucionalidad y preguntarse por qué todas esas bondades no han sido tenidas en cuenta en otros sistemas constitucionales, por qué la acción pública de constitucionalidad es una *novedad* o *excepcionalidad* en el constitucionalismo global, y si existe o no una razón institucional externa que aconseje que otros Estados implementen mecanismos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Por esa razón, en este punto de la investigación surgen las siguientes preguntas: ¿alguno de los argumentos a favor de abrir la puerta de los tribunales constitucionales a los ciudadanos tiene el peso suficiente para sugerir que este diseño institucional debería ser implementado en otros Estados?, y, con un mayor grado de concreción, ¿existe algún elemento que permita inferir que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional debería ser establecido en otros países de América Latina?

Se trata de dos preguntas muy interesantes porque apuntan hacia una potencial proyección de la acción pública de constitucionalidad en otros sistemas constitucionales. Aunque toda la línea de argumentación de esta investigación se ha basado en las condiciones y en la práctica constitucional concreta de Colombia, resulta inevitable que ciertas referencias trasciendan a fenómenos que ocurren en otros Estados de América Latina, Europa, África y Asia. Aunque en ninguna parte de esta investigación se puede encontrar una propuesta o sugerencia de trasplantar a otros países el acceso directo de los ciudadanos al

control abstracto de constitucionalidad, sí se pueden hallar argumentos a favor de este mecanismo que operan en contextos o condiciones análogas.

Bajo esas premisas, el objetivo de este capítulo es plantear un argumento institucional a favor del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad en el marco de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El eje central de ese argumento está conformado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición y la aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el principio de subsidiariedad de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. A este argumento central se añadirán las razones a favor de la acción pública de constitucionalidad que derivan del control de convencionalidad y del diálogo judicial.

La satisfacción de ese objetivo permitirá reforzar los argumentos planteados en los capítulos anteriores a favor de la acción pública de constitucionalidad y dotará de una proyección a ese mecanismo de acceso a la justicia constitucional a otros Estados que cumplan con unas condiciones políticas como las de Colombia, donde el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad también contribuya a fortalecer la democracia constitucional y a materializar el principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano.

El argumento central de este capítulo es que el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad, mediante mecanismos como la acción pública de constitucionalidad, es una vía institucional idónea para garantizar la efectividad del principio de subsidiariedad de los órganos que forman parte del Sistema Interamericano cuando se trata de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de una norma contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según se mantendrá, solo en aquellos Estados en los que existe la acción popular o la acción pública de constitucionalidad –y estas son resueltas dentro de un plazo razonable– los individuos cuentan con un recurso judicial efectivo de orden interno al cual deben acudir antes de dirigirse a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para solicitar la declaración de la responsabilidad internacional de un Estado por expedir una ley contraria a la Convención. En los Estados que no cuentan con ese mecanismo, los individuos pueden dirigirse directamente al Sistema Interamericano. Cuando eso sucede, el principio de subsidiariedad solo se satisface formalmente, porque la inexistencia de recursos internos implica que los órganos interamericanos intervienen de manera directa. En consecuencia, la existencia de la acción

pública garantiza efectivamente el principio de subsidiariedad de la Corte Interamericana porque constituye un recurso idóneo y efectivo que los individuos deben agotar antes de acudir al Sistema Interamericano.

La estructura de este capítulo es la siguiente. En primer lugar, se describirán los rasgos esenciales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención. En segundo lugar, se sintetizarán algunos casos en los cuales el tribunal de San José ha debido analizar la idoneidad de los recursos internos de control abstracto de constitucionalidad. En la tercera parte, se demostrará que la acción pública de constitucionalidad es un recurso idóneo y efectivo que debe ser agotado internamente antes de solicitar la protección internacional en los casos de responsabilidad de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana, con lo cual la acción pública aumenta la eficacia del principio de subsidiariedad. En la cuarta sección, se harán algunas referencias a la relación entre la acción pública de constitucionalidad y el denominado control de convencionalidad de alta intensidad. Finalmente, se mantendrá que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional es un mecanismo que promueve el diálogo entre los tribunales.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA EXPEDICIÓN Y LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Todos los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) asumen obligaciones generales y obligaciones específicas. Las primeras tienen su fundamento jurídico en el artículo 1.1 de la CADH, que hace referencia a la obligación de respeto y garantía de los derechos establecidos en ese tratado internacional, y en el artículo 2 de la misma, que se refiere al deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno[1]. Por su parte, las obligaciones específicas dependen del contenido concreto de cada uno de los derechos y

1 Sobre el contenido del artículo 2 de la CADH, cfr. BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE y ÚBEDA DE TORRES, AMAYA. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary.* Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 243-268. Sobre el principio de adecuación normativa en el marco del Sistema Interamericano, cfr. BAZÁN, VÍCTOR. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2011, pp. 76-77.

libertades establecidos en ese instrumento internacional. Según se verá a continuación, la Corte Interamericana ha señalado que, cuando un Estado expide una ley contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ese solo acto es un incumplimiento tanto de las obligaciones generales como de los derechos convencionales afectados por el contenido de la norma nacional.

Para el argumento central de esta sección de la investigación son especialmente relevantes las obligaciones generales y, en concreto, la obligación de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos a la Convención. De acuerdo con las opiniones consultivas y con la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana, la obligación general de adecuar el ordenamiento jurídico interno (art. 2 CADH) tiene dos dimensiones o proyecciones[2]. Por una parte, una dimensión negativa, que implica la eliminación de las prácticas y la derogación de las normas que nieguen un derecho reconocido en la Convención, limiten desproporcionadamente su contenido u obstaculicen su ejercicio efectivo[3]. En segundo lugar, los Estados deben cumplir con la dimensión positiva del deber de adecuación, que implica la expedición de las normas y la realización de las prácticas necesarias para conferir efecto útil a los derechos establecidos en la Convención[4].

---

2 "Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales". Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María. "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno". En Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Temis y Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p. 72.

3 "[U]na vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla". Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219, párr. 173 y Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221, párr. 228.

4 "La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la

Uno de los pronunciamientos centrales de la Corte Interamericana sobre el contenido de la obligación estatal de adecuar el ordenamiento jurídico interno es la Opinión Consultiva 14 de 1994. En esa opinión, la Corte estableció que el artículo 2 de la CADH es el fundamento normativo de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de leyes de aplicación inmediata que sean contrarias a las obligaciones establecidas en ese tratado internacional[5]. Esto quiere decir que un Estado incumple la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico interno cuando expide una ley de aplicación inmediata que contraviene la Convención. En términos de la propia Corte, significa que:

> … la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado[6].

La Opinión Consultiva 14 sentó las bases de una jurisprudencia sólida de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana. De acuerdo con esa jurisprudencia, un Estado compromete el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando aprueba una ley de aplicación inmediata que es contraria a la Convención o, en el caso de leyes que no son de aplicación inmediata, cuando efectivamente aplica una ley contraria a la Convención.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la violación de la Convención por la aprobación de leyes contrarias a ese instrumento internacional depende del contenido del acto normativo aprobado. Esto quiere decir que el criterio relevante para saber si una ley es contraria a la Convención resulta

---

Convención". Corte IDH. *Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73, párr. 87.

5 "En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza". Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14, párr. 43.

6 Ibíd., párr. 50.

del contraste entre el contenido de la norma nacional y el contenido de las disposiciones de la Convención. Para el tribunal interamericano es irrelevante el procedimiento doméstico de aprobación de la ley, es decir, no importa si el acto normativo nacional contrario fue aprobado por un órgano representativo, por medio de un procedimiento democrático o si fue consultado al pueblo[7]. Del mismo modo, la Corte ha señalado que el deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno también incluye a las constituciones nacionales. Por esta razón, los Estados deben derogar las disposiciones constitucionales que sean contrarias al contenido de la Convención[8].

La Corte Interamericana ha aplicado sus precedentes sobre la responsabilidad de los Estados por la aprobación de leyes contrarias a la Convención como fundamentos de varias de sus decisiones contenciosas sobre distintas materias. Por ejemplo, el tribunal se ha referido a las leyes que imponen requisitos desproporcionados a la participación política de los pueblos indígenas[9],

---

7 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párrs. 238 y 239. Una crítica a esta decisión y a este elemento de la responsabilidad internacional de los Estados por leyes aprobadas mediante procedimientos que incluyeron alguna forma de consulta popular en GARGARELLA, ROBERTO. "Democracy and rights in *Gelman v. Uruguay*". *American Journal of International Law Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 115-119.

8 La Corte Interamericana ordenó al Estado de Chile que modificara la Constitución de 1980, artículo 19, numeral 12 y el Decreto Ley 679 de 1974 que establecían un sistema de censura a la reproducción cinematográfica y conferían competencia a un órgano dentro del Ministerio de Educación (Consejo de Calificación Cinematográfica) para calificar las películas. El 29 de noviembre de 1988, ese Consejo había prohibido la reproducción de la película "La última tentación de Cristo". Mediante Resolución de 28 de noviembre de 2003, la Corte Interamericana declaró cerrado el caso en virtud de que el Estado de Chile dio cumplimiento a todas las órdenes proferidas por ese tribunal y, en especial, a la modificación de su ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución, con el fin de eliminar la censura previa. Cfr. Corte IDH. *Caso "La última tentación de Cristo"*, cit., párr. 88 y Corte IDH. *Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003. Otros casos en los cuales la Corte Interamericana ha ordenado la modificación de disposiciones constitucionales nacionales que permiten, por ejemplo, los castigos corporales o la pena de muerte son: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C n.º 123 y Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 169.

9 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127, párrs. 201-225. Un análisis de esta decisión judicial bajo la perspectiva de las contradicciones entre las constituciones nacionales y la Convención Americana en ROA ROA, JORGE ERNESTO. "Las antinomias entre las constituciones y

reducen inaceptablemente el contenido de la libertad de expresión[10] o conceden amnistías[11].

Es importante señalar que la violación de la obligación general del artículo 2 de la Convención ha sido el fundamento de decisiones que declaran la responsabilidad de los Estados, tanto cuando la ley contraria a la Convención ha sido aplicada como cuando esta solo ha sido aprobada pero no ha sido aplicada[12]. Por ejemplo, en el caso *Barrios Altos v. Perú*, la Corte señaló que la sola "promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado"[13].

En el mismo sentido, en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*, la Corte señaló que las leyes de amnistía son contrarias a la Convención con independencia de que estas sean aplicadas por parte de los jueces nacionales. De conformidad con el criterio del tribunal interamericano, la sola existencia de una ley de amnistía viola la Convención porque existe la posibilidad de que los tribunales la apliquen en cualquier momento[14]. En suma, el estándar de la Corte Interamericana establece que se viola el artículo 2 de la CADH mientras exista una ley nacional contraria a ese tratado internacional.

Adicionalmente, la Corte ha enfatizado que la obligación de los Estados de eliminar las leyes contrarias a la Convención es una obligación de resultado que se incumple "mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico"[15]. En esos casos, los Estados solo satisfacen la obligación de adecuación mediante "la modificación, la derogación,

---

la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el gran dilema del juez constitucional y convencional interamericano". En SAIZ ARNAIZ (coord.). *Diálogos judiciales*, cit., pp. 137-162.

10 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177, párrs. 56-95.

11 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314, párrs. 209-219.

12 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35, párr. 98.

13 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n.º 83, párr. 18.

14 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párrs. 120-122.

15 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 172.

o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances"[16].

En uno de sus últimos pronunciamientos contenciosos, la Corte Interamericana ha reconocido que, a pesar de la existencia dentro de su ordenamiento jurídico interno de una norma que crea una situación discriminatoria contraria a la Convención, un Estado se puede eximir de la responsabilidad internacional cuando se han producido decisiones judiciales de control de constitucionalidad y de amparo (tutela) que eliminan o modifican los efectos lesivos que la ley nacional conllevaba para el principio de igualdad. Eso significa que el tribunal interamericano ha aceptado que no es necesario que la modificación, derogación o anulación de la norma contraria a la Convención provenga del órgano legislativo doméstico, pudiendo provenir también de los tribunales nacionales[17].

En relación con las medidas que puede adoptar la Corte Interamericana en los casos de normas nacionales contrarias a la Convención, es importante señalar que ese tribunal puede ordenar, como una fórmula de satisfacción y una garantía de no repetición, que el Estado adapte su ordenamiento jurídico interno mediante la modificación o derogación de las normas internas[18]. Aunque la regla general es la autonomía del Estado para adecuar su derecho interno a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en casos excepcionales el tribunal interamericano establece algunos parámetros que las autoridades nacionales deben tener en cuenta para cumplir con esa orden[19].

En resumen, en el ámbito interamericano se ha desarrollado una jurisprudencia que habilita la intervención de la Corte Interamericana cuando los Estados han expedido leyes (en sentido material) contrarias a la Convención. A pesar de que existen manifestaciones expresas de la Corte en contra de que se confunda la función contenciosa del tribunal con la revisión en abstracto de las leyes internas[20], para algunos autores esta jurisprudencia de la Corte

---

16 Ibíd., párr. 172.

17 Corte IDH. Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310, párrs. 127-139.

18 PASQUALUCCI, JO M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 214.

19 Ibíd., pp. 214-217.

20 "[E]ste Tribunal resalta que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario

erige al tribunal interamericano en un órgano de control de la convencionalidad abstracta de las leyes[21]. Incluso, se ha llegado a sostener que esta jurisprudencia aproxima a la Corte Interamericana a la posición funcional de los tribunales constitucionales nacionales; desde luego, con la sola excepción de que el tribunal de San José carece del poder para invalidar directamente los actos normativos nacionales contrarios a la Convención[22].

Finalmente, resulta necesario advertir que la aprobación de una norma nacional contraria a la Convención no habilita automáticamente la competencia de los órganos del Sistema Interamericano. Por una parte, desde el punto de vista material, una ley que es contraria a la Convención Americana también puede ser incompatible con las disposiciones de la Constitución nacional o con su contenido ampliado por medio de técnicas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno (*i.e.*, bloque de constitucionalidad).

Por otra parte, la violación de un derecho establecido en la Convención no permite la intervención inmediata de los órganos del Sistema Interamericano toda vez que este es subsidiario respecto del sistema judicial nacional[23]. Eso significa que se impone la carga de agotar los recursos internos[24] antes de

---

a la Convención". Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218, párr. 285.

21 Véase, p. ej., BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES. *The Inter-American Court*, cit., p. 258.

22 BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional". En BOGDANDY, FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI. *Ius constitutionale commune en América Latina*, cit., pp. 427-431.

23 Sobre el origen histórico, el concepto y la aplicación del principio de subsidiariedad en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, cfr. BESSON, SAMANTHA. "Subsidiarity in International Human Rights Law – What is subsidiary about Human Rights?". *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, n.º 1, 2016, pp. 69-107; CAROZZA, PAOLO. "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law". *The American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 1, 2003, pp. 38-79; NEUMAN, GERALD. "Subsidiarity". En SHELTON, DINAH (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 362 y SPANO, ROBERT. "Universality or diversity of Human Rights? Strasbourg in the age of subsidiarity". *Human Rights Law Review*, vol. 14, n.º 3, p. 500.

24 Sobre el agotamiento de los recursos internos en el ámbito del Sistema Interamericano, cfr. BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES. *The Inter-American Court*, cit., pp. 129-145; PASQUALUCCI. *The Practice and Procedure*, cit., pp. 92-98; TOJO, LILIANA y ELIZALDE, PILAR. "Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". En STEINER y URIBE (eds.). *Convención Americana*, cit., p. 779 y KLETZEL, GABRIELA et al. "Democracia y subsidiariedad". En BARRETO MAIA, CAMILA et al. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá, 2015, pp. 191-228.

acudir a la jurisdicción interamericana bajo la plena comprensión de que esta jurisdicción no es una instancia ordinaria más de revisión de las decisiones judiciales domésticas[25].

En ese contexto, en las siguientes dos secciones se argumentará que la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad en el ámbito interno de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano permite que se garantice la subsidiariedad efectiva de esa jurisdicción cuando se trata de la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención. Eso sucede porque se habilita un recurso interno idóneo y efectivo que debe ser agotado antes de presentar la petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con el fin de demostrar esa tesis, a continuación se hará una síntesis de algunos casos en los cuales la Corte Interamericana se ha referido a los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad como parte de los recursos internos y se construirá un argumento a favor de la acción pública de constitucionalidad como un recurso disponible, idóneo y efectivo.

2. Los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición o la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha enfrentado en varios casos al argumento de los Estados que sostienen que los peticionarios han debido agotar previamente uno de los mecanismos judiciales de control abstracto de constitucionalidad antes de presentar su petición ante el Sistema Interamericano. En la mayor parte de esos casos, el Tribunal Interamericano ha rechazado la objeción preliminar sin analizar la idoneidad de los mecanismos de control de constitucionalidad.

Sin embargo, existen algunos pronunciamientos en los que la Corte Interamericana se ha concentrado en evaluar la relación entre la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad y la idoneidad de esos recursos

---

25 Duhaime, Bernard. "Subsidiarity in the Americas. What room is there for deference in the Inter-American System?". En Gruszczynski, Lukasz y Werner, Wouter. *Deference in International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 291 y 292.

para remediar una violación a los derechos establecidos en la Convención. A continuación se sintetizan las decisiones judiciales en las cuales se ha argumentado a favor de que los peticionarios agoten los recursos judiciales de control abstracto de constitucionalidad antes de acudir al Sistema Interamericano.

En primer lugar, en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, del año 2004, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y las garantías judiciales de un periodista condenado por difamación. Durante el procedimiento, el Estado invocó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos porque consideró que los peticionarios debieron presentar un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes penales que establecían los delitos contra el honor.

Según el Estado, la acción de inconstitucionalidad era un recurso disponible porque podía ser interpuesta por cualquier persona sin necesidad de demostrar una potencial afectación directa a sus intereses o derechos. El Estado fue enfático en sostener el carácter idóneo de la acción de inconstitucionalidad porque los efectos de esta acción recaían sobre la validez de la norma penal que fundamentó la condena al periodista, de manera que esa vía judicial habría permitido remediar la situación del peticionario[26].

Por una parte, la Comisión Interamericana señaló que la acción de inconstitucionalidad configurada en el ordenamiento jurídico de Costa Rica no era un recurso idóneo, porque ante la Corte Interamericana no se discutía la validez de las leyes penales que establecían los delitos contra el honor sino su aplicación concreta a la labor informativa del periodista Mauricio Herrera Ulloa[27]. Por otra parte, los representantes de la víctima no cuestionaron la idoneidad del recurso, pero señalaron que el proceso de la acción de inconstitucionalidad era dilatado y oneroso, de manera que no se trataba de un recurso ordinario sino extraordinario[28]. Al resolver sobre la excepción preliminar, la Corte Interamericana rechazó expresamente la procedencia de la excepción bajo el siguiente argumento:

> La Corte considera pertinente señalar que 'la acción de inconstitucionalidad' es de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo. De esta manera, dicha acción no puede ser considerada

---

26 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 76.

27 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 77.

28 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 78.

> como un recurso interno que deba necesariamente ser siempre agotada por el peticionario[29].

Un año después, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la omisión de las autoridades nacionales de registrar a dos niñas de ascendencia haitiana que habían nacido en territorio dominicano. Durante el procedimiento, el Estado invocó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos y sostuvo expresamente que los peticionarios debieron presentar un recurso de inconstitucionalidad contra las normas nacionales que impedían el registro de las niñas y les negaban la titularidad de la nacionalidad dominicana[30].

La Comisión Interamericana se opuso a la excepción preliminar presentada por el Estado bajo el argumento de que el recurso de inconstitucionalidad tenía un carácter extraordinario[31]. Por su parte, los representantes de las víctimas argumentaron que el Estado no había probado la efectividad del recurso de inconstitucionalidad para la reparación de los derechos de las víctimas[32].

La Corte Interamericana no reconoció la existencia de una excepción preliminar porque el Estado precisó extemporáneamente los recursos idóneos de los cuales disponían las víctimas dentro del ordenamiento jurídico de República Dominicana, lo cual permitió que el tribunal concluyera que el Estado había renunciado implícitamente a la excepción preliminar[33].

Con posterioridad, en el caso *Castañeda Gutman v. México* del año 2008, la Corte Interamericana hizo una mayor referencia a los mecanismos de control de constitucionalidad internos y se concentró en analizar las vías de acceso a la justicia constitucional. En ese caso se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso judicial efectivo para que los ciudadanos pudieran solicitar la revisión de la constitucionalidad de las leyes que limitaban sus derechos políticos. En concreto, el caso se refería a las leyes que proscribían las candidaturas independientes para las elecciones correspondientes al cargo de presidente[34].

---

29 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 85.

30 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130, párr. 56-f.

31 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, cit., párr. 57-g.

32 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, cit., párr. 58-f.

33 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, cit., párr. 64.

34 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 133.

Uno de los elementos centrales de este caso era si el Estado había violado el derecho a la protección judicial del peticionario debido a que este no tenía a su disposición un recurso interno que le permitiera solicitar la revisión de la constitucionalidad de las normas nacionales que regulaban las candidaturas al cargo de presidente y que asignaban el derecho de postulación exclusivamente a los partidos políticos.

En el análisis de fondo del caso, la Corte Interamericana señaló expresamente que la acción de inconstitucionalidad no era un mecanismo disponible para el peticionario. El argumento central para llegar a esa conclusión fue que la legitimación activa de la acción de inconstitucionalidad era limitada porque estaba reservada a i) ciertas minorías dentro de los órganos legislativos, ii) algunos funcionarios públicos y iii) los partidos políticos.

Para la Corte Interamericana, cuando un recurso de inconstitucionalidad tiene una legitimación activa muy restringida, este se considera un recurso no disponible y extraordinario[35]. De acuerdo con la configuración de la acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento de México para el momento en el que ocurrieron los hechos, la Corte Interamericana señaló:

> … a partir de la reforma constitucional de 1996 la única vía para impugnar una ley federal electoral era la acción de inconstitucionalidad, que es un recurso extraordinario y de restringida legitimidad activa. Del texto del artículo 105 fracción II de la Constitución, se deriva que para interponer dicha acción sólo están legitimados activamente determinadas fracciones parlamentarias federales o locales, el procurador general de la república y, a partir de la reforma constitucional de 1996, los partidos políticos registrados, de forma que los individuos no pueden interponerlo. Asimismo, el carácter extraordinario se deriva del efecto de dicho recurso de declarar la invalidez con efectos generales de una ley sólo cuando la resolución obtiene la mayoría de ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia. Finalmente, en cuanto al momento procesal oportuno para promoverlo,

35 "En el presente caso, la presunta víctima reclamó una violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley de carácter electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político. La Corte deberá determinar si el juicio de protección era un recurso accesible para la presunta víctima. Como se observó, el amparo era un recurso improcedente en razón de la materia (*supra* párr. 91) y por otra parte la acción de inconstitucionalidad tampoco estaba disponible para una persona particular como el señor Castañeda Gutman, ya que se trata de un recurso extraordinario limitado, entre otros aspectos, en su legitimación activa". Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 107.

> dicha acción sólo se puede interponer dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la ley de que se trate[36].

Con base en este fundamento, la Corte Interamericana le ordenó al Estado que modificara su ordenamiento jurídico interno con el fin de establecer un recurso judicial efectivo. En concreto, le ordenó ampliar el acceso al control de constitucionalidad de manera que "garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido"[37].

Un lustro después, en el caso de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) v. Ecuador*, de 2013, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la destitución –por parte del poder legislativo, en connivencia con el poder ejecutivo– de los vocales principales y suplentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Durante el procedimiento ante la Corte Interamericana, el Estado sostuvo que los peticionarios debieron interponer el recurso de inconstitucionalidad contra el acto legislativo de destitución como un requisito previo al inicio del proceso contencioso ante el Sistema Interamericano. En efecto, el Estado de Ecuador consideró que "el recurso de inconstitucionalidad era idóneo para subsanar las pretensiones de las presuntas víctimas, dado que el recurso tenía como objetivo la revocación del acto impugnado y la anulación de sus efectos, afirmando que era un recurso sencillo de agotar, con lo cual resultaba injustificado que no lo hubiesen agotado"[38].

La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas rechazaron los argumentos del Estado y sostuvieron que no era necesario el agotamiento del recurso de inconstitucionalidad. En primer lugar, señalaron que cuando ocurrieron los hechos, en el año 2004, en Ecuador existía un modelo de acceso colectivo al control de constitucionalidad que obligaba a la recolección de un número mínimo de mil firmas como requisito previo para la presentación del recurso[39]. En segundo lugar, sostuvieron que existían fuertes problemas de

---

36 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 128.

37 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 231.

38 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266, párr. 26.

39 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*, cit., párr. 27.

accesibilidad al control de constitucionalidad porque no se había regulado la participación de la Defensoría del Pueblo dentro del proceso previo a la presentación del recurso[40]. Finalmente, cuestionaron la independencia del Tribunal Constitucional para decidir sobre la inconstitucionalidad de la resolución parlamentaria que había cesado a los anteriores miembros de ese mismo tribunal[41].

Aunque el debate sobre la idoneidad del recurso de inconstitucionalidad de acceso colectivo era muy relevante, la Corte Interamericana no decidió sobre la excepción preliminar porque el Estado de Ecuador realizó un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional. Para la Corte, el reconocimiento de responsabilidad prevalecía y no era necesario pronunciarse sobre la excepción preliminar[42].

Finalmente, en el caso de los *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros v. Panamá*, de 2014, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la omisión en la demarcación, delimitación y titulación de los territorios de estos dos pueblos indígenas. Durante el procedimiento, el Estado presentó en su propia defensa la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos.

En concreto, el Estado argumentó que los peticionarios disponían de la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo accesible para la protección de sus derechos. El Estado afirmó que este recurso era idóneo y efectivo en virtud del modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad establecido en el ordenamiento jurídico de Panamá[43].

Los representantes de las víctimas no cuestionaron la efectividad de la acción de inconstitucionalidad, pero objetaron la adecuación de la misma a sus pretensiones, toda vez que, en su criterio, "la acción de inconstitucionalidad no resultaría adecuada porque tiene por objeto impugnar leyes, decretos, acuerdos y resoluciones, mientras lo que se alega no es la inconstitucionalidad de los acuerdos suscritos por el Estado sino su falta de cumplimiento"[44]. La Corte Interamericana rechazó la excepción preliminar porque el Estado no presentó oportunamente los argumentos concretos que sustentaban la idoneidad del

---

40 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*, cit., párr. 28.

41 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*, cit., párr. 27.

42 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*, cit., párr. 29.

43 Corte IDH. *Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284, párr. 17.

44 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí*, cit., párr. 20.

control de constitucionalidad como recurso efectivo que debía ser agotado de manera previa por parte de los peticionarios[45].

Esta síntesis de algunos de los casos en los cuales el tribunal interamericano ha enfrentado el argumento sobre el agotamiento de los recursos internos de control abstracto de constitucionalidad permite inferir las siguientes conclusiones. En primer lugar, la Corte Interamericana no se ha pronunciado en extenso sobre los mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad, bien sea porque ha rechazado la excepción preliminar en atención a un criterio formal (caso de los *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros v. Panamá*) o porque se ha limitado a señalar que el control abstracto de constitucionalidad es extraordinario debido a que este no tiene por objeto la revisión concreta de un fallo (caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*).

En segundo lugar, en uno solo de los casos (*Castañeda Gutman v. México*) se analizó, como una cuestión de fondo, el conjunto de los recursos judiciales disponibles para que los ciudadanos pudieran solicitar el control de la constitucionalidad de las leyes y la relación entre la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad y la idoneidad de los recursos. El tribunal señaló que los recursos de inconstitucionalidad son extraordinarios e indisponibles cuando estos restringen la legitimación activa a las minorías parlamentarias, los partidos políticos y ciertos funcionarios públicos.

En tercer lugar, la Corte Interamericana no se ha pronunciado cuando se trata de modelos de acceso colectivo al control abstracto de constitucionalidad, como aquellos sistemas que exigen un número determinado de firmas en respaldo del recurso. Sin embargo, en uno de los casos que involucraba un sistema de acceso colectivo al control de constitucionalidad (*Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*), los argumentos de la Comisión Interamericana y de los representantes de las víctimas apuntaban a señalar la existencia de una conexión inescindible entre el modelo de acceso al control de constitucionalidad, la responsabilidad de los Estados por expedición o aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana y el carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana.

En efecto, en ese caso, los representantes de la Comisión y de las víctimas argumentaron que, incluso en modelos relativamente abiertos –como el de acceso colectivo–, las barreras para acceder al control de constitucionalidad tornan ineficaces estos recursos y, por ende, su agotamiento es prescindible

---

45 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí*, cit., párr. 23.

como requisito de acceso al Sistema Interamericano. En otras palabras, desde la perspectiva de la Comisión y de las víctimas, si no existieran tales barreras (*e.g.*, recolección de mil firmas) para el acceso al control de constitucionalidad, los recursos de inconstitucionalidad cumplirían con los estándares establecidos por la Corte Interamericana, deberían ser agotados previamente y se materializaría el principio de subsidiariedad efectiva del Sistema Interamericano. Por el contrario, mientras exista una barrera, aunque sea mínima, el recurso de control abstracto de constitucionalidad no debe ser agotado.

En cuarto lugar, el caso *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* permite inferir que, cuando se trata de modelos de acceso colectivo, las víctimas no han considerado el recurso de inconstitucionalidad como idóneo y efectivo precisamente porque incorpora una barrera de acceso al control de constitucionalidad que les resulta onerosa. Por el contrario, el caso de los *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros v. Panamá* indica que cuando se trata de mecanismos de acceso directo al control de constitucionalidad, las víctimas no se han quejado sobre la disponibilidad del recurso, sino que centran sus argumentos en la coherencia de la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo con sus pretensiones ante la Corte Interamericana.

De estas cuatro conclusiones se deduce que la Corte Interamericana ha rechazado explícitamente los modelos de acceso al control de constitucionalidad por medio de funcionarios, minorías parlamentarias y partidos políticos. Ese rechazo se manifiesta en la consideración de que tales sistemas de acceso al control de constitucionalidad tornan a esos recursos judiciales como indisponibles o ineficaces.

Además, el mismo tribunal interamericano ha guardado silencio sobre los modelos de acceso colectivo y de acceso directo. Sobre estos dos últimos, las víctimas sí han expresado su criterio para rechazar el modelo de acceso colectivo. Por el contrario, cuando se trata del modelo de acceso directo, las víctimas no han cuestionado la disponibilidad de los recursos sino la compatibilidad de los mismos con sus pretensiones ante la Corte Interamericana.

En el contexto de los actuales estándares de la Corte Interamericana sobre los recursos domésticos para revisar la constitucionalidad de las leyes, corresponde ahora formular un argumento concreto que muestre las ventajas de que el control abstracto de constitucionalidad –con acceso directo de los ciudadanos– sea considerado como un recurso interno que debe ser agotado previamente a la presentación de un caso contencioso ante el Sistema Interamericano cuando se trata de la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención.

El argumento anunciado se construirá sobre la base del principio de subsidiariedad del mismo sistema regional de protección de los derechos humanos y de las ventajas que se derivan de la mayor apertura de los mecanismos internos de justicia constitucional para el Sistema Interamericano, para los Estados y, sobre todo, para los propios individuos cuyos derechos son vulnerados por la expedición de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. La acción pública de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: hacia la subsidiariedad material de la Corte Interamericana

El objetivo de esta sección es demostrar que los sistemas de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad constituyen recursos disponibles, idóneos y efectivos que deben ser agotados previamente cuando se trata de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para respaldar esa tesis concurren razones que tienen origen en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana y en las ventajas comparativas que ofrece el modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad respecto de i) otros modelos de acceso, ii) los recursos de tutela o amparo y iii) el control difuso de constitucionalidad. Del mismo modo, esta tesis incorpora ventajas intrínsecas que repercuten positivamente sobre i) los individuos cuyos derechos son vulnerados por la acción del legislador, ii) los Estados y iii) el propio Sistema Interamericano.

3.1. La idoneidad del acceso directo al control abstracto de constitucionalidad frente a: los demás modelos de acceso, el control difuso y los recursos de amparo

Es importante reiterar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los modelos de acceso a la justicia constitucional por medio de funcionarios, minorías parlamentarias y partidos políticos

no se adecuan a los estándares del tribunal interamericano porque no satisfacen el requisito de disponibilidad de los recursos internos. Como se indicó en la sección anterior, en el caso *Castañeda Gutman v. México*, la Corte Interamericana señaló que no se puede exigir a los peticionarios que agoten un recurso interno de control abstracto de constitucionalidad cuando la legitimación activa para iniciar tal procedimiento solo se ha conferido a algunos funcionarios públicos, a los miembros de los órganos legislativos o a los partidos políticos.

En el centro del rechazo al modelo de acceso por medio de funcionarios se encuentra la idea de que esta configuración de la legitimación activa del control de constitucionalidad es la menos idónea para remediar las violaciones a los derechos humanos que se producen como consecuencia de la expedición de una ley contraria a la Convención Americana. Esto ocurre porque existe una probabilidad muy baja de que los integrantes de la propia administración impugnen la ley ante los tribunales[46]. Del mismo modo, aunque no es descartable que las minorías parlamentarias puedan presentar un recurso en contra de una ley que viola los derechos establecidos en la Convención, la esencia de los recursos idóneos y efectivos es que estos no dependan de la voluntad de la propia administración, de los miembros del órgano legislativo o de otros individuos[47].

---

46 La misma consideración se aplica a otros recursos judiciales internos de legitimación activa restringida en los cuales hay una probabilidad muy baja de que la administración cuestione sus propias actuaciones: "resulta evidente que la *acción de incumplimiento* no es un recurso que se pueda considerar disponible, no solo porque no había sido reglamentado al momento de interponer la denuncia ante la Comisión sino porque los particulares, como los familiares de las presuntas víctimas, no están habilitados a utilizarlo, dado que los únicos legitimados para interponer dicha acción son determinados funcionarios e instituciones del Estado y colectivos sociales". Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros*, cit., párr. 46.

47 Además de otras barreras para el acceso al control de constitucionalidad que pueden tener origen en la interpretación de los requisitos para el acceso al control de constitucionalidad en modelos de acceso por medio de funcionarios o por medio de colectivos. Por ejemplo, desde el año 1994 existe en México una acción de inconstitucionalidad con acceso por parte de las minorías (33%) del órgano legislativo (cfr. Constitución Política de los Estados Unidos de México, art. 105.2.d). En el año 2017, un grupo de 51 diputados (68%) del Congreso del Estado de México atacó la constitucionalidad de la ley sobre "Uso de la Fuerza Pública en el Estado de México". La Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la legitimación activa de los diputados porque consideró que estos constituían una mayoría de los miembros del Congreso estatal, por lo cual tenían la capacidad para derogar o modificar la ley si la consideraban contraria a la Constitución. Además, la Suprema Corte señaló que la acción de inconstitucionalidad incorporaba un diseño de acceso al control de constitucionalidad pensado para la protección de las minorías y no para

Por su parte, los esquemas de acceso organizado y colectivo –sobre los cuales el tribunal interamericano ha guardado silencio– han sido rechazados enfáticamente por la Comisión Interamericana y por las propias víctimas. Tanto una como otras han considerado que la exigencia de un número determinado de firmas en respaldo del recurso de constitucionalidad constituye una barrera desproporcionada para acceder a la justicia constitucional. Según esa crítica, la accesibilidad limitada no se ajusta a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los recursos idóneos y efectivos.

En razón de lo anterior, las únicas opciones que quedan a disposición para configurar la legitimación activa del control abstracto de constitucionalidad son los modelos de acceso interesado y acceso directo. El primero representa una alternativa plausible porque permite que todo aquel que logre demostrar la afectación a uno de sus intereses o derechos pueda cuestionar la validez de la ley que considera contraria a la Convención Americana. Sin embargo, es importante reiterar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención no exige la aplicación de las mismas como un requisito previo para que surja la responsabilidad internacional del Estado. Precisamente, la propia Corte Interamericana ha considerado, por ejemplo, que los actos normativos que establecen amnistías e indultos generales violan la Convención, incluso cuando tales actos normativos no han sido aplicados.

Lo anterior significa que la esencia de la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición de leyes contrarias a la Convención es que existen normas aprobadas por los órganos legislativos nacionales que son tan adversas a los derechos humanos que no es necesario que estas sean aplicadas para que se puedan considerar violatorias de los derechos protegidos por la Convención. En esos casos, el tribunal interamericano no requiere que a una persona le sea aplicada la ley, sino que enfatiza en el carácter ofensivo de la sola aprobación y existencia del acto normativo contrario a la Convención.

Por su parte, los recursos de amparo o de tutela también aparecen como una buena opción institucional para proteger judicialmente los derechos de los individuos cuando se trata de la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana. No obstante, en relación con la tutela o amparo, es necesario preguntarse si este recurso es idóneo para remediar las violaciones a los

---

tutelar a la mayoría del poder legislativo. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 25/2016, 27/2016 y 28/2016.

derechos humanos que se producen como consecuencia de la expedición de una ley. Desde luego, la respuesta a esta pregunta depende de la regulación y práctica concreta del amparo en cada uno de los Estados, en especial, de las facultades de los jueces de amparo en los casos de violación de derechos como consecuencia de una ley.

Sobre este mismo punto es importante señalar que, salvo contadas excepciones, los procedimientos de amparo son muy dilatados o están sometidos a una comprensión inflexible del principio de subsidiariedad que no admite excepciones para casos urgentes, en los cuales la decisión de amparo puede servir como un remedio transitorio para la violación de un derecho mientras se produce una decisión judicial ordinaria. Por esa razón, en diversos casos la Corte Interamericana ha considerado que los recursos de amparo no son efectivos y, por ende, no deben ser agotados previamente.

Además, la Corte Interamericana también ha señalado que en algunos Estados el tiempo de trámite de un recurso de amparo excede cualquier plazo razonable. Esto puede ocurrir porque las propias normas que regulan el procedimiento de amparo carecen de términos preclusivos o porque, en la práctica, los procedimientos exceden esos términos. En el criterio de la Corte Interamericana, en este supuesto "los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión"[48].

Ahora bien, incluso si el amparo funciona de manera expedita y permite que los jueces adopten medidas concretas para remediar la violación de un derecho como consecuencia de la aplicación de una ley, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuestiona que un Estado expida una ley de aplicación inmediata contraria a la Convención y exige un remedio que tenga el potencial suficiente para la eliminación general de esa ley. Según se señaló en la primera sección de este capítulo, el deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno es de resultado, lo cual significa que este solo se satisface con la invalidez de la norma contraria a la Convención. Por su propia esencia, el recurso de amparo no permite que se obtenga este efecto. El recurso idóneo para cumplir con el deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno solo será aquel que tenga la potencialidad de eliminar la ley o de garantizar su inaplicación general.

---

48 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71, párr. 93.

Por su parte, el control difuso de constitucionalidad, mediante mecanismos como la excepción de inconstitucionalidad, también aparece como un remedio adecuado para los casos de leyes contrarias a la Convención Americana. Sin embargo, los efectos de este mecanismo son limitados en virtud de que solo alcanzan a las partes del proceso en el que se pretendía aplicar la ley contraria a la Convención (*inter partes*) y en razón de que el máximo poder del juez es decidir sobre la (in)aplicación concreta de la ley, pero no sobre la validez de la misma.

Desde luego, es necesario reconocer que los sistemas de control difuso tienen fuertes mecanismos de coordinación mediante la revisión de las decisiones judiciales por parte de los tribunales supremos y la creciente fuerza vinculante del precedente. Estos dos elementos llevan a pensar que, una vez que el tribunal supremo ha señalado que una ley debe ser inaplicada, esa decisión será observada por parte de las demás instancias judiciales. En esa hipótesis, el modelo difuso también sería un poderoso remedio para los casos de leyes contrarias a la CADH. Ahora bien, estas dos ventajas del modelo difuso son débiles en la mayor parte de los países de América Latina que siguen una tradición jurídica continental todavía reacia a aceptar la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

En definitiva, tanto los recursos de amparo como el control difuso de constitucionalidad tienen en común que carecen del potencial para cesar la violación a la Convención porque este instrumento internacional se incumple mientras se mantengan vigentes, dentro de los ordenamientos nacionales, las normas que le son contrarias. A diferencia de los otros modelos de acceso al control abstracto de constitucionalidad, del recurso de amparo y del control difuso de constitucionalidad –que se han analizado previamente–, el sistema de acceso directo es una configuración idónea para responder a los casos de violaciones a los derechos humanos derivadas de la expedición de una ley contraria a la Convención. En efecto, la acción pública de constitucionalidad constituye un mecanismo judicial accesible y efectivo que beneficia a los individuos, al Estado y al propio Sistema Interamericano.

3.2. Las ventajas para los individuos derivadas del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad

En primer lugar, el acceso directo al control abstracto de constitucionalidad beneficia a los individuos porque les brinda un recurso interno idóneo para proteger sus derechos frente a leyes contrarias a la Convención. Los efectos

de este recurso recaen sobre la validez de la ley. Esto quiere decir que se trata de una acción judicial con el potencial para asegurar que la norma nacional contraria a la Convención Americana dejará de existir dentro del ordenamiento jurídico.

Lo anterior significa que la apertura a los individuos, por parte de los sistemas domésticos de justicia constitucional, es incompleta si solo ocurre en los recursos de amparo, tutela o protección. Es necesario abrir las puertas del control abstracto de constitucionalidad para remediar las violaciones a los derechos humanos que ocurren como consecuencia de la expedición de una ley y para depurar los ordenamientos jurídicos nacionales de posibles antinomias entre las leyes internas y el contenido de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

La apertura del control abstracto de constitucionalidad a los ciudadanos es necesaria, incluso en los Estados que prevén el control de constitucionalidad previo o automático de los tratados internacionales. Este control previo tiene tres objetivos principales: i) evitar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales; ii) la garantía efectiva del principio internacional de efecto útil, de acuerdo con el cual no es posible invocar las normas nacionales como excusa para el incumplimiento de los tratados internacionales, y iii) realizar una comprobación de la compatibilidad entre el contenido de las obligaciones establecidas en un tratado internacional y la norma constitucional.

Sin embargo, el control previo de los tratados internacionales no es un mecanismo idóneo para revisar la compatibilidad de las normas legales internas con el tratado internacional[49]. De lo anterior se deriva que puede ocurrir que un tratado conforme con la Constitución sea incompatible con determinadas normas legales; que después de la entrada en vigor del tratado, el legislador promulgue normas contrarias al contenido de ese instrumento internacional; o que, sin cambio legislativo interno, el intérprete auténtico del tratado internacional amplíe el contenido de las obligaciones de manera que una ley nacional que era compatible con la interpretación inicial del tratado deje de serlo en virtud de la nueva fórmula hermenéutica[50].

---

49 Cfr., a favor del control previo y posterior de los tratados internationales, Méndez, Mario. "Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n.º 1, 2017, pp. 84-109.

50 También puede surgir otro tipo de antinomias entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional: "Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional

Según se ha dicho previamente, cuando cualquiera de estos tres escenarios se presenta en relación con un tratado de derechos humanos que integra el denominado *corpus iuris* interamericano, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad de los Estados por la aprobación y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana, puede surgir la responsabilidad internacional del Estado.

En estos casos, los jueces nacionales deben procurar realizar una interpretación conforme de su legislación nacional con las obligaciones del tratado. Cuando esto no sea posible, deben optar por aplicar la norma o la interpretación normativa que confiera un mayor grado de protección a los derechos humanos (*pro persona*). Desde luego, si tanto la interpretación conforme como la aplicación e interpretación normativa *pro persona* fracasan, es importante que exista un mecanismo que permita a los ciudadanos solicitar de los tribunales el control de convencionalidad de esa norma interna. Como se sostendrá en la siguiente sección, el remedio más efectivo en estos supuestos es el control de validez de las leyes porque permite realizar un control de convencionalidad de alta intensidad.

3.3. LOS ESTADOS SE BENEFICIAN DEL MODELO DE ACCESO DIRECTO AL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

En segundo lugar, el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad también beneficia a los Estados porque les permite remediar las posibles violaciones a los derechos en el ámbito interno, por parte de sus propias autoridades y sin la intervención del tribunal interamericano. Esta ventaja es tan significativa que, según algunos autores, explica la expansión progresiva de los mecanismos de acceso directo a los tribunales constitucionales que se ha producido con mayor intensidad durante los últimos años en algunos Estados miembros del Consejo de Europa[51].

---

resulte inicialmente 'convencional' –en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscritos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, pero que después se transforme en inconvencional, v. gr., si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados". SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *La Constitución bajo tensión.* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 409.

51 "*With the assistance of the Council of Europe, several central and eastern European countries that*

En efecto, una de las razones principales que sustenta ese fenómeno es la existencia de un conjunto de estudios que recomiendan abrir la puerta de la justicia constitucional a los ciudadanos en aquellos Estados en los cuales no existen mecanismos efectivos de protección de los derechos fundamentales[52]. Como señala Gianluca Gentili, "el recurso directo ante un tribunal constitucional puede funcionar como filtro para los casos en los que se denuncia la violación de un derecho fundamental antes de que la misma queja sea interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos"[53]. La Comisión de Venecia también ha realizado informes en los cuales ha detectado que los Estados que tienen un mayor grado de apertura de la justicia constitucional a la ciudadanía son, al mismo tiempo, los menos denunciados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los menos condenados por parte de ese tribunal[54]. Aunque se trata de la apertura de la justicia constitucional por medio de los recursos de protección o de amparo, no deja de ser una experiencia destacable que pone en relación el acceso a los tribunales internos con la demanda de justicia internacional.

El caso de Turquía es paradigmático en ese sentido. Una de las razones principales por las cuales en ese país se permitió el acceso directo de los ciudadanos al Tribunal Constitucional fue el alto número de casos que ese Estado afrontaba ante el Tribunal de Estrasburgo. Los datos recogidos entre los

---

achieved independence after the fall of communist rule have revised their old constitutions or adopted new fundamental charters to include systems of direct access to constitutional and supreme courts (also called systems of 'individual constitutional complaint', hereinafter 'ICC'). These systems grant natural and legal persons direct access to a constitutional or supreme court to claim infringement of fundamental constitutional rights and to request a declaration of the unconstitutionality of the challenged act(s) or action(s) violating their rights (whether with erga omnes or inter partes effects)". GENTILI. "A comparative perspective", cit., pp. 707-708.

52 "*Among these procedures, individual constitutional complaint has recently become a widely acclaimed constitutional export item, particularly in Europe. It is prescribed as an effective remedy by supranational bodies such as the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (the Venice Commission) for countries which lack effective human rights protection instruments*". ENGIN y GÜLENER. "Individual application", cit., p. 270.

53 GENTILI. "A comparative perspective", cit., p. 728.

54 "*The Commission augments its support for the constitutional complaint by identifying successful country examples. It points out that compared to countries where the system does not exist, countries with full individual constitutional complaint systems are less likely to have a case against them before the ECtHR. Similarly, countries with a full individual complaint procedure have significantly lower levels of violation found by the Strasbourg Court than those with normative complaints*". ENGIN y GÜLENER. "Individual application", cit., pp. 279 y 280.

años 2012 y 2014 confirman la reducción progresiva de las denuncias contra Turquía después de la apertura del sistema de justicia constitucional. En ese periodo, el número de aplicaciones ante el Tribunal Constitucional de Turquía aumentó de manera inversamente proporcional a la reducción de las denuncias en contra de ese país ante el Tribunal Europeo. En concreto, mientras que las aplicaciones presentadas ante el Tribunal Constitucional de Turquía aumentaron de 12.342 en el año 2012 a 20.578 en el año 2014, las denuncias contra ese país ante el Tribunal Europeo se redujeron en el mismo periodo de 18.876 a 9.488[55]. Actualmente, el número de aplicaciones internas se ha consolidado alrededor de las 20.000 y las denuncias internacionales alrededor de las 9.000[56].

No solo en Europa se abren o se reclama que se abran las puertas de los tribunales a los ciudadanos. Todas las experiencias comparadas sobre esta materia son un referente para América Latina porque la apertura de los sistemas nacionales de justicia constitucional puede tener un impacto significativo dentro del sistema regional de protección de los derechos humanos. No se trata de seguir una tendencia porque, en ese caso, Latinoamérica bien podría ser calificada como el origen de esa tendencia[57].

De lo que se trata es de comprender que tomarse en serio las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no solo implica el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana; también es necesario realizar transformaciones internas para que las autoridades nacionales puedan remediar las violaciones a los derechos humanos dentro de la esfera interna de

---

55 Ibíd., p. 284.

56 En los años 2016 y 2017 se presentó un aumento desmesurado de las denuncias contra Turquía ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, ese aumento se debió a las destituciones masivas de funcionarios públicos realizadas en el último semestre de 2016 como consecuencia de un supuesto golpe de Estado contra el presidente Recep Tayyip Erdogan. Por ese motivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recibió más de 6.500 denuncias sobre violaciones a los derechos humanos. Esta cifra subvierte el efecto de reducción que había logrado la apertura de la justicia constitucional pero no afecta la relación entre ambos factores porque resulta evidente que las condiciones políticas de Turquía después del 15 de julio de 2016 tienen el potencial de anular los efectos positivos que había logrado la apertura de la justicia constitucional en relación con el nivel de denuncias a nivel internacional.

57 "La legitimación que se reconocerá ya desde mediados del siglo XIX, en Colombia y Venezuela –que se amplió con el devenir del tiempo a otros varios países del área– a cualquier ciudadano, con independencia de que ostente o no un interés subjetivo, para impugnar todo tipo de actos de carácter general por su supuesta inconstitucionalidad se traducirá en uno de los institutos procesales más característicos de América Latina: la acción popular de constitucionalidad". Fernández Segado. "Del control político", cit., p. 182.

los Estados. Entre otras fuentes, algunas de esas violaciones provienen de la propia acción legislativa. Por eso es importante que los individuos tengan un mecanismo directo, accesible y efectivo para solicitar el remedio judicial interno.

3.4. SUBSIDIARIEDAD EFECTIVA Y MENOS CASOS PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En tercer lugar, la existencia de sistemas de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad en el ámbito interno de los Estados también repercute directa y positivamente sobre el Sistema Interamericano. En concreto, la apertura de la justicia constitucional evita que lleguen a las instancias internacionales muchos casos que pueden tener una solución doméstica efectiva, rápida y basada en la jurisprudencia nacional e interamericana.

Esta ventaja no es menor si se tiene en cuenta que la Corte Interamericana no es un tribunal permanente y que tanto la Corte como la Comisión tienen una carga excesiva de trabajo y un presupuesto limitado[58]. En ese contexto, abrir la puerta de la justicia constitucional a los ciudadanos puede ser una opción institucional deseable para crear filtros nacionales que permitan que los casos de responsabilidad del Estado por expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sean resueltos en el ámbito interno de los Estados.

Del mismo modo, la apertura de los sistemas nacionales de control abstracto de constitucionalidad permitiría avanzar hacia la subsidiariedad efectiva

---

58 CETRA, RAÍSA y NASCIMENTO, JEFFERSON. "Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos". En BARRETO MAIA et al. *Desafíos del Sistema Interamericano*, cit., pp. 63-106. La crisis financiera y presupuestaria de los dos organismos principales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es muy grave y compleja. Los efectos de esa crisis no solo ponen en cuestión el buen funcionamiento del Sistema sino su propia existencia. En el año 2016, por ejemplo, el secretario general de la Comisión Interamericana anunció la "suspensión de audiencias e inminente pérdida de la mitad de su personal" a partir del día 31 de julio de ese año. El secretario hizo un llamado a los Estados y donantes para que hicieran efectivos sus aportes antes del 15 de junio de 2016 y reveló los siguientes datos: el presupuesto anual de la Comisión Interamericana es de cinco millones de dólares y con este se cubren todas las actividades ordinarias de la Comisión y el trabajo de 31 funcionarios. Los demás funcionarios (47) y otras actividades dependen directamente de donaciones no regulares. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa n.º 069, Washington DC, 2016, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/069.asp (Consultado: 15.06.2017).

del Sistema Interamericano en los casos de responsabilidad de los Estados por la aprobación de leyes contrarias a la Convención. En efecto, debido a que la Corte Interamericana no tiene el poder para invalidar una disposición legal o constitucional doméstica que sea contraria a la Convención, el tribunal se limita a ordenarle al Estado correspondiente que modifique su ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, esa decisión es meramente declarativa. Eso quiere decir que, como señala Pasqualucci, cuando un Estado no cumple la orden de modificar su ordenamiento jurídico interno, y mientras eso sucede, "cada víctima posterior de la ley deberá agotar los recursos internos antes de recurrir al Sistema Interamericano para reparar la violación. Esto podría ser costoso y demorado para las víctimas y daría lugar a una avalancha de casos similares ante la Corte y ante otros órganos internacionales de derechos humanos"[59].

De lo anterior se deriva la importancia de que exista un recurso judicial efectivo y accesible para los ciudadanos que permita remediar, ante los jueces nacionales, la violación de la Convención Americana por la expedición de una ley contraria a ese instrumento después de que el caso ha sido conocido por los órganos del Sistema Interamericano. Es importante que los ciudadanos puedan acudir a los recursos previstos por el ordenamiento interno para intentar la ejecución de la decisión de la Corte Interamericana que ha declarado una ley como contraria a la Convención cuando el cumplimiento de esa sentencia se encuentra pendiente por parte del Estado.

En este último caso, los ciudadanos acuden a la justicia constitucional con el apoyo de la decisión de la Corte Interamericana que ha declarado la ley nacional como contraria a la Convención y con el objetivo de que el control interno de constitucionalidad opere como una garantía de no repetición de la violación a los derechos humanos acaecida como producto de la expedición de la ley contraria al ordenamiento interamericano.

Desde luego, la sola existencia formal de un mecanismo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad no es suficiente para alcanzar estas ventajas, sino que es necesario que el mecanismo garantice materialmente el acceso a la justicia constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, eso significa que la efectividad del recurso también depende de que este no sea solamente admisible desde un punto de vista formal, sino que sea realmente admisible, es decir, que los recursos garanticen un verdadero acceso

---

59 Pasqualucci. *The Practice and Procedure*, cit., p. 217.

de los individuos[60]. Por esa razón, el sistema de acceso al control abstracto de constitucionalidad debe incorporar la menor cantidad de barreras para que las personas puedan presentar el recurso o acción de inconstitucionalidad. Esta conclusión sugiere que incluso modelos como el colombiano deberían eliminar ciertas barreras o ampliar el acceso al control abstracto de constitucionalidad para todas las personas sin necesidad de acreditar la condición de ciudadanos.

En síntesis, con la mayor apertura de los sistemas nacionales de control abstracto de constitucionalidad de las leyes se avanza hacia una implementación efectiva del principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano, se reduce la carga de trabajo de la Comisión y la Corte, y se ofrece a los jueces nacionales la oportunidad de remediar las violaciones a los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados.

Por esta vía, el juez constitucional nacional se consolida como el primer garante de los derechos humanos y como un interlocutor legítimo con los órganos del Sistema Interamericano. Por su parte, la Corte Interamericana y los demás órganos del Sistema tienen pocas razones para preocuparse por la subsidiariedad material si dentro de los Estados existen recursos idóneos y efectivos y las autoridades que los resuelven aplican los estándares interamericanos establecidos en la jurisprudencia contenciosa y consultiva del tribunal de San José.

Además de los argumentos que se acaban de señalar, existen dos razones adicionales a favor del mayor acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad en los Estados que forman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El primer argumento mantiene que la acción pública de constitucionalidad es una vía idónea para realizar un control de convencionalidad de alta intensidad (control de convencionalidad de validez). El segundo argumento señala que la acción pública de constitucionalidad puede aumentar el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana.

---

60 "En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios". Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, cit., párr. 94.

Este capítulo concluirá con una breve mención de cada uno de esos argumentos que dejan abierta una línea de investigación sobre la relación entre la protección internacional de los derechos humanos y el diseño institucional de los sistemas nacionales de justicia constitucional.

4. La acción pública de constitucionalidad y el control de convencionalidad de alta intensidad

La interpretación conforme, el principio *pro persona* y el control de convencionalidad son los tres instrumentos que integran el mecanismo institucional interamericano para la solución de las antinomias entre el *corpus iuris* interamericano y las normas nacionales. En esta sección se indicarán los rasgos generales de cada una de esas herramientas y se demostrará la relación de la tercera de estas con el acceso directo al control de constitucionalidad.

4.1. Los tres instrumentos del mecanismo institucional interamericano para la solución de antinomias: interpretación conforme, principio *pro persona* y control de convencionalidad

En primer lugar, la interpretación conforme implica que la atribución de contenido normativo a una determinada disposición jurídica (*e.g.*, derecho constitucional a la libertad de expresión) se debe realizar de conformidad con el texto y el contenido normativo de otra disposición jurídica (*e.g.*, protección de la honra y de la dignidad o derecho a la libertad de pensamiento y expresión establecidos en los artículos 11 y 13 CADH). El objetivo de la interpretación conforme es establecer relaciones de compatibilidad entre diferentes normas que son aplicables a un mismo caso concreto[61].

A diferencia de la interpretación sistemática que propende a la interpretación de una disposición normativa de acuerdo con el contenido de las disposiciones que forman parte del mismo cuerpo normativo en el que aquella

---

61 Las relaciones de conformidad o de compatibilidad se distinguen de las relaciones de identidad. Sobre esta diferencia, cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 221-225.

se encuentra (*e.g.*, interpretar las disposiciones orgánicas de la Constitución de conformidad con las disposiciones dogmáticas de la misma Constitución), la interpretación conforme implica tomar en cuenta el contenido de disposiciones que forman parte de un cuerpo normativo diferente a aquel en el que se encuentra la disposición objeto de interpretación.

La anterior diferencia entre la interpretación sistemática y la interpretación conforme desaparece cuando se trata de la interpretación conforme de textos constitucionales que han incorporado los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos mediante fórmulas de inclusión expresa (*e.g.*, Argentina) o mediante la fórmula del bloque de constitucionalidad (*e.g.*, Colombia). En estos casos, tanto la interpretación sistemática como la interpretación conforme de la Constitución juegan a favor de atribuir contenido normativo a las disposiciones constitucionales con base en el contenido normativo de los tratados incorporados. En todo caso, incluso en esta última hipótesis, la interpretación conforme puede involucrar otros tratados de derechos humanos que no han sido incorporados al texto constitucional pero que forman parte del conjunto de obligaciones internacionales suscritas por un Estado determinado.

La interpretación conforme opera tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito de las relaciones entre el derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos. En el primer caso, se trata de la obligación de interpretar las normas del ordenamiento jurídico interno de conformidad con la Constitución[62]. En el segundo caso, implica el deber de interpretar todas las normas nacionales, incluida la Constitución, de conformidad con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Mientras que la interpretación conforme constitucional es un sustrato lógico de la supremacía constitucional en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico interno, la interpretación conforme de las normas nacionales con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no obedece a una lógica de jerarquía, sino que corresponde a esquemas multinivel en los cuales es necesaria la coordinación, la interacción, la compatibilización y la deferencia.

---

62 Una visión crítica de la interpretación conforme que niega su carácter de principio hermenéutico constitucional en Afonso da Silva, Virgilio. "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 12, 2005, pp. 3-29.

En segundo lugar, el principio *pro persona* es un instrumento para la interpretación tanto de las normas sustanciales como de las normas procesales. En su dimensión positiva, este principio impone que se aplique la norma más favorable a la protección de los derechos humanos; esto es, que se aplique la disposición que incorpore una protección mayor o la interpretación de una disposición que implique una mayor protección de los derechos humanos. En su dimensión negativa, el principio *pro persona* prohíbe que se interprete una disposición jurídica en detrimento de los estándares de protección de derechos humanos establecidos por otra disposición jurídica[63].

El principio *pro persona* se encuentra establecido en diferentes tratados internacionales sobre múltiples materias como los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional del medio ambiente; también ha sido incorporado en las constituciones de Estados como Bolivia, Ecuador y México; y jurisprudencialmente ha sido establecido por los tribunales supremos o constitucionales de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y Perú[64].

Desde luego, también en el ámbito interamericano este principio se encuentra en el artículo 29 de la CADH y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[65]. Como señalan Fitzmaurice y Negishi, la Corte Interamericana no solo ha aplicado las funciones básicas y clásicas del principio *pro persona*, sino que lo ha utilizado como la justificación de la técnica de agregación de contenidos para los derechos establecidos en la Convención y como fundamento para realizar una interpretación evolutiva de ese tratado internacional[66].

El tercer instrumento del mecanismo interamericano de solución de antinomias es el control de convencionalidad. Este implica el deber de la Corte

---

63 PINTO, MÓNICA. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En COURTIS, CHRISTIAN (comp.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. CELS y Editores del Puerto, Argentina, 1997, pp. 163-171.

64 La información detallada se puede consultar en NEGISHI, YOTA. "The *pro homine* principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control". *The European Journal of International Law*, vol. 28, n.º 2, 2017, pp. 468-473.

65 FITZMAURICE, MALGOSIA. "Interpretation of Human Rights Treaties". En SHELTON, DINAH (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 765-768.

66 FITZMAURICE. "Interpretation of Human Rights", cit., p. 767 y NEGISHI. "The *pro homine* principle's", cit., p. 14.

Interamericana de Derechos Humanos y de todas las autoridades públicas de los Estados de analizar la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con otros instrumentos internacionales que forman parte del *corpus iuris* interamericano, tal y como estos han sido interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la autoridad que ejerza el control de convencionalidad y las competencias que le hayan sido asignadas, la obligación previamente mencionada también incluye el deber de declarar la incompatibilidad, inaplicar o invalidar la norma contraria a la Convención. Como señala Víctor Bazán, el control de convencionalidad es un instrumento para que las autoridades nacionales cumplan con el principio de adecuación normativa e implica el reconocimiento de que los jueces nacionales son los primeros garantes de los derechos establecidos en la Convención Americana[67].

La mayor parte de la literatura coincide en señalar que el control de convencionalidad fue ejercido por los tribunales de algunos Estados antes de que apareciera expresamente mencionado en votos razonados formulados por el juez Sergio García Ramírez[68] y, por supuesto, antes de que fuera establecido formalmente en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*[69]. Desde entonces, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad ha sido reiterada, modificada y desarrollada en la mayor parte de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas emitidas por el tribunal interamericano[70]. Por supuesto, durante ese periodo, los

---

67 BAZÁN. "Control de convencionalidad", cit., pp. 76-77.

68 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr 27; Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30 y Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6. Algunos ejemplos de aplicación previa del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales en DULITZKY, ARIEL. "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal*, vol. 50, n.º 1, 2015, p. 80.

69 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 124.

70 Una lista de las sentencias en las que se ha reiterado, modificado o ampliado el control de convencionalidad en Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de

jueces nacionales también han expresado su propia comprensión del control de convencionalidad[71].

La existencia, el desarrollo y las vicisitudes del control de convencionalidad han dado lugar a una serie de debates sobre sus alcances, fundamentos normativos, condiciones de ejecución y contenido de las obligaciones que este impone a las autoridades nacionales. Algunos de esos debates han llevado, incluso, a que se propongan reformas estructurales al funcionamiento del Sistema Interamericano[72]. A pesar de lo anterior, el enfoque de esta sección es diferente porque no pretende revisar esas discusiones sino tomar los puntos de

---

Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 96.

71 Larrieux Rodríguez, Jorge. "Control de convencionalidad y constitucionalidad. Entre el nivel interamericano y el nacional". En Saiz Arnaiz (coord.). *Diálogos judiciales*, cit., pp. 63-70.

72 Además de los textos citados previamente, la literatura más relevante sobre el control de convencionalidad se puede consultar en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa y unam, México, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 2, 2011, pp. 531-622 y "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, unam, vol. xliv, n.º 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967; García Ramírez, Sergio. "El control judicial interno de convencionalidad". En Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.). *Estudos avançados de direitos humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier y Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589; Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.º 2, 2009, pp. 109-128 y "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, 2012, pp. 535-573; Ibáñez Rivas, Juana María. "El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano". En Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, cit., pp. 385-413; Nogueira Alcalá, Humberto. "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, unam, vol. xlv, n.º 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220 y "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006–2011". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, 2012, pp. 57-140; Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad.* Editorial Temis, Bogotá, 2014; Ruiz, Oswaldo. "The conventionality control. Examples of (un)successful experiences in Latin America". *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 1-2, 2010, pp. 200-219; Sagüés, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 117-135.

confluencia para examinar la relación del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad y, en particular, con el sistema de acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional.

4.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Con el objetivo de poner en relación al mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias con el diseño institucional doméstico del control de constitucionalidad que permite el acceso directo de los ciudadanos, esta sección se orienta por las dos siguientes preguntas: ¿requiere el control de convencionalidad de la existencia de un tribunal o corte constitucional?, y, ¿qué beneficios puede reportar la existencia de un mecanismo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad a la efectiva realización del control de convencionalidad de alta intensidad?

La primera pregunta ha sido contestada expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, desde la perspectiva de ese tribunal, la existencia de una Corte Constitucional no resulta imprescindible para la efectividad del control de convencionalidad. El argumento central de la Corte es que el control de convencionalidad debe ser realizado por todas las autoridades públicas del Estado, de manera que no involucra solamente a los tribunales de cierre de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que vincula a las autoridades judiciales de todos los niveles, a las autoridades administrativas y a las instancias democráticas.

En relación con la segunda pregunta, el tribunal interamericano ha omitido toda referencia al diseño doméstico de los mecanismos de control de constitucionalidad y a su relación con el control de convencionalidad. En efecto, uno de los precedentes que refleja el criterio de la Corte Interamericana sobre esa materia es el caso *Liakat Ali Alibux v. Surinam* del año 2014[73].

En esa sentencia, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales de un ciudadano que había sido condenado penalmente por sus actuaciones como ministro del Gobierno. El elemento constitutivo de la violación al artículo 8.h de la CADH fue la imposibilidad de recurrir el fallo condenatorio de

---

73 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276.

acuerdo con las normas procesales vigentes en ese momento dentro del Estado[74]. La Corte también declaró que se había violado el derecho a la circulación y residencia del mismo ciudadano porque durante el procedimiento penal se le había impedido salir del país sin que existiera un fundamento legal para imponerle esa restricción[75].

Se trató de un caso muy interesante desde la perspectiva de la relación entre el control de constitucionalidad y la protección de los derechos establecidos en la Convención Americana. En efecto, uno de los argumentos centrales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los representantes de la víctima era que el Estado había violado tanto el derecho a la protección judicial (art. 25 CADH) como el derecho a contar con un recurso efectivo (art. 8.h CADH) en virtud de que en ese país no se había puesto en funcionamiento una Corte Constitucional.

De acuerdo con la Comisión y con la víctima, la inexistencia de un tribunal constitucional era una omisión muy grave porque el artículo 144 de la Constitución de Surinam de 1987 (reformada en el año 1992) ordenaba expresamente la creación de una Corte Constitucional, fijaba el número de sus integrantes y enumeraba sus funciones generales. Bajo el criterio de la Comisión y de la víctima, la inexistencia de un tribunal constitucional, cuya creación estaba ordenada por la propia Constitución, generaba una situación de grave desprotección judicial de los derechos humanos y constituía, en sí misma, una violación al derecho de protección judicial establecido en el artículo 25 de la CADH[76].

Al pronunciarse sobre el anterior argumento planteado por la Comisión y por los representantes de la víctima, la Corte Interamericana reconoció que los tribunales y cortes constitucionales domésticos son órganos fundamentales para la protección de los derechos establecidos en las constituciones nacionales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte Interamericana señaló que la Convención no impone un sistema determinado de control de constitucionalidad para los Estados que la han ratificado, de manera que los tribunales o cortes constitucionales no vienen impuestos por ese instrumento internacional[77].

---

74 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit., párr. 111.

75 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit., párr. 136.

76 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit., párrs. 112 y 113.

77 "[E]n relación con los argumentos del representante y de la Comisión sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos

Del mismo modo, la Corte Interamericana consideró que la omisión en que incurría el Estado, al no establecer la Corte Constitucional, no constituía una violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la CADH. Por esa razón, el tribunal no ordenó medidas de reparación o garantías de no repetición relacionadas con la creación de la Corte Constitucional[78]. Sobre la inexistencia de la Corte Constitucional de Surinam, el tribunal de San José se limitó a señalar que:

> … considera pertinente resaltar, así como lo reconoció el propio Estado, la importancia de la operatividad de dicha institución (Corte Constitucional), cuya creación se encuentra establecida en el artículo 144 de la Constitución. Dicha importancia descansa en la función de protección que una corte de esa naturaleza otorga a los derechos constitucionales de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción[79].

En este mismo caso, la Corte Interamericana también se refirió a la conexión entre la inexistencia de la Corte Constitucional de Surinam y el control de convencionalidad. Sobre este aspecto, la Corte señaló que la (in)existencia de un tribunal o corte constitucional no es relevante para la aplicación del control de convencionalidad por cuanto este debe ser realizado por todas las autoridades del Estado. Por esa razón, la Corte estableció que la ausencia de una corte o tribunal constitucional no exime a las demás autoridades del Estado de realizar el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana[80].

Frente a los argumentos de la mayoría de los integrantes de la Corte Interamericana, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor formuló un voto razonado en el que sostuvo que la inacción del Estado para poner en funcionamiento la Corte Constitucional, cuya creación estaba ordenada por la propia Constitución de Surinam, constituía una omisión contraria al artículo 25 de la CADH. Para el juez disidente, el Estado debía implementar todas las instancias judiciales que la Constitución establecía para la protección de los derechos y para

---

constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad". Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, cit.,* párr. 124.

78 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit., párr. 151.

79 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit., párrs. 125 y 151.

80 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam,* cit., párr. 124.

remediar las violaciones a los mismos dentro del ámbito doméstico[81]. En contra del criterio mayoritario de la Corte, el juez Ferrer Mac-Gregor sostuvo que el artículo 25 de la CADH sí impone la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad internos:

> En mi opinión, a través del derecho sustantivo a la Protección Judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, la legislación debe prever y los jueces efectivizar un recurso que tenga en cuenta el vigilar y velar el cumplimiento de las leyes, la Constitución y los tratados, esto en términos del propio Pacto de San José. [...] Si bien "la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad" los diversos sistemas de protección judicial de los derechos a nivel nacional deben prever medios efectivos para resolver este tipo de controversias en el fondo, sea cual sea su denominación y el órgano de control que lo resuelva[82].

En ese contexto, y en contra de lo que sostiene la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Interamericana, el argumento central de esta investigación es que la existencia de un órgano que realice el control abstracto y concentrado de constitucionalidad aumenta la efectividad del control de convencionalidad. Además, se sostendrá que los sistemas que combinan el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad con mecanismos de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, constituyen los diseños institucionales que mejor se adaptan a los estándares fijados por la Corte Interamericana respecto del mecanismo interamericano de solución de antinomias.

4.3. EL SISTEMA MIXTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, EL ACCESO DIRECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El presupuesto básico de la tesis de esta sección es que la Corte Interamericana no puede omitir que la configuración doméstica del control de constitucionalidad tiene incidencia directa en la forma como se reciben, aplican y desarrollan

---

81 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 9 y 100-126.

82 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 124 y 125.

tanto los estándares interamericanos sobre la protección de los derechos humanos como el control de convencionalidad[83]. Por esa razón, el tribunal interamericano debe analizar el diseño institucional y el contexto de cada Estado cuando establece los alcances de los instrumentos que forman parte del mecanismo interamericano de solución de antinomias. De ninguna manera se puede considerar justificada o subsanada esta omisión bajo el argumento, varias veces expuesto por el tribunal interamericano, según el cual las autoridades nacionales deben realizar el control de convencionalidad de acuerdo con las competencias que les asignan las normas nacionales[84].

Desde luego, la Corte Interamericana acierta al señalar que los tribunales constitucionales no son órganos *sine qua non* para la realización de cualquiera de los instrumentos que integran el mecanismo interamericano de solución de antinomias. De la propia configuración del control de convencionalidad resulta que, si este debe ser realizado por cualquier autoridad pública, la inexistencia de una de esas autoridades no excusa a las demás del cumplimiento de los deberes que se derivan de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, esta obviedad esconde la parte más interesante de la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, la cual consiste en saber si existe un diseño institucional del primero que favorezca en mayor medida al segundo y si los Estados deben modificar su estructura interna de control de constitucionalidad para ajustarla al contenido del control de convencionalidad.

El argumento central de esta sección es que el modelo mixto de justicia constitucional colombiano tiene un grado de apertura y complejidad que favorece al control de convencionalidad. Por esa razón, en lo que sigue se señalarán las ventajas de ese diseño institucional, sin que estas razones impliquen necesariamente que los Estados que carecen de un esquema similar deban modificar su configuración o estructuras institucionales internas. La idea, entonces, es insistir en que, así como el control de convencionalidad puede operar en ausencia de tribunales constitucionales, también resulta innegable

---

83 Una observación en este mismo sentido en DULITZKY, ARIEL. "An Inter-American Constitutional Court?", cit., pp. 60-62.

84 Cfr. NASH ROJAS, CLAUDIO. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* vol. XIX, 2013, p. 497.

que "un modelo de control amplio, flexible y garantista facilita más la tarea que uno inexistente o estrecho, rígido y formalista"[85].

En efecto, los modelos de justicia constitucional que incluyen el control concentrado y abstracto y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se adaptan mejor a los estándares de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad. En otras palabras, en los sistemas que han implementado el sistema mixto de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad no supone una imposición antiestructural.

El caso de Colombia es paradigmático en este aspecto porque, por una parte, conserva todas las ventajas propias de contar con un modelo concentrado de control de constitucionalidad en el que también se puede realizar el control de convencionalidad de alta intensidad o control de validez[86]. Al mismo tiempo, este diseño institucional prevé las competencias necesarias para que todos los jueces del país puedan inaplicar las leyes cuando realizan el control difuso de convencionalidad[87].

En consecuencia, los modelos mixtos de control de constitucionalidad –dentro de los cuales el control abstracto incorpora el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad– tienen las siguientes ventajas en relación con el control de convencionalidad. Por una parte, la existencia del control difuso permite que todos los jueces domésticos cuenten con la competencia para inaplicar las leyes que consideran contrarias a la Constitución o al parámetro de convencionalidad. El ciudadano, antes de demandar una ley,

---

85 Rojas, Danilo. "Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* vol. xxi, 2015, p. 129.

86 "El grado de intensidad máximo del 'control de convencionalidad' se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional". Corte idh. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 36.

87 "Estados parte como Colombia ven favorecida la aplicación del control de convencionalidad por la existencia de un control mixto de constitucionalidad, en donde esa mixtura se expresa de varias formas: de un lado, el control normativo concentrado es compartido por dos altas cortes –la Corte Constitucional (competencia taxativa) y el Consejo de Estado (competencia residual)– y, de otro, el control difuso es ejercido por cualquier autoridad –especialmente los jueces de todas las jerarquías: desde la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado hasta los jueces municipales–". Rojas. "Control de convencionalidad en Colombia", cit., p. 129.

puede optar por solicitar su inaplicación en un caso concreto si es que es parte de un litigio en el que se aplica tal ley.

En segundo lugar, cuando los jueces no ejercen esta competencia de control difuso y aplican leyes que son contrarias a la Constitución o al parámetro de convencionalidad, el ciudadano puede utilizar el control abstracto de constitucionalidad para que el órgano de control concentrado resuelva ese desacuerdo en términos de validez constitucional y realice el control de convencionalidad de alta intensidad.

En tercer lugar, el ciudadano también puede utilizar el control abstracto como mecanismo de coordinación cuando unos jueces de control difuso aplican la ley mientras que otros la inaplican porque los primeros la consideran conforme al parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad mientras que los segundos la consideran contraria a esos mismos parámetros. En ese caso, los ciudadanos pueden acudir al control concentrado de constitucionalidad para que se resuelva sobre la (in)compatibilidad de la ley con la Constitución y con el parámetro de convencionalidad mediante una decisión definitiva que recae sobre la validez de la ley. El ciudadano puede fundamentar su demanda en la experiencia deliberativa que tanto los jueces ordinarios como las partes de esos procesos han desarrollado sobre la constitucionalidad de la ley dentro de los litigios en los cuales se ha solicitado la inaplicación de ese acto normativo.

En cuarto lugar, el ciudadano que no es parte en ningún proceso de aplicación de la ley puede acudir al control concentrado de constitucionalidad para cuestionar la compatibilidad de la ley con la Constitución y con el parámetro de convencionalidad. En los cuatro casos anteriores, cada una de las autoridades habrá actuado dentro del marco de sus competencias, esto es, los jueces de control difuso mediante la (in)aplicación de la ley y los jueces de control abstracto mediante la confirmación de la (in)validez de la ley.

En quinto lugar, desde el punto de vista de las perspectivas de apreciación de los problemas de constitucionalidad de una ley, la combinación de los modelos difuso y concentrado ofrece la oportunidad tanto para que los jueces resuelvan sobre los problemas concretos de compatibilidad de la ley con la Constitución como para que enfrenten el mismo problema desde el punto de vista abstracto.

Además de este conjunto de ventajas, la existencia de un mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de constitucionalidad en Colombia permite resolver dos problemas del control de convencionalidad relacionados con las omisiones legislativas contrarias a la Convención Americana y con el alcance del control de convencionalidad respecto de funcionarios

administrativos que no tienen la competencia para invalidar o inaplicar las leyes contrarias a la Convención.

En el primer ámbito, la acción pública contra las omisiones legislativas relativas también propicia un trabajo colaborativo, dialógico y cooperativo entre el poder judicial y el legislador en torno a la superación de una omisión contraria a la protección de los derechos establecidos en la Convención Americana, en especial cuando esta omisión no puede ser superada con la acción exclusiva del tribunal constitucional. En esos casos, como se indicó en el capítulo anterior, el juez constitucional identifica y delimita la omisión que viola un derecho humano pero defiere la decisión de colmar esa laguna al órgano legislativo. De esa manera, entre la Corte Constitucional y el legislador existe un trabajo conjunto que evita la responsabilidad internacional del Estado y, sobre todo, aumenta la protección interna de los derechos humanos.

En relación con el segundo problema, la acción pública de constitucionalidad ofrece una herramienta para los funcionarios públicos que forman parte de la administración y quienes, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, también deben ejercer el control de convencionalidad dentro del marco de sus competencias. La pregunta que se ha formulado en estos casos es: ¿qué debe hacer el funcionario público no autorizado para inaplicar o invalidar una ley cuando considera que esta es contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos? En los modelos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad esa autoridad debe trasladar a la Corte Constitucional la duda de constitucionalidad mediante una demanda en contra de la ley con el fin de que ese tribunal decida finalmente sobre la compatibilidad de esa norma con la Constitución y con su contenido ampliado en virtud del bloque de constitucionalidad.

Por esa razón, resulta acertado que el mecanismo de la acción pública de constitucionalidad que existe en Colombia no haya excluido a los funcionarios públicos de la titularidad del derecho político a demandar leyes y reformas constitucionales ante la Corte Constitucional. Como se indicó en el capítulo segundo, incluso los propios magistrados de la Corte Constitucional colombiana pueden interponer una acción pública de constitucionalidad ante ese tribunal.

Eso significa que los funcionarios públicos que están obligados a realizar el control de convencionalidad pero carecen de las competencias para inaplicar o invalidar una ley pueden optar por presentar una demanda de constitucionalidad cuando consideren que un acto normativo es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otro instrumento del *corpus iuris* in-

teramericano. Desde luego, mientras que se decide finalmente sobre la validez de la ley, los funcionarios están obligados a aplicarla.

Finalmente, según se señaló en la sección anterior, como el agotamiento de los recursos internos incluye a la acción pública de constitucionalidad en los casos de leyes contrarias a la Convención, el individuo solo llegará al Sistema Interamericano cuando los jueces de control difuso hayan aplicado una ley contraria a la Convención y los jueces de control abstracto hayan ratificado la validez de ese acto normativo. Esa situación puede ocurrir, *inter alia*, por la existencia de una antinomia entre la Constitución y la Convención Americana. En virtud de esa antinomia, una ley puede ser compatible con la Constitución y, al mismo tiempo, incompatible con la Convención.

Solo en estos últimos casos le corresponderá a la Corte Interamericana resolver sobre la compatibilidad de la ley con la Convención; lo cual deberá hacer tomando en cuenta seriamente las razones que han fundamentado las decisiones de los jueces domésticos tanto de control difuso como de control abstracto que se han abstenido, respectivamente, de inaplicar y de invalidar la ley. Por esa razón, como se sostendrá en la siguiente sección, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad también fomenta el diálogo entre los tribunales internos y el tribunal interamericano.

5. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN INSTRUMENTO PARA EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Uno de los conceptos centrales del constitucionalismo de principios del siglo XXI fue el de diálogo judicial[88]. La aparición de este concepto ocurrió como correlato del desarrollo de sistemas de constitucionalismo multinivel y pluralismo constitucional marcados por la existencia de diferentes esferas de decisión parcialmente superpuestas dentro de las cuales existe un texto normativo con vocación constitucional y un tribunal encargado de la interpretación del mismo[89].

---

88 WALKER, NEIL. "The idea of constitutional pluralism". *Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002, pp. 317-359.

89 "[E]n un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas". TORRES PÉREZ, AIDA. "En defensa del pluralismo constitucional". En FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y HERRERA GARCÍA, ALFONSO (coords.). *Diálogo*

La idea de diálogo judicial formó parte de la fase inicial de un proceso todavía inacabado de construcción de formas de constitucionalismo transnacional[90], posnacional[91] y global[92].

La idea del diálogo es solo una pieza de un conjunto mucho más amplio de herramientas para comprender la acción coordinada y en red de las autoridades públicas en el contexto global[93]. Por esa razón, esta categoría deliberativa está llamada a ser ampliada para involucrar las diferentes formas de interacción entre las autoridades judiciales, administrativas y legislativas, así como las relaciones de todas estas con los individuos.

Específicamente, el diálogo judicial ha sido visto como un elemento estructural dentro de una comunidad global de jueces que resuelven casos en el marco de sus competencias pero utilizan argumentos que pretenden participar en una conversación colectiva más allá de las fronteras marcadas por las jurisdicciones nacionales[94]. La existencia de ese diálogo está determinada por una serie de condiciones bien explicadas por Aida Torres y Rafael Bustos[95]. Estas condiciones permiten distinguir al diálogo judicial de otras formas de contacto o interacción entre autoridades jurisdiccionales (*i.e.*, derecho comparado).

---

jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 457-458.

90 Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 161-195 y Neves, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 74-147.

91 Krisch, Nico. *Beyond Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 27-68 y Kumm, Mattias. "Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 3, 2016, pp. 703-709.

92 Tushnet, Mark. "The inevitable globalization of constitutional law". *Harvard Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n.º 9, 2006, pp. 1-22.

93 Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, Princeton, 2004, pp. 1-35 y 65-103.

94 Slaughter, Anne-Marie. "A global community of courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n.º 1, 2003, p. 191.

95 Torres Pérez, Aida. *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 109-130 y Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, 2012, pp. 13-63.

El concepto de diálogo judicial ha sido aplicado a los ámbitos del derecho europeo[96], a los derechos humanos en general[97] y al Sistema Interamericano en particular[98]. Incluso se ha hecho referencia al diálogo entre jueces dentro de contextos poco proclives a la interacción de las autoridades judiciales con sus pares extranjeros[99]. Estos ordenamientos han sido considerados como disensiones frente al constitucionalismo global, parte del denominado excepcionalismo o del modelo de resistencia (*resistance*) frente al derecho comparado[100].

En el caso concreto del Sistema Interamericano, se afirma que existe una especie de diálogo entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La nota esencial de ese diálogo es que es genuino porque involucra una serie de "influencias jurisdiccionales recíprocas"[101]. Esto significa que el proceso deliberativo y las decisiones judiciales de los tribunales nacionales se enriquecen con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Al mismo tiempo, dentro de sus deliberaciones, el tribunal interamericano se toma en serio la jurisprudencia de los jueces domésticos y utiliza los precedentes de cortes estatales para fundamentar sus decisiones sobre la violación de un derecho o la forma de reparar esa violación[102].

---

96 Torres Pérez. *Conflicts of Rights*, cit., pp. 97-140 y Burgorgue-Larsen, Laurence. "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial". En Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.). *Diálogo jurisprudencial*, cit., pp. 131-167.

97 Cfr., por todos, los trabajos compilados en Müller, Amrei (ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 27-502.

98 Bazán, Víctor. "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos". En Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.). *Diálogo jurisprudencial*, cit., pp. 569-598.

99 Choudhry, Sujit. "Migration as a new metaphor in comparative constitutional law". En Choudhry, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-13 y Breyer, Stephen. *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*. Alfred A. Knopf, New York, 2015, pp. 320-333.

100 Tushnet. "The inevitable globalization", cit., p. 2 y Jackson. *Constitutional Engagement*, cit., pp. 17-38.

101 Bazán. "Control de convencionalidad", cit., pp. 93-102.

102 Rojas, Danilo. "El daño y la reparación en Colombia. Una aproximación comparada entre la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En Saiz Arnaiz (coord.). *Diálogos judiciales*, cit., pp. 601-616 y Roa Roa, Jorge Ernesto. "Derecho internacional humanitario, jurisdicción penal militar y responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos. Un comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Masacre de Santo Domingo vs. Colombia'". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 95, enero-abril, 2013, pp. 156-159.

Según algunos autores, el diálogo interamericano ha sido tan amplio, activo y fluido que ha generado una especie de red judicial interamericana[103]. Desde ese punto de vista, la interacción judicial en América Latina puede ser considerada como parte de un modelo de convergencia (*convergence*)[104] en el que, por medio del diálogo, se han establecido un conjunto de estándares de protección de los derechos humanos que conforman una especie de *ius constitutionale commune* en América Latina[105]. Se trata, como lo denomina Mariela Morales, de un proceso de *interamericanización* que consiste fundamentalmente en "la adopción gradual de los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aplicarlos a su derecho público nacional"[106].

En ese contexto, la pregunta esencial que surge es: ¿cuál es la contribución del mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad al diálogo judicial? Desde el punto de vista de este trabajo, la respuesta a esta pregunta es que el mayor acceso de los individuos a la justicia constitucional crea un escenario para el diálogo judicial.

En efecto, como se señaló previamente, la carga de agotar los recursos internos en los casos de leyes contrarias a la Convención incluye al sistema doméstico de control abstracto de constitucionalidad de las leyes cuando dentro de este existe un alto grado de apertura de la justicia constitucional. De lo anterior se infiere que un modelo cerrado de acceso al control de constitucionalidad justifica que los individuos acudan directamente a los órganos que forman parte del Sistema Interamericano.

Eso quiere decir que la existencia de modelos de acceso directo a la justicia constitucional ofrece un escenario nacional de diálogo con la Comisión y la Corte interamericanas. Lo anterior sucede en virtud de que estos dos órganos solo conocerán de los casos de leyes contrarias a la Convención una vez que el mismo problema haya sido afrontado por el órgano nacional de control abstracto

---

103 Acosta Alvarado, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 179-255.

104 Jackson. *Constitutional Engagement*, cit., pp. 39-69.

105 Cfr. Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela et al. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador". En Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi. *Ius constitutionale commune*, cit., pp. 17-51.

106 Morales Antoniazzi, Mariela. "Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina", ibíd., p. 418.

de constitucionalidad. Por su parte, los tribunales domésticos de cierre tienen libertad para ratificar la validez de las leyes nacionales o para expulsarlas del ordenamiento jurídico por razones de constitucionalidad o mediante un control de convencionalidad de alta intensidad.

En cualquiera de estos dos casos es muy importante que exista un pronunciamiento del juez nacional sobre la compatibilidad de la ley nacional con la Convención, en lugar de que la Corte Interamericana se pronuncie directamente y sin la revisión previa del juez nacional. Es decir, es importante que exista una voz doméstica inicial dentro del diálogo sobre la adecuación del ordenamiento jurídico interno al *corpus iuris* interamericano. Resulta infortunado el hecho de que el diálogo comience necesariamente por el tribunal interamericano por el hecho de que los mecanismos para acceder al juez nacional sean excesivamente cerrados y no satisfagan los estándares de los recursos idóneos y efectivos establecidos por la Corte Interamericana.

De manera que abrir la puerta de la justicia constitucional también implica crear una oportunidad para que el juez nacional pueda hablar en la conversación colectiva con la Corte Interamericana a propósito de una ley nacional que aparece como contraria a la Convención Americana.

Si se tienen en cuenta los argumentos expuestos en la sección anterior, la estructura de un diálogo de ese tipo incluye las voces de i) los individuos que han sido parte del caso concreto en el que se (in)aplicó la ley, ii) los jueces de control difuso, iii) los demandantes ante la Corte Constitucional y iv) la decisión de este último tribunal al resolver sobre la demanda de validez. Un diálogo serio entre las autoridades nacionales y los tribunales internacionales debe, sin duda alguna, tomar en cuenta todas estas voces.

Por esa razón, la acción pública de constitucionalidad no solo convierte al ciudadano en el primer eslabón de una decisión sobre la (in)validez de una ley, sino que lo erige en el actor inicial del proceso de diálogo de sus autoridades nacionales con otras instancias judiciales extranjeras o con las autoridades internacionales encargadas de la protección de los derechos humanos. Esto comporta un enriquecimiento del diálogo, no solo por el aumento de los involucrados, sino por la cualificación de las perspectivas que se incluyen dentro de la deliberación. Se trata de una ventaja significativa desde el punto de vista de la interacción entre las autoridades judiciales, pero sobre todo desde la perspectiva de la posición de los ciudadanos dentro de los procesos de deliberación institucional que ocurren en el marco del constitucionalismo transnacional.

En síntesis, el argumento central de este capítulo ha estado orientado a demostrar que el acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de

constitucionalidad, por medio de mecanismos como el que se ha defendido a lo largo de esta investigación, forma parte de una de las exigencias actuales de la estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto es así por la pretensión de subsidiariedad material del Sistema en los casos de violaciones a los derechos humanos como consecuencia de la expedición de una ley contraria a la Convención y por las obligaciones que se derivan del control de convencionalidad.

Por otra parte, ese mismo argumento permite marcar una perspectiva de investigación sobre el futuro de la justicia constitucional regional y, en concreto, sobre la relación entre el diseño institucional de la judicatura constitucional y los individuos. En este capítulo se ha esbozado la idea de que la apertura de los sistemas domésticos de control abstracto de constitucionalidad aparece respaldada por su contribución al diálogo judicial dentro del marco de un constitucionalismo global, posnacional y transnacional.

Y esto no es poco.

EPÍLOGO

Un argumento a favor del control de constitucionalidad: el ciudadano ante la justicia constitucional

Al final de la lectura del libro, el lector merece un espacio en el que el argumento defendido a lo largo de sus ocho capítulos aparezca presentado de manera completa, unificada, sintética y clara. Por esa razón, es preciso reiterar que el punto de partida y la idea general que atraviesa toda la investigación es que la forma de acceso al control de constitucionalidad es un elemento del diseño institucional de la justicia constitucional que trasciende el ámbito procesal concreto de la legitimación activa para ubicarse en una dimensión sustancial relacionada con la función, las expectativas, el rol y la legitimidad democrática del propio sistema de control judicial de las leyes.

Con base en ese presupuesto general, a lo largo del libro se defiende que cada uno de los modelos de acceso a la justicia constitucional (acceso directo: amplio o popular; acceso interesado; acceso colectivo, y acceso por medio de funcionarios) tiene dificultades y ventajas en relación con el clásico problema de la fundamentación democrática del control de constitucionalidad, con su mayor o menor carácter contramayoritario y con la legitimidad social de la institución de revisión judicial de las leyes. Sin embargo, se concluye, existen razones muy poderosas que juegan a favor de abrir la puerta de los tribunales constitucionales a todos los ciudadanos mediante el establecimiento de un mecanismo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad.

Con el fin de respaldar esa tesis, en el libro se avanza desde los aspectos más básicos que se oponen al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad (objeciones funcionales) hasta los beneficios deliberativos y democráticos de un diseño de la justicia constitucional abierto a los ciudadanos. Los puntos finales de esta defensa de la acción pública de constitucionalidad ocurren en el plano global y en el plano regional. En el primero, destacan las nuevas perspectivas que ese mecanismo de acceso a la justicia constitucional introduce en el debate global sobre la compatibilidad del *judicial review* con la democracia. En el segundo, sobresalen las ventajas que la acción pública de constitucionalidad conlleva para la mejor coordinación del sistema doméstico de justicia constitucional con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

LA SUPERACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS FUNCIONALES

En relación con las objeciones funcionales, los hallazgos de esta investigación permiten verificar que la temeridad y la carga excesiva de trabajo son dos riesgos que afectan a todo el sistema judicial de manera que no se pueden atribuir solamente al proceso de control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo,

como el sistema de acceso directo al control de constitucionalidad es proclive a presentar estos dos problemas, es necesario implementar un instrumento que permita controlar la temeridad y garantizar la capacidad de respuesta del tribunal constitucional.

En Colombia, esa herramienta es el sistema de filtros de las demandas de constitucionalidad, sistema que impone una carga de argumentación especial para todos los ataques de inconstitucionalidad contra un acto normativo. La característica esencial de este mecanismo es que no pone en peligro la esencia del modelo de acceso directo y permite conjurar, dentro de límites razonables, las dos potenciales objeciones a la apertura de la Corte Constitucional a la ciudadanía.

LAS VENTAJAS INTRÍNSECAS DEL ACCESO DIRECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Además de superar las dos objeciones funcionales clásicas a la apertura del control de constitucionalidad a los ciudadanos, se pueden aducir las ventajas de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad para fortalecer el sistema democrático y para reducir la fuerza de la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad.

La primera de esas ventajas señala que el control de constitucionalidad es un escenario para un tipo especial de representación de tipo argumentativo, deliberativo y meritocrático. Esta forma específica de representación se activa cuando el ciudadano incoa la acción pública de constitucionalidad mediante la exposición de sus argumentos en contra de la compatibilidad de una norma jurídica con los valores públicos de la Constitución. Esos argumentos deben ser discutidos y contestados por la Corte Constitucional. La representación ocurre cuando los propios ciudadanos pueden introducir sus argumentos dentro del escenario deliberativo, para lo cual se requiere un diseño institucional de la justicia constitucional de tipo participativo que incluya mecanismos como la acción pública de constitucionalidad.

En segundo lugar, el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad permite que los ciudadanos introduzcan dentro del foro de la representación argumentativa o dentro de la conversación socrática argumentos que tienen relación con la protección de intereses públicos o de los cuales son titulares terceras personas. Este tipo de prácticas reflejan un concepto de ciudadanía constitucionalmente militante que actúa en defensa de los valores públicos de la Constitución frente a los actos del legislador.

En tercer lugar, el control de constitucionalidad puede operar como un escenario de deliberación pública de calidad (deliberación interna) y como un generador de deliberación pública en otras esferas de decisión (deliberación externa). En ese marco, la existencia y el diseño concreto de la acción pública de constitucionalidad aumentan la deliberación interna del proceso de control abstracto de constitucionalidad porque potencian el número de perspectivas que pueden acceder a la Corte, les imponen una carga argumentativa razonable y abren espacios de participación para las autoridades y para la sociedad civil. En este aspecto, el proceso de control de constitucionalidad puede ser considerado como un legítimo diálogo público constitucional.

Del mismo modo, la existencia y el diseño concreto de la acción pública de constitucionalidad aumentan la deliberación externa. Esta conclusión aparece respaldada por el hecho de que los argumentos del debate legislativo utilizan la previsión sobre el carácter constitucional o inconstitucional de un proyecto de ley antes de aprobarlo o archivarlo (efecto de anticipación). Ello ocurre porque la mayor accesibilidad de los ciudadanos a la justicia constitucional disuade al legislador de aprobar leyes excesivamente vulnerables a cualquier ataque de constitucionalidad.

Además, la sociedad civil también se apropia de la jurisprudencia constitucional para canalizar sus reclamos ante el Congreso. Esto es especialmente cierto cuando el Congreso pretende aprobar una iniciativa cuyo contenido es contrario a una línea jurisprudencial consolidada de la Corte Constitucional o cuando la Corte Constitucional profiere un exhorto para que el legislador remedie una situación de discriminación normativa.

El proceso de fortalecimiento de la deliberación interna y externa de la Corte Constitucional genera un círculo virtuoso que consiste en que la fortaleza de la deliberación interna aumenta la calidad de la deliberación que el tribunal puede generar fuera, y la cualificación de esta, a su vez, permite que las discusiones dentro del tribunal sean más exigentes y calificadas. Asimismo, la función del control de constitucionalidad –como eje articulador de la deliberación interna y la deliberación externa– aumenta las credenciales democráticas de la justicia constitucional, potencia su ventaja epistémica sobre instituciones con problemas deliberativos y fortalece su legitimidad social.

En cuarto lugar, la práctica constitucional de todo el sistema democrático colombiano permite inferir que la atribución del poder ciudadano de controlar la agenda de la Corte Constitucional también tiene el efecto de compensar el bajo nivel de incidencia ciudadana sobre la agenda legislativa. Cuando el resultado del control de constitucionalidad iniciado por los ciudadanos es

una sentencia integradora o una sentencia de exhorto, se puede inferir que el mecanismo de acceso a la justicia constitucional es una especie de iniciativa legislativa mediata e indirecta.

En quinto lugar, cuando se implementan mecanismos de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad disminuye el control que el tribunal tiene sobre su propia agenda. Esto significa que se reduce la posibilidad de ejercer virtudes pasivas, aplicar cánones de evitación o asumir una postura cercana al minimalismo judicial. El coste de oportunidad por no utilizar estos mecanismos desciende si se evalúan las ventajas del acceso directo de los ciudadanos y se incluyen los riesgos de que un alto nivel de control de la agenda por parte del propio tribunal degenere en un uso político del control de constitucionalidad y en la infra-aplicación de la Constitución.

En sexto lugar, la acción pública de constitucionalidad funciona como un instrumento de redistribución o reequilibrio del poder en contextos de hiperpresidencialismo. Esto ocurre cuando el control de constitucionalidad opera como un límite a las facultades omnímodas del presidente de la república o cuando permite que se controlen los intentos del Gobierno por perpetuarse en el poder mediante cambios constitucionales que extienden el periodo del Gobierno o habilitan la reelección presidencial.

Lo anterior significa que los ciudadanos también utilizan el control de constitucionalidad para la defensa de la democracia frente a los fenómenos de constitucionalismo abusivo. En concreto, la activación ciudadana del mecanismo de control de constitucionalidad propicia la existencia de una ciudadanía activa dispuesta a contrarrestar el constitucionalismo abusivo mediante el ejercicio diligente del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales abusivas.

Desde luego, existen mecanismos que disminuyen la capacidad de la justicia constitucional para reaccionar frente al hiperpresidencialismo. Por ejemplo, la elusión constitucional reduce el ámbito de aplicación de la reserva de ley cuando el Gobierno utiliza sus poderes legislativos para regular materias que deberían ser discutidas por el Congreso. Este fenómeno de elusión constitucional es más preocupante cuando se trata del uso de decretos para regular materias reservadas a leyes orgánicas o estatutarias y, muy especialmente, cuando se regulan aspectos que habrían requerido una reforma constitucional. Se trata de la práctica denominada *cambio constitucional informal*, que se ha hecho frecuente en varios países de América Latina.

Lo anterior significa que la justicia constitucional no puede enfrentar todos los retos que el hiperpresidencialismo le plantea al constitucionalismo

democrático. El excesivo poder del presidente también tiene relación con fallos estructurales de todo el sistema democrático y con desigualdades sociales, frente a las cuales los tribunales no pueden responder integralmente. Sin embargo, sin justicia constitucional fuerte, el hiperpresidencialismo tiene la vía allanada para consolidarse y transitar hacia al constitucionalismo abusivo, el constitucionalismo autoritario o el autoritarismo.

En séptimo lugar, la existencia de un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad impide que el tribunal constitucional se aleje excesivamente de los debates públicos y de los intereses de la ciudadanía. Bajo esta forma de acceso al control de constitucionalidad, los jueces constitucionales no pueden ser calificados como una élite totalmente desconectada de la vida ciudadana o de las preocupaciones constitucionales de las personas.

Finalmente, el grado de apertura de los tribunales a los ciudadanos ha sido reconocido como un factor que determina otros aspectos de la justicia constitucional, como su cercanía con la ciudadanía o el tipo de decisiones que profieren los tribunales. Bajo esa tesis, la existencia de la acción pública de constitucionalidad ha significado una incursión significativa de los ciudadanos dentro de la sala de máquinas de la Constitución de Colombia. Esa incursión ha sido relevante en la medida en que ha permitido la realización de algunos de los mandatos establecidos en la parte dogmática de la Constitución y la contención de las acciones legislativas que pretendían anular las promesas constitucionales.

UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA ESTÁNDAR ADVERSA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En relación con el argumento de Jeremy Waldron en contra del sistema de revisión judicial de las leyes se concluye que las cuatro condiciones (*core of the case*) necesarias para que exista una sociedad bien ordenada son demasiado exigentes para el sistema democrático colombiano. Por esa razón, las objeciones formuladas al control de constitucionalidad en esos contextos no son aplicables al caso colombiano. Solo una interpretación excesivamente minimalista de las cuatro condiciones de una sociedad *core of the case* permitiría aplicar esa crítica al control de constitucionalidad en Colombia.

Además, el argumento de Waldron resulta afectado por una paradoja. Esta consiste en que una interpretación exigente de las cuatro condiciones del *core of the case* deja fuera a la mayor parte de las democracias del mundo. Por el contrario, una interpretación flexible de esas condiciones aumenta el potencial

aplicativo de las objeciones waldronianas pero les resta fuerza. En contextos que apenas satisfacen las cuatro condiciones bajo mínimos, el control de constitucionalidad puede resultar necesario y útil para el propio sistema democrático con el fin de superar las cargas de inercia y los puntos ciegos del proceso legislativo que afectan la protección efectiva de los derechos constitucionales.

Eso significa que incluso las democracias *core of the case* pueden fallar por la existencia de cargas de inercia y puntos ciegos. Estos generan situaciones de violación o infra-protección de los derechos que pueden ser remediados mediante el control de constitucionalidad. En estos casos, los jueces ordenan remedios directos que no pueden ser objeto de reproche en razón de que el propio legislador ha defraudado las expectativas respecto del rol que le corresponde dentro de la organización política.

¿Un modelo fuerte y dialágico de justicia constitucional?

El modelo colombiano de control de constitucionalidad satisface las dos condiciones formales de la fórmula del constitucionalismo fuerte porque incorpora una Constitución rígida y porque la última palabra sobre la interpretación de la Constitución se atribuye al poder judicial. Además de lo anterior, el carácter fuerte del sistema de control de constitucionalidad de Colombia se refuerza en virtud de la prohibición de respuestas legislativas ordinarias; el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, tanto por vicios de procedimiento como por el denominado juicio de sustitución; la implementación de sentencias estructurales, integradoras y la doctrina del estado de cosas inconstitucional; y la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad.

Los elementos que constituyen y refuerzan el carácter fuerte del sistema colombiano de justicia constitucional pueden ser deconstruidos de manera que se abre un espacio para el constitucionalismo débil. En concreto, los elementos del modelo débil de justicia constitucional que confieren un valor dialógico a la justicia constitucional colombiana son: la menor rigidez efectiva de la Constitución; la existencia de un término de caducidad y la exigencia de intervención ciudadana en el control de las reformas constitucionales; el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa; la deferencia de la Corte Constitucional con el legislador, y la existencia de escenarios deliberativos dentro del proceso de control de constitucionalidad.

Algunas de las incursiones de los instrumentos del constitucionalismo débil en los sistemas fuertes de justicia constitucional pueden generar prác-

ticas constitucionales dialógicas más destacables que aquellas que ocurren en sistemas prevalentemente débiles donde el efecto dialógico debería ser generalizado. Por esa razón, en contra de la comprensión generalizada, es posible postular la existencia de sistemas fuertes y dialógicos de justicia constitucional.

Ahora bien, la implementación de mecanismos del constitucionalismo débil por parte de la Corte Constitucional colombiana no debe ser interpretada como un signo de debilidad institucional o como una renuncia indefinida al ejercicio pleno de sus funciones. Se trata de una invitación para que el legislador y el Gobierno participen dentro de una conversación institucional y en un trabajo cooperativo con el tribunal. Si el Gobierno o el legislador se rehúsan a participar en el diálogo institucional, irremediablemente, el tribunal debe dejar de proferir fallos deferentes y debe resolver los desacuerdos sociales mediante decisiones que constituyan la última palabra dentro del sistema democrático. La existencia, permanencia y legitimidad del diálogo institucional depende de la disposición de todas las autoridades y de su capacidad para dar respuesta razonable a los argumentos de las otras autoridades.

La aplicación de mecanismos propios del constitucionalismo débil en Colombia tiene dos límites. Por una parte, no se puede desvirtuar el sistema de protección de los derechos fundamentales y el acceso directo al control de constitucionalidad. Por otra parte, ninguno de los mecanismos débiles que se implementen deben anular la voz judicial dentro de la conversación institucional sobre la protección de los derechos. De manera más general, en América Latina debe prevalecer el modelo fuerte de justicia constitucional porque el juez constitucional debe controlar el excesivo poder del presidente, garantizar la eficacia de los valores públicos de la Constitución y mantener la vigencia del Estado de derecho.

ABRIR LAS PUERTAS A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DOMÉSTICA PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos existen razones a favor del mayor acceso de los ciudadanos a los sistemas nacionales de control abstracto de constitucionalidad. Una de las principales razones es que mecanismos como la acción pública de constitucionalidad contribuyen a la subsidiariedad efectiva del sistema regional de protección de los derechos humanos cuando la violación a esos derechos deriva de la expedición

o aplicación de una ley contraria a uno de los instrumentos internacionales que forman parte del *corpus iuris* interamericano.

El acceso directo al control abstracto de constitucionalidad es un remedio interno efectivo para la violación a los derechos humanos que se causa por la expedición de una ley contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque involucra una decisión definitiva sobre la validez de la ley. Esa decisión permite adecuar el ordenamiento jurídico interno al derecho internacional de los derechos humanos sin la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, los Estados que tienen un sistema mixto de control de constitucionalidad tienen menos problemas funcionales para implementar la doctrina del control difuso de convencionalidad con estricto respeto de las competencias de cada autoridad nacional. La existencia de mecanismos de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad permite que los individuos y los jueces nacionales participen dentro del diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las normas nacionales y su adecuación al *corpus iuris* interamericano.

UNA PERSPECTIVA TEÓRICA Y UN DISEÑO INSTITUCIONAL CONCRETO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La apertura de los tribunales constitucionales a los ciudadanos no solo abre una perspectiva teórica inexplorada en el debate global sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Se trata, desde luego, de una invitación a pensar en la posición de los individuos frente a la justicia constitucional y, muy especialmente, de un exhorto para realizar cambios materiales en los sistemas nacionales de justicia constitucional. El objetivo último es ampliar la participación de quienes más sufren las consecuencias para sus derechos derivadas de los actos normativos contrarios a los valores públicos de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV. *Mecanismos de participación ciudadana en Colombia. 20 años de ilusiones.* Corporación Misión de Observación Electoral, Bogotá, 2012.

ACKERMAN, BRUCE. *We the People. Foundations*. Harvard University Press, Cambridge, 1991.

ACKERMAN, BRUCE. *We the People I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Josep Sarret Grau (trad.), IAEN, Quito, 2014.

ACKERMAN, BRUCE. *We the People 3. The Civil Rights Revolution*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2014.

ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

AFONSO DA SILVA, VIRGILIO. "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 12, 2005, pp. 3-29.

AHUMADA RUIZ, MARIAN. *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas.* Universidad de Navarra y Thomson Civitas, Navarra, 2005.

ALBERT, RICHARD. "Amending Constitutional Amendment Rules". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 655-685.

ALEXY, ROBERT. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 13-64.

ALEXY, ROBERT. "Balancing, constitutional review, and representation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005, pp. 572-581.

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª ed., Carlos Bernal Pulido (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALEXY, ROBERT. "La fórmula del peso". En CARBONELL, MIGUEL (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 15-49.

ALEXY, ROBERT. "The dual nature of law". *Ratio Juris*, vol. 23, n.º 2, 2010, pp. 167-182.

ALEXY, ROBERT e IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. *Jueces y ponderación argumentativa*. UNAM, México, 2006.

Almagro Nosete, José. *Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Alviar García, Helena. "Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia". En Julio Estrada, Alexei. *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 479-519.

Anaya Barraza, Salvador Enrique. "La jurisdicción constitucional en El Salvador". En García Belaunde, Domingo. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dikynson, Madrid, 1997, pp. 591-624.

Arango, Rodolfo. "Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional". En Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. unam, México, 2014, pp. 25-36.

Araújo Costa, Alexandre y Zaiden Benvindo, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defensa dos direitos fundamentais.* Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

Arias Grillo, Rodrigo. "La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 116, mayo-agosto, 2008, pp. 77-110.

Ávila Santamaría, Ramiro (ed.). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro. "El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008". En Carbonell, Miguel; Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (eds.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. unam, México, 2009, pp. 953-980.

Azara, Antonio y Eula, Ernesto. "Exceptio doli". *Novissimo Digesto Italiano*. utet, Torino, 1957.

Bagni, Silvia. *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*. Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Bologna, 2007.

BARAK, AHARON. "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy". *Harvard Law Review*, vol. 116, 2002-2003, pp. 19-162.

BARAK, AHARON. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations.* Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BARAK, AHARON. "Proportionality (2)". En ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 738-755.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts". En BUSTAMANTE, THOMAS y GONÇALVES FERNANDES, BERNARDO. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suiza, 2016, pp. 71-90.

BAYÓN, JUAN CARLOS. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo". En CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid, 2010, pp. 285-355.

BAZÁN, VÍCTOR. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2011, pp. 63-104.

BAZÁN, VÍCTOR. "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos". En FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y HERRERA GARCÍA, ALFONSO (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 569-598.

BAZÁN, VÍCTOR. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales.* Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

BEATTY, DAVID. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, Oxford, 2004.

BELLAMY, RICHARD. *Citizenship. A Very Short Introduction*. Oxford University Press, Oxford, 2008.

BELLAMY, RICHARD. "Political constitutionalism and the Human Rights Act". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n.º 1, 2011, pp. 86-111.

BELLAMY, RICHARD. "The democratic qualities of courts: a critical analysis of three arguments". *Representation*, vol. 49, n.º 3, 2013, pp. 333-346.

Bellamy, Richard. "The democratic legitimacy of International Human Rights Conventions: political constitutionalism and the Hirst Case". En Føllesdal, Andreas; Schaffer, Karlsson y Ulfstein, Geir. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 243-271.

Bellamy, Richard y Parau, Cristina. "Introduction: democracy, courts and the dilemmas of representation". *Representation*, vol. 49, n.º 3, 2013, pp. 255-266.

Benedetti, Miguel Ángel y Sáenz, María Jimena. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Siglo xxi Editores, Buenos Aires, 2016.

Benítez, Vicente y González, Germán. "El rol de las cortes y la protección de la democracia: una aproximación desde regímenes transicionales". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 41-67.

Bernal Pulido, Carlos. "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 7, 1999, pp. 121-139.

Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 26, 2003, pp. 225-238.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Bernal Pulido, Carlos. "La democracia como principio constitucional en América Latina". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 17, julio-diciembre, 2007, pp. 31-51.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

Bernal Pulido, Carlos. "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine". *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, n.º 2, 2013, pp. 339-357.

Bernal Pulido, Carlos; Caicedo, Aparicio y Serrafero, Mario. *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Besson, Samantha. *The Morality of Conflict, Reasonable Disagreement and the Law*. Hart Publishing, Oxford, 2005.

Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law - What is subsidiary about Human Rights?". *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, n.º 1, 2016, pp. 69-107.

Bickel, Alexander. "Foreword: The passive virtues". *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961, pp. 40-79.

Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 1962.

Bogdandy, Armin von. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 34, 2015, pp. 3-50.

Bogdandy, Armin von. "*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual". En Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 137-177.

Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela et al. "*Ius constitutionale commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador". En Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 17-51.

Bonilla Maldonado, Daniel. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Botero Bernal, Andrés. "Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución". *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 20, septiembre-diciembre, 2007, pp. 91-102.

Brague Camazano, Joaquim. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. unam, México, 2005.

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

Brewer-Carías, Alan. "El Sistema de Justicia Constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)". *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 1, 2011, pp. 303-338.

Brewer-Carías, Alan. "La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional". *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 2, 2011, pp. 623-638.

Breyer, Stephen. *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*. Alfred A. Knopf, New York, 2015.

Bryce, James. *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford University Press, New York, 1901.

Bryce, James. *Constitutions*. Oxford University Press, New York, 1905.

Burdese, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. 4.ª ed., UTET, Torino, 2000.

Burgorgue-Larsen, Laurence. "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 131-167.

Burgorgue-Larsen, Laurence. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional". En Fix Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela y Bogdandy, Armin von. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, México, 2014, pp. 421-457.

Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2011.

Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, 2012, pp. 13-63.

Butler, Andrew y Butler, Petra. *The New Zealand Bill of Rights Act: A Commentary*. 2.ª ed., Lexis Nexis, Wellington, 2015.

Caielli, Mia. "El derecho de participación política a través del acceso directo a la justicia constitucional: algunas consideraciones comparativas a partir de la acción pública de

constitucionalidad colombiana". En Roa Roa, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 118-123.

Cajas Sarria, Mario Alberto. "La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso". *Revista Precedente*, 2004, pp. 13-48.

Cajas Sarria, Mario Alberto. "Minimalismo judicial. ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?". *Revista Precedente*, 2007, pp. 57-81.

Cajas Sarria, Mario Alberto. "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 7, 2007, pp. 19-40.

Cajas Sarria, Mario Alberto. "La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991". *Revista Precedente,* vol. 7, 2015, pp. 109-152.

Calle Correa, María Victoria. "La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana". En aa.vv. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016, pp. 449-459.

Cançado Trindade, Antonio Augusto. *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

Cançado Trindade, Antonio Augusto. "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 37, 2003, pp. 53-83.

Cane, Peter y Tushnet, Mark. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press, Oxford, 2005.

Cano Mata, Antonio. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. edersa, Madrid, 1986.

Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis; Rodríguez Ortega, Rosa y Graterol Stefanelli, Giuseppe. *El tsj al servicio de la Revolución*. Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*. unam, México, 1987.

Carozza, Paolo. "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law". *The American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 1, 2003, pp. 38-79.

Casal, Jesús María. *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo.* Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2005.

Casal, Jesús María. "Respuestas del legislador ante la interpretación de la Constitución efectuada por la jurisdicción constitucional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. xxi, 2015, pp. 299-318.

Csink, Lóránt y Schanda, Balázs. "The Constitutional Court". En Zs Varga, András; Patyi, András y Schanda, Balázs (eds.). *The Basic (Fundamental) Law of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*. Clarus Press, Dublin, 2015, pp. 185-196.

Cassels, Jamie. "Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n.º 3, 1989, pp. 495-519.

Castellanos Morales, Ethel Nataly y Sánchez Castillo, Camilo Ernesto. "El derecho político a demandar por inconstitucionalidad reformas constitucionales: límites y potencialidades". *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 41, 2014, pp. 316-349.

Cepeda Espinosa, Manuel José. "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court". *Washington University Global Studies Law Review,* n.º 3, 2004, pp. 537-700.

Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Legis, Bogotá, 2007.

Cepeda Espinosa, Manuel José. "La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana". En Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Soul*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 581-627.

Cepeda Espinosa, Manuel José. "Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court". *Texas Law Review*, n.º 89, 2011, pp. 1699-1705.

Cetra, Raísa y Nascimento, Jefferson. "Contando monedas: el financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En Barreto Maia, Camila et al. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá, 2015, pp. 63-106.

Cheibub, Jose Antonio; Elkins, Zachary y Ginsburg, Tom. "Latin American Presidentialism in comparative and historical perspective". *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1707-1739.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. Wolters Kluwer Law, New York, 2011.

Choudhry, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas.* Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Christiano, Thomas. "Waldron on law and disagreement". *Law and Philosophy*, vol. 19, n.º 4, 2000, pp. 513-543.

Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Los estados de excepción constitucional en Colombia". *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 117-146.

Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Jurisdicción constitucional en Colombia". *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 283-317.

Clavero, Bartolomé. "Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, 2012, pp. 29–60.

Clavijo, Sergio. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000". *Revista de Derecho Público*, n.º 12, 2001, pp. 27-66.

Colón Ríos, Joel. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power.* Routledge, London, 2012.

Crivelli, Elisabetta. "La tutela dei diritti fondamentali tra il ricorso diretto individuale alla Corte Costituzionale e il ricorso a Strasburgo: spunti di riflessione per il sistema italiano". En Randazzo, Barbara y D'Amico, Marilisa (eds.). *Alle frontiere del diritto costituzionale*. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 541-566.

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

Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

Cuarezma Terán, Sergio. "Introducción al control constitucional en Nicaragua". En Bazán, Víctor (coord.). *Derecho procesal americano y europeo,* t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 605-626.

Dalla Via, Alberto Ricardo. "Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, n.º 9, 2014, pp. 161-190.

Davis, Fergal. "Parliamentary supremacy and the re-invigoration of institutional dialogue in the UK". *Parliamentary Affairs*, vol. 67, n.º 1, 2014, pp. 137-150.

De Visser, Maartje. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis.* Hart Publishing, Oxford, 2013.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. T. II, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1985.

Dixon, Rosalind. "Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n.º 3, 2007, pp. 391-418.

Dixon, Rosalind. "Constitutional amendment rules: a comparative perspective". En Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 96-111.

Dixon, Rosalind. "Weak-form judicial review and American exceptionalism". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, n.º 3, 2012, pp. 487-506.

Dixon, Rosalind. "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles". En Gargarella, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 51-103.

Dixon, Rosalind y Landau, David. "Transnational Constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 606-638.

Dixon, Rosalind y Posner, Eric. "The limits of constitutional convergence". *Chicago Journal of International Law,* vol. 11, n.º 2, 2011, pp. 399-423.

Driscoll, Amanda y Nelson, Michael. "The 2011 judicial elections in Bolivia". *Electoral Studies*, vol. 31, n.º 3, 2012, pp. 628-632.

Dueñas, Óscar. *Control constitucional*. Librería del Profesional, Bogotá, 1997.

DUHAIME, BERNARD. "Subsidiarity in the Americas. What room is there for deference in the Inter-American System?". En GRUSZCZYNSKI, LUKASZ y WERNER, WOUTER. *Deference in International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 289-315.

DULITZKY, ARIEL. "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights". *Texas International Law Journal*, vol. 50, n.º 1, 2015, pp. 45-93.

DWORKIN, RONALD. "The forum of principle". *New York University Law Review*, n.º 56, 1981, pp. 469-518.

DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985.

DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986.

DWORKIN, RONALD. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality.* Harvard University Press, Cambridge, 2000.

DWORKIN, RONALD. "Igualdad, democracia y Constitución. Nosotros, el Pueblo, en los tribunales". En CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid, 2010, pp. 117-149.

DYZENHAUS, DAVID. "States of Emergency". En ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 442-462.

EISGRUBER, CHRISTOPHER. *Constitutional Self-Government*. Harvard University Press, Cambridge, 2001.

ELLIOTT, MARK. "United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n.º 3, 2004, pp. 545-554.

ELSTER, JON. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality.* Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

ELSTER, JON. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints.* Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

ELY, JOHN HART. "The wages of crying wolf: a comment on *Roe v. Wade*". *Yale Law Journal*, vol. 82, n.º 1, 1972-1973, pp. 920-949.

Ely, John Hart. "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review". *Maryland Law Review*, vol. 37, n.º 3, 1978, pp. 451-487.

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

Engin, Yildirim y Gülener, Serdar. "Individual application to the Turkish Constitutional Court as a case of constitutional transfer". *Global Constitutionalism*, vol. 5, n.º 2, 2016, pp. 269–294.

Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá, 2004.

Estrada Valencia, Fabio. *Potestades presidenciales en la reforma constitucional en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Eule, Julian. "Judicial review of direct democracy". *Yale Law Journal*, n.º 99, 1989-1990, pp. 1503-1590.

Ewing, Keith. "The Human Rights Act and parliamentary democracy". *The Modern Law Review*, vol. 62, n.º 1, 1999, pp. 79-99.

Fallon, Richard. *Implementing The Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, 2001.

Fallon, Richard. *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law.* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Fallon, Richard. "The core of an uneasy case for judicial review". *Harvard Law Review*, vol. 121, n.º 7, 2008, pp. 1693-1736.

Fassbender, Bardo. "International Constitutional Law: written or unwritten?". *Chinese Journal of International Law*, vol. 15, n.º 3, 2016, pp. 489-515.

Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Fedlman, David. "Public interest litigation and constitutional theory in comparative perspective". *The Modern Law Review*, vol. 55, n.º 1, 1992, pp. 44-72.

Ferejohn, John y Kramer, Larry. "Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial restraint". *New York University Law Review*, vol. 77, n.º 4, 2002, pp. 962-1039.

FEREJOHN, JOHN y PASQUINO, PASQUALE. "Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice". En SADURSKI, WOJCIECH. *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a Comparative Perspective*. Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 21-36.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano.* UNAM, México, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. "Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina". *Pensamiento Constitucional*, vol. XII, n.º 12, 2012, pp. 119-190.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 7.ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2010.

FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y garantismo*. 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 2, 2011, pp. 531-622.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIV, n.º 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional.* Marcial Pons, Madrid, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA. "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno". En STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Temis y Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 69-98.

FERRERES COMELLA, VÍCTOR. "Una defensa de la rigidez constitucional". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, pp. 29-47.

FERRERES COMELLA, VÍCTOR. "Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo

judicial". *SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Paper n.º 40, 2004.

Ferreres Comella, Víctor. "La presunción de constitucionalidad de las leyes autonómicas". En AA.VV. *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales.* Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonómics, Barcelona, 2005, pp. 51-61.

Ferreres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Ferreres Comella, Víctor. "El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática". En Carbonell, Miguel y García, Leonardo (coords.). *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid, 2010, pp. 356-380.

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

Ferreres Comella, Víctor. "The rise of specialized constitutional courts". En Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 265-277.

Ferreres Comella, Víctor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

Ferreres Comella, Víctor. *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2013.

Figueiredo, Marcelo. "Una visión del control de constitucionalidad en Brasil". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 41, 2006, pp. 69-136.

Fiss, Owen. "The forms of justice". *Harvard Law Review,* vol. 93, n.º 1, 1979, pp. 1-58.

Fiss, Owen. "¿Por qué el Estado?". En Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría constitucional y derechos fundamentales.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp. 391-408.

Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Esteban Restrepo Saldarriaga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2007.

Fitzmaurice, Malgosia. "Interpretation of Human Rights Treaties". En Shelton, Dinah. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 739-772.

Fix-Fierro, Héctor y Salazar Ugarte, Pedro. "Presidentialism". En Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 628-649.

Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. Porrúa y unam, México, 2009.

Flórez Muñoz, Daniel Eduardo. "La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia". *Opinión Jurídica*, vol. 9, n.º 18, 2010, pp. 89-106.

Fontana, David. "Docket control and the success of constitutional courts". En Dixon, Rosalind y Ginsburg Tom. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 624-641.

Fraser, Catherine. "Constitutional dialogues between courts and legislatures: can we talk?". *Forum Constitutionnel*, vol. 14, n.º 3, 2005, pp. 7-14.

Friedman, Barry. "Dialogue and judicial review". *Michigan Law Review*, n.º 91, 1992-1993, pp. 577-682.

Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy". *New York University Law Review*, vol. 73, n.º 2, 1998, pp. 333-433.

Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty, part four: law's politics". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, n.º 4, 2000, pp. 971-1064.

Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner". *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1455.

Friedman, Barry. "The history of the countermajoritarian difficulty, part two: recontruction's political Court". *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, n.º 1, 2002, pp. 1-65.

Friedman, Barry. "The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five". *Yale Law Journal*, vol. 112, n.º 2, 2002, pp. 153-259.

Fuller, Lon. *The Morality of Law*. Yale University Press, New Haven and London, 1964.

GALERA, SUSANA (ed.). *Judicial Review. A Comparative Analysis inside the European Legal System*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVII, n.º 109, enero-abril, 2004, pp. 283-312.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario.* UNAM, IIJ, México, 2015.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. "De La 'constitucionalización' a la 'convencionalización' del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, 2016, pp. 131–166.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "El control judicial interno de convencionalidad". En BOGDANDY, ARMIN VON; PIOVESAN, FLÁVIA y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.). *Estudos avançados de direitos humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Elsevier y Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y UPRIMNY, RODRIGO. "Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia". En SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Civiliaçao Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, pp. 297-335.

GARDBAUM, STEPHEN. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GARDBAUM, STEPHEN. "Are strong Constitutional Courts always a good thing for new democracies?". *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320.

GARGARELLA, ROBERTO. "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias". *Isonomía*, n.º 2, 1995, pp. 89-108.

GARGARELLA, ROBERTO. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, 1.ª reimp., Quito, 2011.

GARGARELLA, ROBERTO. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press, Oxford, 2013.

GARGARELLA, ROBERTO (comp.). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA, ROBERTO. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz Editores, Buenos Aires, 2015.

GARGARELLA, ROBERTO. "Democracy and rights in Gelman v. Uruguay". *American Journal of International Law Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 115-119.

GARGARELLA, ROBERTO. "Recuperar el lugar del 'Pueblo' en la Constitución". En NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO (eds.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. UNAM, IIJ, México, 2016, pp. 15-61.

GARRORENA MORALES, ÁNGEL. "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13, enero-febrero, 1980, pp. 169-207.

GENTILI, GIANLUCA. "A comparative perspective on direct access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: assessing advantages for the Italian Constitutional Court". *Penn State International Law Review*, vol. 29, n.º 4, 2011, pp. 705-757.

GHOSH, ERIC. "Deliberative democracy and the countermajoritarian difficulty: considering constitutional juries". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 2, 2010, pp. 327-359.

GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

GINSBURG, TOM y MELTON, JAMES. "Does the Constitutional Amendment Rule matter at All?: amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty". *International Journal of Constitutional Law,* vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 686-713.

GINSBURG, TOM; MELTON, JAMES y ELKINS, ZACHARY. *The Endurance of National Constitutions.* Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

GLOPPEN, SIRI. "Public interest litigation, social rights and social policy". En DANI, ANIS y HAAN, ARJAN DE. *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*. The World Bank, Washington, 2009, pp. 343-367.

GÓMEZ-PINTO, LUIS RICARDO. "El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública". *Revista Vniversitas*, n.º 122, 2011, pp. 169-211.

González Beilfuss, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

González Jácome, Jorge. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015.

Greene, Ian. *The Charter of Rights and Freedoms*. James Lorimer and Company, Toronto, 2015.

Grimm, Dieter. "Constitutional adjudication and democracy". *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, pp. 193-215.

Groppi, Tania. "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. T. III, Marcial Pons y UNAM, IIJ, México, 2008, pp. 227-255.

Halmai, Gábor. "Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective". *Wake Forest Law Review*, vol. XX, n.º 8, 2012, pp. 101-135.

Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John. *The Federalist Papers*. Dover Publications, New York, 2014.

Harel, Alon y Kahana, Tsvi. "The easy core case for judicial review". *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 227-256.

Haro, Ricardo. "La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 16, 2012, pp. 191-223.

Hasebe, Yasuo. "War Powers". En Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 463-480.

Henao, Juan Carlos. "El juez constitucional: un actor de las políticas públicas". *Revista de Economía Institucional*, vol. XV, n.º 29, 2013, pp. 67-102.

Henderson, Jane. *The Constitution of the Russian Federation. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011.

Hendrianto, Stefanus. "Convergence or borrowing: standing in the Indonesian Constitutional Court". *Constitutional Review*, Constitutional Court of The Republic of Indonesia, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 28-49.

Hernández Galindo, José Gregorio. "Cosa juzgada y control de constitucionalidad". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional,* t. v, Marcial Pons y unam, iij, México, 2008, pp. 433-452.

Heun, Werner. *The Constitution of Germany. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2010.

Hickman, Tom. *Public Law after the Human Rights Act*. Hart Publishing, Oxford, 2010.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge, 2007.

Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.º 2, 2009, pp. 109-128.

Hitters, Juan Carlos. "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, 2012, pp. 535-573.

Hogg, Peter y Bushell, Allison. "The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 1999, pp. 75-105.

Hohfled, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. Yale University Press, New Haven, 1919.

Homero. *La Odisea*. José Manuel Pabón (trad.), Gredos, Madrid, 1993.

Hoole, Grant. "Proportionality as a remedial principle: a framework for suspended declarations of invalidity in Canadian Constitutional Law". *Alberta Law Review*, vol. 49, n.º 1, 2011, pp. 107-148.

Hübner Mendes, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy.* Oxford University Press, Oxford, 2013.

Huscroft, Grant. "The Attorney-General's Reporting Duty". En Rishworth, Paul et al. *The New Zealand Bill of Rights.* Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 195-216.

Huscroft, Grant. "Rationalizing Judicial Power: the mischief of dialogue theory". En Kelly, James y Manfredi, Christopher. *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. ubc Press, Toronto, 2009, pp. 50-65

Ibáñez Rivas, Juana María. "El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune* interamericano". En Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 385-413.

Iglesias Vila, Marisa. "¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución?". *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. v, n.º 3, 2016, pp. 1-24.

Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Oxford, 2010.

Julio Estrada, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Kavanagh, Aileen. "Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron". *Law and Philosophy*, vol. 22, n.º 5, 2003, pp. 451-486.

Kavanagh, Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge University Press. Cambridge, 2009.

Kavanagh, Aileen. "What's so weak about 'weak-form review'? The case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 4, 2015, pp. 1008-1039.

Kawagishi, Norikazu. "The birth of judicial review in Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n.º 2, 2007, pp. 308-331.

Kelsen, Hans. "Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution". *The Journal of Politics*, vol. 4, n.º 2, mayo, 1942, pp. 183-200.

Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Roberto Brie (trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)". Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, 2011, pp. 249-300.

Kirshner, Alexander. A *Theory of Militant Democracy. The Ethics of Combatting Political Extremism*. Yale University Press, New Heaven, 2014.

Klatt, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

KLETZEL, GABRIELA et al. "Democracia y subsidiariedad". En BARRETO MAIA, CAMILA et al. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá, 2015, pp. 191-228.

KLUG, HEINZ. *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2010.

KOVÁCS, KRISZTA y TÓTH, GÁBOR ATTILA. "Hungary's constitutional transformation". *European Constitutional Law Review*, n.º 7, 2011, pp. 183-203.

KRAMER, LARRY. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

KRISCH, NICO. *Beyond Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2010.

KUMM, MATTIAS. "Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review". *European Journal of Legal Studies*, n.º 1, 2007-2008, pp. 153-183.

KUMM, MATTIAS. "Democracy is not enough: rights, proportionality and the point of judicial review". *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 09-10, 2009, pp. 1-38.

KUMM, MATTIAS. "The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review". *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n.º 2, 2010, pp. 142-175.

KUMM, MATTIAS. "Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review". En KLATT, MATTHIAS. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 201-218.

KUMM, MATTIAS. "Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 3, 2016, pp. 697-711.

KYMLICKA, WILL. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1995.

KYRITSIS, DIMITRIOS. "Representation and Waldron's objection to judicial review". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, 2006, pp. 733-751.

LANDAU, DAVID. "Political institutions and judicial role in Comparative Constitutional Law". *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n.º 2, 2010, pp. 319-377.

Landau, David. "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado". *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n.º 24, 2011, pp. 13-83.

Landau, David. "Abusive Constitutionalism". *University of California, Davis Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 189-260.

Larrieux Rodríguez, Jorge. "Control de convencionalidad y constitucionalidad. Entre el nivel interamericano y el nacional". En Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.), Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 63-70.

Leckey, Robert. "The harms of remedial discretion". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 3, 2016, pp. 584-607.

Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* Marcial Pons, Barcelona, 2008.

Linares, Sebastián. "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes". *Isonomia*, n.º 28, 2008, pp. 150-184.

Linz, Juan J. "The perils of presidentialism". *Journal of Democracy*, vol. 1, n.º 1, 1990, pp. 51-69.

Linz, Juan J. "The virtues of parliamentarism". *Journal of Democracy*, vol. 1, n.º 4, 1990, pp. 84-91.

Loewenstein, Karl. "Militant democracy and Fundamental Rights, I". *American Political Science Review*, vol. 31, n.º 3, 1937, pp. 417-432.

Loewenstein, Karl. "Militant democracy and Fundamental Rights, II". *American Political Science Review*, vol. 31, n.º 4, 1937, pp. 638-658.

López Cadena, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: conceptos, justificación y límites*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Lösing, Norbert. "La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay". En aa.vv.. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002,* Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 109-133.

LUQUE, CARLOS. "Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 109-124.

MALEM SEÑA, JORGE. "Libertad de expresión de jueces y magistrados". En SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO (dir.). *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 99-113.

MANIN, BERNARD. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

MARTÍ, JOSÉ LUIS. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

MARTÍ, JOSÉ LUIS. "Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word". *Ratio Juris*, vol. 27, n.º 4, 2014, pp. 550-558.

MARTIN, ARNAUD (dir.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

MARTÍNEZ, JENNY. "Horizontal structuring". En ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (EDS.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 547-575.

MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO. "Tipos de sentencia en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana". *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol 2, n.º 1, 2000, pp. 9-32.

MATSUI, SHIGENORI. *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2010.

MÉNDEZ, MARIO. "Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n.º 1, 2017, pp. 84-109.

MENDIETA GONZÁLEZ, DAVID. "La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia". *Universitas*, n.º 120, 2010, pp. 61-83.

MERLIN CLÈVE, CLÈMERSON. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

MERSEL, YIGAL. "The dissolution of political parties: the problem of internal democracy". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 1, 2006, pp. 84-113.

Millán Terán, Óscar. "El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional". *Ciencia y Cultura*, n.º 35, 2007, pp. 107-132.

Montealegre, Eduardo (coord.). *La ponderación en el derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Morales Antoniazzi, Mariela. "Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina". En Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 417-456.

Moreso, José Juan. *La Constitución: un modelo para armar*. Marcial Pons, Barcelona, 2009.

Müller, Amrei (ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Nash Rojas, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* vol. xix, 2013, pp. 489-509.

Negishi, Yota. "The *pro homine* principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control". *The European Journal of International Law*, vol. 28, n.º 2, 2017, pp. 457-481.

Neuman, Gerald. "Subsidiarity". En Shelton, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 361-377.

Neves, Marcelo. *Transconstitutionalism*. Hart, Oxford, 2013.

Niembro Ortega, Roberto. "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, mayo-agosto, 2012, pp. 139-168.

Nino, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press, New Haven, 1996.

Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Roberto P. Saba (trad.), Gedisa, Barcelona, 1997.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. 3.ª reimp., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

Nogueira Alcalá, Humberto. "La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur". *Ius et Praxis*, vol. 10, n.º 2, 2004, pp. 197-223.

Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, n.º 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo 2006-2011". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, 2012, pp. 57-140.

Noguera Fernández, Albert. "¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y el nuevo constitucionalismo". *Oñati Socio Legal Series*, vol. 1, n.º 2, 2011, pp. 1-27.

Nowak, John. y Rotunda, Ronald. *Principles of Constitutional Law*. Thomson Reuters, Estados Unidos, 2010.

Osuna, Néstor. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia". En Bazán, Víctor (ed.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 91-116.

Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma a la justicia ecuatoriana*. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad e Instituto de Defensa Legal, Washington, 2014.

Pasqualucci, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Pasquino, Pasquale. "Flexible and rigid Constitutions. A post-Kelsenian typology of constitutional systems". En López-Guerra, Claudio y Maskivker, Julia. *Rationality, Democracy, and Justice. The Legacy of Jon Elster.* Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 85-96.

Pasquino, Pasquale. "¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales?". *Precedente*, vol. 9, 2016, pp. 9-43.

Pegoraro, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Giappicheli, Torino, 2015.

Penfold, Michael. "La democracia subyugada: el hiperpresidencialismo venezolano". *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, n.º 1, 2010, pp. 21-40.

Pérez, Antonio. "The passive virtues and the World Court: pro-dialogic abstention by the International Court of Justice". *Michigan Journal of International Law,* vol. 18, 1997, pp. 399-444.

Pérez Tremps, Pablo. "La justicia constitucional en Nicaragua". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 106, 1999, pp. 9-27.

Perrone, Daria. "El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado". *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 38, septiembre-diciembre, 2009, pp. 31-53.

Pettit, Philip. "Representation, responsive and indicative". *Constellations*, vol. 17, n.º 3, 2010, pp. 426-434.

Pettit, Philip. "Varieties of public representation". En Shapiro, Ian (ed.). *Political Representation*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 61-89.

Pettit, Philip. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Pettit, Philip. "Meritocratic representation". En Bell, Daniel y Chenyang, Li. *The East Asian Challenge for Democracy: Political Meritocracy in Comparative Perspective*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 138-159.

Pinto, Mónica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En Courtis, Christian (comp.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. CELS y Editores del Puerto, Argentina, 1997, pp. 163-171.

Pitkin, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. University of California Press, Berkeley, 1967.

Pulido Ortiz, Fabio Enrique. "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista". *Revista Prolegómenos,* vol. XIV, n.º 27, 2011, pp. 165–180.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El control de convencionalidad*. Editorial Temis, Bogotá, 2014.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *La acción de inconstitucionalidad*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Derecho procesal constitucional colombiano. Acciones y procesos*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.

RAGONE, SABRINA. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos.* Rodrigo Brito Melgarejo (trad.), Editorial Porrúa, México, 2012.

RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO. "Control de constitucionalidad y conmoción interior". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 15, 2003, pp. 57-74.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 18, 2006, pp. 3-32.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia". *Revista Derecho del Estado*, n.º 21, 2008, pp. 145-176.

RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. "The unconstitutionality of constitutional amendments in Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy". En BUSTAMANTE, THOMAS y GONÇALVES FERNANDES, BERNARDO. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suiza, 2016, pp. 213-229.

RAWLS, JOHN. *Political Liberalism*. Expanded edition, Columbia University Press, New York, 1993.

REDISH, MARTIN. "The passive virtues, the counter-majoritarian principle and the 'judicial-political' model of constitutional adjudication". *Connecticut Law Review*, vol. 22, 1990, pp. 647-676.

REPLOGLE, RON. "The scope of representation-reinforcing judicial review". *Columbia Law Review*, vol. 92, n.º 6, 1992, pp. 1592-1624.

REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

Restrepo Piedrahíta, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.

Restrepo Piedrahíta, Carlos. *Control de constitucionalidad*, t. I, *Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Ríos Álvarez, Lautaro. "Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado". En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 349-365.

Rishworth, Paul et al. *The New Zealand Bill of Rights.* Oxford University Press, Oxford, 2003.

Rivera León, Mauro Arturo. *Las puertas de la Corte: la legitimación en la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad en México.* Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2016.

Roa, Mónica. "La interpretación última del derecho a la vida desde la concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.); Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 443-482.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "Derecho internacional humanitario, jurisdicción penal militar y responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos. Un comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Masacre de Santo Domingo vs. Colombia'". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 95, enero-abril, 2013, pp. 149-164.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema judicial nacional". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 33, 2014, pp. 101-121.

Roa Roa, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales". *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia". *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional,* n.º 47, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "La independencia de la Corte Constitucional de Colombia y la acción pública de constitucionalidad". En González Pascual, Maribel (dir.) y Solanes Mullor, Joan (coord.). *Independencia judicial y Estado constitucional. El estatuto de los jueces*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 81-110.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "Las antinomias entre las constituciones y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el gran dilema del juez constitucional y convencional interamericano". En Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.); Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 137-162.

Roach, Kent. "Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 169-191.

Robledo Silva, Paula. "Hacia la construcción de un concepto de autonomía territorial en la Constitución colombiana". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 18, 2006, pp. 127-152.

Robledo Silva, Paula. "El panorama territorial colombiano". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 21, 2008, pp. 177-208.

Robledo Silva, Paula y Roa Roa, Jorge Ernesto. "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, 2011, pp. 643-676.

Rodríguez Garavito, César (coord.). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

Rodríguez Garavito, César "Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America". *Texas Law Review*, vol. 89, 2010, pp. 1669-1698.

Rodríguez Garavito, César "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones". En Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina. *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2012, pp. 507-560.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur Global*. Siglo xxi Editores, Buenos Aires, 2015.

Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Rojas, Danilo. "El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias". *Pensamiento Jurídico*, n.º 28, mayo-agosto, 2010, pp. 105-118.

Rojas, Danilo. "Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XXI, 2015, pp. 113-140.

Rojas, Danilo. "El daño y la reparación en Colombia. Una aproximación comparada entre la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En Saiz Arnaiz, Alejandro (coord.), Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (eds.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 601-616.

Rolla, Giancarlo. "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, n.º 16, 2012, pp. 329-351.

Rosenn, Keith. "Judicial review in Brazil: developments under the 1988 Constitution". *Southwestern Journal and Trade in the Americas*, n.º 7, 2000, pp. 291-319.

Rosmini Serbati, Antonio. *Progetti di Costituzione. Saggi editi e inediti sullo Stato.* Fratelli Bocca, Milano, 1952.

Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Rousseau, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 8.ª ed., Montchrestien, Paris, 2008.

Roznai, Yaniv. "The theory and practice of 'supra-constitutional' limits on constitutional amendments". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 557-597.

Roznai, Yaniv. "Unconstitutional constitutional amendments. The migration and success of a constitutional idea". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013, pp. 657-719.

Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

Rufino do Vale, André. *La deliberación en los tribunales constitucionales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Ruiz, Oswaldo. "The conventionality control. Examples of (un)successful experiences in Latin America". *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 1-2, 2010, pp. 200-219.

Sadurski, Wojciech. "Judicial review and the protection of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n.º 2, 2002, pp. 275-299.

Saffon, María Paula y García Villegas, Mauricio. "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 1, 2011, pp. 75-107.

Sager, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Aída Torres y Víctor Ferreres Comella (trads.), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

Sagüés, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 117-135.

Sagüés, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

Saiz Arnaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa y unam, México, 2012.

Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica y unam, iij, México, 2006.

Santamaría, Alejandro. "El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886". En Barbosa Delgado, Francisco (ed.). *Historia del derecho público en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 265-320.

Saunders, Cheryl. *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011.

SAWARD, MICHAEL. *The Representative Claim*. Oxford University Press, Oxford, 2010.

SCHERMERS, HENRY. "The 11th Protocol to the European Convention on Human Rights". *European Law Review*, n.º 19, 1994, pp. 367-382.

SCHLINK, BERNHARD. "Proportionality (1)". En ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 718-737.

SCHMITT, CARL. *La defensa de la Constitución*. Manuel Sánchez Sarto (trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

SCHMITT, CARL. *El defensor de la Constitución*. Manuel Sánchez Sarto (trad.), Tecnos, Madrid, 2009.

SCHYFF, GERHARD VAN DER. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*. Springer, Heidelberg, 2010.

SHAPIRO, IAN (ed.). *Political Representation*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

SHAPIRO, SCOTT. "Ulysses rebound". *Economics and Philosophy*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 157-182.

SHELTON, DINAH. "Significantly disadvantaged? Shrinking access to the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*, vol. 16, 2016, pp. 303-322.

SIERRA PORTO, HUMBERTO. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SLAUGHTER, ANNE-MARIE. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n.º 1, 2003, pp. 191-219.

SLAUGHTER, ANNE-MARIE. *A New World Order*. Princeton University Press, Princeton, 2004.

SOLANES MULLOR, JOAN. *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el derecho público español*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

SOLANO GONZÁLEZ, ÉDGAR. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

SORRENTINO, FEDERICO. *Lezioni sulla giustizia costituzionale*. Giappichelli, Torino, 1993.

Spano, Robert. "Universality or diversity of Human Rights? Strasbourg in the age of subsidiarity". *Human Rights Law Review*, vol. 14, n.º 3, pp. 487-502.

Spector, Horacio. "Judicial review, rights, and democracy". *Law and Philosophy*, vol. 22, n.º 3-4, 2003, pp. 285-334.

Spector, Horacio. "Un sistema democrático de control de constitucionalidad". En Fabra, Jorge y García, Leonardo (coords.). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. unam, iij, México, 2015, pp. 275-289.

Staton, Jeffrey. "Constitutional review and the selective promotion of case results". *American Journal of Political Science*, vol. 50, n.º 1, 2006, pp. 98-112.

Stelzer, Manfred. *The Constitution of the Republic of Austria. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2011.

Stone Sweet, Alec. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000.

Stone Sweet, Alec. "Constitutional courts and parliamentary democracy". *West European Politics,* vol. 25, n.º 1, 2002, pp. 77-100.

Stone Sweet, Alec. "Why Europe rejected american judicial review. And why it may not matter". *Michigan Law Review*, vol. 101, n.º 8, 2011, pp. 2744-2780.

Stone Sweet, Alec. "Constitutional Courts". En Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 816-830.

Suárez Ricaurte, Federico. "El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena". En Henao, Juan Carlos y González Espinosa, Ana Carolina (eds.). *Minería y desarrollo. Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana*. T. iv, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 331-375.

Sunstein, Cass. "The Supreme Court 1995 term. Foreword: leaving things undecided". *Harvard Law Review*, vol. 110, n.º 4, 1995, pp. 6-101.

Sunstein, Cass. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge, 2001.

Sunstein, Cass. "Beyond judicial minimalism". *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n.º 08-40, 2008, pp. 1-20.

THAYER, JAMES BRADLEY. "The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, vol. 7, n.º 3, 1893, pp. 129-156.

THIEL, MARKUS (ed.). *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies.* Ashgate, London, 2009.

TOJO, LILIANA y ELIZALDE, PILAR. "Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". En STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Temis y Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 734-794.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

TORRENTE, ANDREA. "Eccezione di dolo". En *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Editore, Milano, 1965.

TORRES MURO, IGNACIO. *La legitimación en los procesos constitucionales*. Editorial Reus, Zaragoza, 2007.

TORRES PÉREZ, AIDA. *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford University Press, Oxford, 2009.

TORRES PÉREZ, AIDA. "En defensa del pluralismo constitucional". En FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y HERRERA GARCÍA, ALFONSO (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Tirant lo Blanch, Mexico, 2013, pp. 457-480.

TUSHNET, MARK. *Taking the Constitution away from the Courts.* Princeton University Press, Princeton, 1999.

TUSHNET, MARK. "Alternative forms of judicial review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, pp. 2781-2802.

TUSHNET, MARK. "New forms of judicial review and the persistence of rights and democracy based worries". *Wake Forest Law Review*, n.º 38, 2003, pp. 813-838.

TUSHNET, MARK. "The inevitable globalization of Constitutional Law". *Harvard Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n.º 9, 2006, pp. 1-22.

TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, New Jersey, 2008.

TUSHNET, MARK. "The inevitable globalization of Constitutional Law". *Virginia Journal of International Law,* vol. 50, n.º 1, 2009, pp. 985-1006.

TUSHNET, MARK. "How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 1, 2010, pp. 49-70.

TUSHNET, MARK. "The rise of weak-form judicial review". En DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 321-333.

TUSHNET, MARK. *Constitucionalismo y judicial review.* Palestra Editores, Lima, 2013.

TUSHNET, MARK. "Revisión judicial dialógica". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013, pp. 1-10.

TUSHNET, MARK. "Authoritarian Constitutionalism". En GINSBURG, TOM y SIMPSER, ALBERTO. *Constitutions in Authoritarian Regimes.* Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 36-49.

TUSHNET, MARK. "Authoritarian Constitutionalism". *Cornell Law Review*, vol. 100, n.º 2, 2015, pp. 391-461.

TUSHNET, MARK. "Varieties of Constitutionalism". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 1, 2016, pp. 1-4.

TUSHNET, MARK. "Derecho constitucional crítico y comparado". En GARGARELLA, ROBERTO y NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO (eds.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. UNAM, IIJ, México, 2016, pp. 1-14.

TUSHNET, MARK y DIXON, ROSALIND. "Weak-form review and its constitutional relatives: an Asian perspective". En DIXON, ROSALIND y GINSBURG, TOM. *Comparative Constitutional Law in Asia*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, pp. 102-109.

TYULKINA, SVETLANA. *Militant Democracy. Undemocratic Political Parties and Beyond.* Routledge, London, 2015.

UNDERKUFFLER, LAURA. "Moral rights, judicial review, and democracy: a response to Horacio Spector". *Law and Philosophy*, vol. 22, 2002, pp. 332-352.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "The Constitutional Court and the control of presidential extraordinary powers in Colombia". En GLOPPEN, SIRI; GARGARELLA, ROBERTO y

Skaar, Elin (eds.). *Democratization and the Judiciary.* Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 33-49.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debates". En Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing, England, 2006, pp. 127-151.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". *Revista Precedente*, n.º 25, 2006, pp. 37-68.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and challenges". *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1587-1609.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. 2.ª ed., Cerec, Bogotá, 1997.

Vanegas Gil, Pedro Pablo. "La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 27, 2011, pp. 261-290.

Vergottini, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. 8.ª ed., Cedam, Padova, 2011.

Verrelli, Nadia (ed.). *The Democratic Dilemma*. Institute of Intergovernmental Relations, Montreal, 2013.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Gaceta Constitucional*, n.º 48, 2010, pp. 307-328.

Villa Rosas, Gonzalo. "La Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución". En Ambos, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*. Temis y Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pp. 25-65.

Wadham, John; Mountfield, Helen; Prochaska, Elizabeth y Desai, Raj. *Blackstones's Guide to The Human Righst Act 1998.* 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement.* Oxford University Press, Oxford, 2001.

Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos.* José Luis Martí y Águeda Quiroga (trads.), Marcial Pons, Barcelona, 2005.

WALDRON, JEREMY. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, n.º 115, 2005, pp. 1346–1406.

WALKER, NEIL. "The idea of Constitutional Pluralism". *Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002, pp. 317–359.

WALUCHOW, WILFRID. "Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo". En FABRA, JORGE y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*. UNAM, IIJ, México, 2015, pp. 231–274.

YOUNG, ALISON. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Hart Publishing, Oxford, 2009.

YOUNG, IRIS MARION. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press, New Jersey, 1990.

YOUNG, IRIS MARION. *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, Oxford, 2002.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO y MARCENÒ, VALERIA. *Giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna, 2012.

ZURN, CHRISTOPHER. "Deliberative democracy and constitutional review". *Law and Philosophy,* junio, 2002, pp. 467–542.

ZURN, CHRISTOPHER. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review.* Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

INFORMES TÉCNICOS

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia 2016*. Boletín técnico, Bogotá, marzo, 2017.

MINISTRY OF JUSTICE. *Responding to human rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government response to human rights judgments 2014–16*, London, 2016, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/570754/responding-to-human-rights-judgments-2014-to-2016-print.pdf] (15.06.2017)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Memoria 2015*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

COLOMBIA

Auto 024 de 1997
Auto 024 de 1998
Auto 017 de 2000.
Auto 043 de 2000.
Auto 086 de 2001.
Auto 244 de 2001.
Auto 278 de 2001.
Auto 288 de 2001.
Auto 196 de 2002.
Auto 109 de 2003.
Auto 018 de 2008.
Auto 090 de 2008.
Auto 105 de 2012.
Auto 188 de 2013.
Auto 186 de 2017.
Sentencia C-004 de 1992.
Sentencia C-545 de 1992.
Sentencia C-003 de 1993.
Sentencia C-131 de 1993.
Sentencia C-503 de 1993.
Sentencia C-542 de 1993.
Sentencia C-565 de 1993.
Sentencia C-024 de 1994.
Sentencia C-110 de 1994.
Sentencia C-145 de 1994.
Sentencia C-177 de 1994.
Sentencia C-180 de 1994.
Sentencia C-473 de 1994.
Sentencia C-496 de 1994.
Sentencia C-511 de 1994.
Sentencia C-042 de 1995.
Sentencia T-149 de 1995.
Sentencia T-308 de 1995.
Sentencia T-443 de 1995.
Sentencia C-488 de 1995.
Sentencia C-504 de 1995.
Sentencia C-537 de 1995.
Sentencia C-177 de 1996.
Sentencia C-506 de 1996.
Sentencia C-609 de 1996.
Sentencia T-001 de 1997.
Sentencia C-155 de 1997.
Sentencia C-222 de 1997.
Sentencia C-236 de 1997.
Sentencia C-350 de 1997.
Sentencia C-447 de 1997.
Sentencia SU-559 de 1997.
Sentencia T-068 de 1998.
Sentencia T-153 de 1998.
Sentencia SU-250 de 1998.
Sentencia C-298 de 1998.
Sentencia C-400 de 1998.
Sentencia C-536 de 1998.
Sentencia T-590 de 1998.
Sentencia C-592 de 1998.
Sentencia T-606 de 1998.
Sentencia C-080 de 1999.
Sentencia C-332 de 1999.
Sentencia C-375 de 1999.
Sentencia C-451 de 1999.
Sentencia C-700 de 1999.
Sentencia T-009 de 2000.
Sentencia C-557 de 2000.
Sentencia C-1433 de 2000.
Sentencia C-1541 de 2000.
Sentencia T-1695 de 2000.
Sentencia C-007 de 2001.
Sentencia C-093 de 2001.
Sentencia C-141 de 2001.
Sentencia C-169 de 2001.
Sentencia C-557 de 2001.
Sentencia T-566 de 2001.
Sentencia C-620 de 2001.
Sentencia C-737 de 2001.

Sentencia C-774 de 2001.
Sentencia C-805 de 2001.
Sentencia C-827 de 2001.
Sentencia C-1052 de 2001.
Sentencia C-1256 de 2001.
Sentencia C-251 de 2002.
Sentencia C-374 de 2002.
Sentencia C-418 de 2002.
Sentencia C-487 de 2002.
Sentencia C-708 de 2002.
Sentencia C-809 de 2002.
Sentencia C-891 de 2002.
Sentencia C-551 de 2003.
Sentencia C-620 de 2003.
Sentencia T-707 de 2003.
Sentencia T-721 de 2003.
Sentencia C-776 de 2003.
Sentencia T-1215 de 2003.
Sentencia C-016 de 2004.
Sentencia T-025 de 2004.
Sentencia C-170 de 2004.
Sentencia C-245 de 2004.
Sentencia C-351 de 2004.
Sentencia C-569 de 2004.
Sentencia C-572 de 2004.
Sentencia C-719 de 2004.
Sentencia C-816 de 2004.
Sentencia C-970 de 2004.
Sentencia T-986 de 2004.
Sentencia C-973 de 2004.
Sentencia C-1124 de 2004.
Sentencia C-242 de 2005.
Sentencia T-1034 de 2005.
Sentencia C-1040 de 2005.
Sentencia C-1047 de 2005.
Sentencia C-1299 de 2005.
Sentencia C-1300 de 2005.
Sentencia SU-154 de 2006.
Sentencia C-239 de 2006.
Sentencia C-323 de 2006.
Sentencia C-355 de 2006.
Sentencia C-370 de 2006.
Sentencia C-891A de 2006.
Sentencia C-075 de 2007.
Sentencia C-208 de 2007.
Sentencia C-394 de 2007.
Sentencia C-699 de 2007.
Sentencia C-720 de 2007.
Sentencia C-884 de 2007.
Sentencia C-921 de 2007.
Sentencia C-930 de 2007.
Sentencia C-030 de 2008.
Sentencia C-061 de 2008.
Sentencia C-426 de 2008.
Sentencia C-461 de 2008.
Sentencia T-502 de 2008.
Sentencia C-750 de 2008.
Sentencia T-760 de 2008.
Sentencia C-1059 de 2008.
Sentencia C-1123 de 2008.
Sentencia C-1154 de 2008.
Sentencia C-029 de 2009.
Sentencia C-175 de 2009.
Sentencia C-176 de 2009.
Sentencia C-243 de 2009.
Sentencia C-307 de 2009.
Sentencia C-309 de 2009.
Sentencia C-489 de 2009.
Sentencia T-560 de 2009.
Sentencia C-588 de 2009.
Sentencia C-615 de 2009.
Sentencia C-728 de 2009.
Sentencia T-760 de 2009.
Sentencia C-762 de 2009.
Sentencia C-063 de 2010.
Sentencia C-141 de 2010.
Sentencia C-252 de 2010.
Sentencia C-253 de 2010.
Sentencia C-608 de 2010.
Sentencia C-702 de 2010.
Sentencia C-868 de 2010.
Sentencia C-914 de 2010.
Sentencia C-915 de 2010.
Sentencia C-941 de 2010.

Sentencia C-886 de 2010.
Sentencia C-027 de 2011.
Sentencia C-122 de 2011.
Sentencia C-187 de 2011.
Sentencia C-193 de 2011.
Sentencia C-216 de 2011.
Sentencia T-266 de 2011.
Sentencia C-366 de 2011.
Sentencia C-367 de 2011.
Sentencia C-461 de 2011.
Sentencia C-490 de 2011.
Sentencia C-574 de 2011.
Sentencia C-577 de 2011.
Sentencia C-599 de 2011.
Sentencia C-818 de 2011.
Sentencia C-882 de 2011.
Sentencia C-937 de 2011.
Sentencia C-027 de 2012.
Sentencia C-051 de 2012.
Sentencia T-053 de 2012.
Sentencia C-132 de 2012.
Sentencia C-196 de 2012.
Sentencia C-293 de 2012.
Sentencia C-317 de 2012.
Sentencia C-318 de 2012.
Sentencia C-331 de 2012.
Sentencia C-395 de 2012.
Sentencia C-398 de 2012.
Sentencia C-540 de 2012.
Sentencia C-570 de 2012.
Sentencia C-591 de 2012.
Sentencia C-641 de 2012.
Sentencia C-744 de 2012.
Sentencia C-765 de 2012.
Sentencia C-767 de 2012.
Sentencia C-822 de 2012.
Sentencia C-943 de 2012.
Sentencia C-1056 de 2012.
Sentencia T-058 de 2013.
Sentencia C-068 de 2013.
Sentencia C-194 de 2013.
Sentencia C-253 de 2013.
Sentencia C-400 de 2013.
Sentencia C-532 de 2013.
Sentencia C-013 de 2014.
Sentencia C-371 de 2014.
Sentencia C-501 de 2014.
Sentencia C-668 de 2014.
Sentencia C-797 de 2014.
Sentencia C-870 de 2014.
Sentencia C-879 de 2014.
Sentencia C-146 de 2015.
Sentencia C-291 de 2015.
Sentencia C-612 de 2015.
Sentencia C-670 de 2015.
Sentencia C-727 de 2015.
Sentencia C-035 de 2016.
Sentencia C-053 de 2016.
Sentencia C-261 de 2016.
Sentencia C-285 de 2016.
Sentencia C-298 de 2016.
Sentencia C-373 de 2016.
Sentencia C-379 de 2016.
Sentencia T-480 de 2016.
Sentencia C-699 de 2016.
Sentencia C-223 de 2017.
Sentencia C-332 de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11.

Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14.

Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35.

Caso *Cantoral Benavides*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C n.º 40.

Caso *de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C n.º 66.

Caso *del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71.

Caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73.

Caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003.

Caso *Barrios Altos vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n.º 83.

Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101.

Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107.

Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.

Caso *Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127.

Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130.

Caso *de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.

Caso *López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141.

Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155.

Caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C n.º 161.

Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.

Caso *La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 173.

Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177.

Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184.

Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n.º 206.

Caso Vélez Loor *vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218.

Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219.

Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220.

Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.

Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C n.º 228.

Caso López Mendoza *vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C n.º 233.

Caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240.

Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n.º 257.

Caso *de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266.

Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276.

Caso *Brewer-Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C n.º 278.

Caso *de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284.

Caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287.

Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310.

Caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314.

ESPAÑA

STC 149/1986.
STC 216/1988.
STC 77/1989.
STC 102/1989.
STC 117/1989.
STC 16/1990.
STC 104/1990.
STC 211/1992.
STC 114/1999.
STC 253/2007.
ATC 134/2010.

ESTADOS UNIDOS

Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803)
United States v. Carolene Products Co 304 U.S. 144, 152 n.º 4 (1938).

MÉXICO

Acción de inconstitucionalidad 25/2016, 27/2016 y 28/2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Handyside v. Reino Unido, n.º 5493/72, sentencia de 7 diciembre de 1976.
H v. the United Kingdom, n.º 9580/81, sentencia de 8 julio de 1987.
Case X v. France, n.º 18020/91, sentencia de 31 de marzo de 1992.
Silva Pontes v. Portugal, n.º 14940/89, sentencia de 23 de marzo de 1994.
Probstmeier v. Germany, n.º 20950/92, sentencia de 1 de julio de 1997.
Pammel v. Germany, n.º 17820/91, sentencia de 1 de julio de 1997.
Hirst (No. 2) v. The United Kingdom, n.º 74025/01, sentencia de 30 de marzo de 2004.
Hirst (No. 2) v. The United Kingdom, n.º 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005.
Greens and M.T. v. The United Kingdom, n.º 60041/08, sentencia de 23 de noviembre de 2010.
Animal Defenders International v United Kingdom, n.º 48876/08, sentencia de 22 de abril de 2013.
Vučković y otros v. Serbia, n.º 17153/11, sentencia de 25 de marzo de 2014.
Firth and Others v. The United Kingdom, n.º 47784/09, sentencia de 12 de agosto de 2014.

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en junio de 2019

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11.5 puntos
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

Universidad Externado de Colombia

"En este libro, Jorge Ernesto Roa Roa nos muestra las posibilidades de establecer mediaciones entre la filosofía y el derecho. Él se acerca a la mejor literatura iusfilosófica contemporánea para entender la razón de ser de la justicia constitucional, así como para sopesar las objeciones que se le pueden oponer. Al mismo tiempo, nuestro autor tiene un perfecto conocimiento del origen y evolución del sistema constitucional colombiano, y de los problemas a los que se enfrenta en diversos campos. Jorge Ernesto Roa Roa combina con tino la teoría constitucional y el derecho constitucional positivo".

Víctor Ferreres Comella
Universidad Pompeu Fabra y University of Texas at Austin

"Es un magnífico análisis crítico sobre la acción pública de inconstitucionalidad desde el punto de vista de la democracia deliberativa. Recomiendo su lectura a académicos y abogados en toda América Latina y España".

Carlos Bernal Pulido
Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia

.

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Jorge Ernesto Roa Roa

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DELIBERATIVO

El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador

Universidad Externado de Colombia